

المملكة العربية السعودية
 وزارة التعليم العالي
 جامعة أم القرى
 كلية الشريعة والدراسات الإسلامية
 قسم الدراسات العليا الشرعية
 فرع الفقه والأصول

٣١٧٦٠٠
 ١١٧٦
 ديوانه محترم

١٩٠٠ / ١٠ / ١٤١٣
 طالب علمه
 عاتق

التشبيك واثرها

في
 العائلات المالئة، والنكاح، وما يتعلق به
 دراسة مقارنة
 رسالة مقدمة

لسيد ورجة العالية العالية الدكتوراه في الفقه
 إعداد
 عبد الله بن جهمان بن محمد الفامدي
 إشراف

الأستاذ الدكتور يوسف محمد عبد الفتاح

١٤١٣ هـ

الجزء الثاني

المبحث الخامس : شبهة الخيانة .

الأصل في بيع المراجعة أنه بيع أمانة ، فالشترى ائتمن البائع في إخباره عن الثمن الأول من غير بينة ولا استخلاف فيجب صيانة بيع المراجعة هذا عن الخيانة ، وعن شبهة الخيانة والتنهة ؛ فالتحريز واجب عن ذلك كله ما أمكن (١) .

قال الله تعالى : **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَخُونُوا اللَّهَ وَالرَّسُولَ وَتَخُونُوا أَمْنَكُمْ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ** (٢) .

وقال النبي - صلى الله عليه وسلم - : **ليس منا من غشنا** (٣) .

وقال : **إن الحلال بين ، وإن الحرام بين ، وبينهما مشبهات** (٤) .

(١) تحفة الفقهاء ١٠٥/٢ ، ١٠٦ ، ودائع الصنائع ٢٢٣/٥ .

(٢) الأنفال (٢٧) .

(٣) روي عن عدد من الصحابة بألفاظ متقاربة . فحديث أبي هريرة أخرجه :

سلم ، وأبو داود ، والترمذي ، وابن ماجه ، وابن الجارود ، والحاكم ، والبيهقي ، وأحمد ، والقاضي ، وحديث ابن عمر أخرجه :

أحمد ، والدارمي ، والقاضي ، وحديث أبي بردة بن نيار أخرجه :

أحمد ، وحديث الحارث بن سويد النخعي أخرجه : الحاكم ،

وحديث ابن سعد أخرجه : أبو نعيم ، والقاضي ، وغيرهم ؛

صحيح سلم ٩٩/١ (١٦٤) ، وسنن أبي داود ٢٧٢/٣ (٣٤٥٢) ،

وسنن الترمذي ٦٠٦/٣ (١٣١٥) ، وسنن ابن ماجه ٧٤٩/٢

(٢٢٢٤) ، والمنتقى لابن الجارود ١٩٦ (٥٦٤) ، والمستدرک

٢/٨ ، ٩ ، والسنن الكبرى ٣٢٠/٥ ، وسنن أحمد ٢٤٢/٢ و٤١٧

و٥٠ و٤٦٦/٣ و٤٥/٤ ، وسنن الشهاب ٢٢٨/١ ، ٢٢٩ (٣٥١) ،

٣٥٢ ، (٣٥٤) ، وسنن الدارمي ٢٤٨/٢ ، وحلية الأولياء

١٨٩/٤ .

(٤) سبق تخريجه ؛ ص ٢٦٢ (١) .

وفيه : " ألا وإن لكل مك حمى ، ألا وإن حمى الله محارمه ،
فمن حياهم حول الحمى يوشك أن يقع فيه . (١)
وقال : " دع ما يريبك إلى ما لا يريبك (٢) .

والاحتراز عن الخيانة ، وعن شبهة الخيانة والتهمة في بحشي
هذا إنما توضحها يكون بتوضيح ^{خمسة} مطالب يجب توضحها، فلا بد في هذه
المطالب من توضيح ما يجب توضحه وما لا يجب فأقول : (٣)

(١) الرقم السابق .

(٢) سبق تخريجه و ص ٢٦٢ (٤) .

(٣) بدائع الصنائع ٢٢٣/٥ .

المطلب الأول : حدث بالسلعة عيباً^(١) بآفة سماوية^(٢) فأراد أن يبيعها
مراوحة .

وذلك بأن اشترى جارية فاعوت من غير صنع أحد بل بآفة سماوية ،
أو ثوباً فأصابه قرص^(٣) فأر ، أو حرق نار ، أو طعاماً فتغير ، فأصاب
البيع عيب عند المشتري بغير فعل أحد (بآفة سماوية) ، فأراد أن
يبيعه مراوحة .

اختلف أهل العلم - رحمهم الله - في هذا :

القول الأول : ليس له أن يبيعها مراوحة مالم يبيّن .

(١) الحادث في البيع نوعان ، عيب واستحقاق . والأحوال ثلاثة ، قبل
القبض ، وبعده ، وبعد قبض بعضه فقط ، ومطلبنا إننا نناقش إذا حدث
عيب بعد القبض ، ولزيم من الفائدة يراجع البناية ٥٠٢/٦ ، وحسب
ابن عابدين ٣٧/٥ .

(٢) العيب بالسلعة يحدث في يد البائع أو المشتري بفعل أحدهما ، أو بفعل
أجنبي ، أو بفعل المبيع ، أو بآفة سماوية ، فأراد المشتري أن يبيعها
مراوحة ، أما بآفة سماوية فهو مطلبنا . وأما غيره فقال الحنفية :
إن حدث العيب بفعل المشتري : كأن فقأ عين الجارية ، أو بفعل
أجنبي كهذا المثال بأمر المشتري أو بغير أمره فأخذ أرشها ، أو المولى
فقأ عينها : لم يبيعها في هذه الحالات مراوحة حتى يبيّن . وكذا
إن وطئها وهي بكر ، لا إن وطئها وهي شيب ولم ينقصها الوطء ،
سواء كان الواطئ مولاها أو غيره ، إلا أنه إذا نقصها فإنا الوصف ،
فإن حدث بفعل المبيع بأن فقأت عين نفسها فيبيع مراوحة ؛ المبسوط
٧٩/١٣ ، وديائع الصنائع ٢٢٣/٥ ، والبناية ٥٠١/٦ - ٥٠٣ ،
وشرح فتح القدير ١٣١/٦ ، ١٣٢ ، ومجمع الأنهر ٧٧/٢ ، ٧٨ ،
والفتاوى الهندية ١٦٣/٣ .

(٣) تقول : ((قرضت الفأرة الثوب)) أي قطعته ؛ المعجم الوسيط ٧٣٣/٢
قرض .

وهو قول : مالك^(١) ، والشافعي^(٢) ، وزفر^(٣) . رواية عن أبي يوسف في صورة الاعور^(٤) . وهو اختيار أبي الليث السمرقندي في هذه الصورة^(٥) .

إلا أن زفر والشافعي اختلفا ، فعند زفر : يجب البيان باعتبار أنه لو علم المشتري أنه اشتراه غير معيب بما سعى من البدل لم يلتزم له ربحاً على ذلك ما لم يبيّن بعد ما تعيّب^(٦) .

وأما الشافعي فيقول : وجب البيان بناءً على مذهبه : أن للأوصاف حصة من الثمن ، وأن التعيّب بآفة سماوية ومصنع العباد سواء^(٧) عنده .

وقد استدلوا : بأن البيع من غير بيان حدوث العيب لا يخلو من شبهة الخيانة ؛ لأن المشتري لو علم أن البائع اشتراه غير معيب بما سعى من البدل ، وأن العيب حدث في يد المشتري لكان لا يوجه فيه ، فلا يلتزم له على ذلك ربحاً ما لم يبيّن بعد ما تعيّب ؛ فإن العين المبيعة قد تغيرت عن حالها التي اشتراها به .

-
- (١) المدونة الكبرى ٢٢٧/٤ ، ٢٢٨ ، والكافي ٧٠٥/٢ .
(٢) فتح العزيز ١١/٩ ، ومغني المحتاج ٧٩/٢ ، وأيضاً الرقم القادم .
(٣) المبسوط ٧٩/١٣ ، ومدائع الصنائع ٢٢٣/٥ ، والبنية ٥٠٢/٦ ، وشرح فتح القدير ١٣١/٦ ، ومجمع الأنهر ٧٧/٢ ، ٧٨ .
(٤) البنية ، وشرح فتح القدير ، ومجمع الأنهر ؛ هنا (٣) .
(٥) هو علاء الدين ، محمد بن أحمد السمرقندي ، الحنفي ، فقيه ، أصولي ، شيخ كبير ، فاضل ، جليل القدر ، من مؤلفاته : ((تحفة الفقهاء)) ، توفي سنة ثلاث وخسين وخسمائة هـ ، وقيل : أربعين وخسمائة هـ ؛ الفوائد البهية ١٥٨ ، والجواهر المضية ١٨/٣ ، والأعلام ٣١٧/٥ ، ومعجم المؤلفين ٢٦٧/٨ .
(٦) البنية ٥٠٢/٦ ، وشرح فتح القدير ١٣٢/٦ .
(٧) المبسوط ٧٩/١٣ ، ومدائع الصنائع ٢٢٣/٥ ، والبنية ٥٠٢/٦ .
(٨) المراجع السابقة .

ولأنه لما باعه بعد حدوث العيب في يده فقد احتبس عنده جزءاً منه
فلا يملك بيع الباقي من غير بيان ، كما لو احتبس الشيء الفائن بفعل المشتري
أو بفعل أجنبي^(١) .

القول الثاني : له أن يبيعها مرابحة بجميع الثمن من غير بيان ،
فلا يبيّن أنه اشتراها بذلك الثمن وأنها كانت سليمة فاعورت في يده .
وهذا قول الحنفية^(٢) .

وقد استدلوا : بأن الفائن جزء لا يقابله ثمن ، والفائن وصف فيكون
تبعاً ، فجزء من الثمن لا يقابل هذه الأوصاف إذا جاءت بغير صنع
أحد ، فهي تابعة إلا أن تكون مقصودة بالإتلاف ، فالمشتري لم يحتبس
عنده شيئاً من المعقود عليه يقابله الثمن ؛ لأن الأوصاف تابعة ، والفائن
وصف لا يقابله شيء من البدل إذا جاء بغير صنع أحد ، وإنما البدل كله
بمقابلة الأصل ، وهو باق على حاله ، فيكون له أن يبيعه مرابحة بلا
بيان .

وهذا كما لو تغير السعر . ألا ترى: أن الثوب إذا اصفر ، أو توسخ ،
أو تكسر : كان له أن يبيعه من المرابحة .

ويدل على أنه لم يحتبس عنده شيء يقابله الثمن : أنه لو فات شيء من
هذه الأوصاف بعد العقد قبل القبض بأن فاتت العين قبل التسليم إلى
المشتري لا يسقط حصته شيء من الثمن

وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن ؛ لأنها ليست بمال . فكان بيانه
والسكوت عنه بمنزلة واحدة ، وما يقابله الثمن قائم بالكلية ، والبدل كله مقابلة
الأصل ، وهو باق على حاله فله أن يبيعه مرابحة من غير بيان ؛ لأنه يكون بائعاً
ما بقي بجميع الثمن^(٣) .

(١) المرجعان السابقان ، وشرح فتح القدير ١٣١/٦ .

(٢) المسوط ٧٩/١٣ ، ودائع الصنائع ٢٢٣/٥ ، والبنية ٥٠٠/٦ - ٥٠٣ ،

وشرح فتح القدير ١٣١/٦ ، ١٣٢ ، ومجمع الأنهر ٢/٧٧ ، ٧٨ ، والفتاوى

الهندية ١٦٣/٣ .

(٣) المراجع السابقة .

المناقشة والترجيح :

أولاً : مناقشة القول الأول :

نُوقِشَ بأنه : ((إذا فات بفعله أو بفعله أجنبى)) : فالفائت صار مقصوداً بالفعل ، وصار مقابله الثمن ، فقد حبس المشتري جزءاً يقابله الثمن فلا يملك بيع الباقي مرابحة إلا ببيان (١) .

ثانياً : مناقشة القول الثاني :

أما قولهم : ((هو كما لو تغير السعر بأمر الله تعالى)) فإنه لا يجب عليه أن يبيّن أنه اشتراه في حال غلائه .

وقولهم : ((لو اصفر الثوب لطول مكة أو توسخ . .)) إلزام قوي ، إلا أنا نقول : يمكن أن يُناقش هذا بأنه يخالف مطلبنا ، ففيه تغيرت العين عن حالتها من جيدة إلى أسوأ ، من سليمة إلى عرواء ، من سليم إلى مقروض أو محروق ، من سليم إلى فاسد ، وهو غشّ وخداع ، لا يظهر إلا ببيانه بخلاف ((تغير السعر)) فكما قالوا فلا يبين فيه ، وحالة الاصفرار والتوسخ . . ظاهرة مكشوفة وحالتنا باطنة مخفية .

وأما قولهم : ((الفائت وصف لا يقابله شيء من الثمن)) : فنُوقِشَ بالمُشْتَرَى بأجل . فإن الأجل وصف ومع ذلك لا يجوز بيعه مرابحة بلا بيان . وأجيب : بأن الأجل يُعطى لأجله جزء من الثمن عادة في مقابلته ، وذلك في مقابلة شيء من الثمن ، فيكون كالجزء فيلزمه البيان .

وقولهم : ((منافع البضع لا يقابلها شيء من الثمن)) : بأن المُسْتَوْفَى من منافع البضع بمنزلة الجزء ، والجزء إذا قصد إتلافه كان له قسط من الثمن ، والدليل لهذا : ما إذا اشترى جارية فوطئها ثم وجد بها عيباً لم يتمكن من ردها وإن كانت هذه الجارية ثيباً وقت الشراء ، وذلك لاعتبار المشتري بالوطء حاسباً جزءاً من المبيع عنده .

وأجيب بأن عدم جواز الرد في هذا ليس لما ذكرت فباعتهار ما ذكرت

غير سلم ، بل لمعنى آخر ؛ لأنه لو ردّها فإما أن يردّها مع العقر^(١) ، أو بغير العقر ، فأما مع العقر احترازاً عن الوطء مجاناً أو من غير عقر . لوجه إلى ردّها مع العقر ؛ لعود الجارية مع زيادة ، والزيادة تمنع الفسخ ؛ لأنه - العقد - لا يرد على الزيادة . ولا وجه إلى ردّها بغير عقر ؛ لأنها تعود إلى قديم ملكه ويسلم للمشتري الوطء بلا عوض باعتبار البيع ، وذلك لا يجوز بخلاف الواهب إذا رجع بعد وطء الموهوب له حيث يصح ولا يلزم الموهوب له شيء ؛ لأنها تسلم كلها للموهوب له بلا عوض فيجوز أن يسلم له الوطء بلا عوض ، ولا يجوز في صورة البيع أن يفسخ البيع ، ويسلم للمشتري أول البائع زيادة متولدة من العين أو شيء^٢ . وجب بإتلاف العين كالولد والأرض والعقر ، فكذا الوطء .

وبهذا أميل إلى القول الأول (لا يبيعه إلا ببيان) ؛ فإنه أجود وأحوط ، وتقديره حسن ؛ لأن مبنى الرابحة على عدم الخيانة ، وعدم ذكره أنها انتقصت إيهام للمشتري أن الثمن المذكور كان لها ناقصة ، والغالب أنه لو علم أن ذلك ثمنها صحيحة لم يأخذها معيبة إلا بحطيطة ، وسبب شرعية الرابحة اعتماد الغبي أن الثمن قيمتها حيث اشترى من له خبرة به فيطيب قلبه بشرائها به مع زيادة ربح ؛ لظنه أنه قيمتها ، وهذا يبين أنه لا يروم شراؤها إلا بقيمتها كي لا يفين ، وأنه لو علمه لم يرض فكان سكوته تقريراً له .

وقريب من هذا ما روي عن محمد أن ذلك إذا نقصه العيب شيئاً يسيراً ، فإن نقصه العيب قدر ما لا يتغابن الناس فيه لا يبيعه رابحة بلا بيان^(٣) .

(١) العقر : مهر الموطوءة بشبهة ، وقيل : العقر ما يؤدي به فرجها عند الفص ؛ الصحاح ٧٥٥/٢ عقر ، ولسان العرب ٥٩١/٤ ، ٥٩٥ ، والمعجم الوسيط ٦٢١/٢ .

(٢) أي يطلب ؛ لسان العرب ٢٥٨/١٢ روم ، والمعجم الوسيط ٣٨٥/١ .

(٣) المسوط ٧٩/١٣ ، والنهاية ٥٠١/٦ ، ٥٠٢ ، وشرح فتح القدير

المطلب الثاني : الشراء نسيئة ثم البيع بربح أو تولية^(١) دون

بيان .

وفيه مقصدان :

المقصد الأول : الشراء نسيئة ثم البيع بربح دون بيان .

وفيه فرعان :

الفرع الأول : هل له أن يبيعه مباحة ؟ وما حكم هذا البيع ؟

أولاً : هل له أن يبيعه مباحة ؟

ثانياً : حكم هذا البيع ؟

الفرع الثاني : علم المشتري بالخيانة .

أولاً : علم المشتري قبل هلاك المبيع .

ثانياً : علم المشتري بعد هلاك المبيع .

المقصد الثاني : الشراء نسيئة ثم البيع بتولية دون بيان .

الفرع الأول : علم المشتري قبل هلاك المبيع .

الفرع الثاني : علم المشتري بعد هلاك المبيع .

(١) بيع التولية : تملك المبيع بمثل الثمن الأول من غير زيادة ولا نقصان ؛

تحفة الفقهاء ١٠٥/٢ ، والروض المربع ١٢٦ .

وذلك بأن يشتري سلعةً (غلاماً أو ثوباً أو غيرها) بثمن مؤجل
 (نسيئة) كآلف درهم مثلاً ، ويُريد أن يبيعها بريح مائة نقداً
 على الألف أو تولية ، فإنه إما أن يبيِّن للمشتري أنه اشتراه نسيئة
 أو لا يبيِّن .

فإن بيَّن أنه اشتراه نسيئة مثلاً بعشرة . قال الحنفية : لا يكره ؛
 لأنه لم يوجد الخيانة حيث بُني هذا على علم المشتري ورضاه .
 وإن باعه مراهقة أو تولية من غير بيان أنه اشتراه نسيئة
 بالألف^(١) ففيه مقصدان :-

(١) تحفة الفقهاء ١٠٨/٢ ، والمبسوط ٧٨/١٣ .

المقصد الأول : الشراء نسيئة ثم البيع بربح دون بيان .

الفرع الأول : هل له ذلك البيع ؟ وما الحكم ؟

أولاً : هل له ذلك البيع ؟

ليس له أن يبيعه مراهقة حتى يبين أنه اشتراه بنسيئة .

وهو قول : الحنفية^(١) ، والمالكية^(٢) ، والشافعية^(٣) ، والحنابلة^(٤) .

وذلك لشبهة الزيادة؛ بسبب الأجل^(٥) ، على ما يأتي بعد قليل .

وحكي عند الشافعية وجه غريب : أنه لا يجب التعرض له^(٦) .

ثانياً : حكم هذا البيع بربح دون بيان .

إن باعه مراهقة من غير بيان النسيئة فقد اختلف أهل العلم

- رحمهم الله - في هذا على ثلاثة أقوال :

القول الأول : يكره ، والبيع جائز . وهو قول الحنفية^(٧) .

القول الثاني : لا يصح البيع . وهو قول الحنابلة^(٨) .

القول الثالث : البيع مفسوخ . وهو قول المالكية^(٩) .

وتوضح هذه الأقوال في الفرع التالي :

(١) المرجعان السابقان، وأيضاً المرجع الثاني ١٥١/١٢ ، ودائع الصنائع

٢٢٤ / ٥ ، والفتاوى الهندية ١٦ / ٣ .

(٢) المدونة الكبرى ٢٢٩ / ٤ ، وقوانين الأحكام الشرعية ٢٩٠ ، والخرشي

١٢٦ / ٥ .

(٣) الوجيز ١٤٧ / ١ ، وفتح العزيز ١٢ / ٩ ، ومغني المحتاج ٧٩ / ٢ .

(٤) المغني ٢٠٤ / ٤ ، والروض المربع ١٢٦ ، وحا ابن قاسم ٤٥٩ / ٤ .

(٥) المبسوط ١٥١ / ١٢ .

(٦) فتح العزيز ١٣ / ٩ .

(٧) تحفة الفقهاء ١٠٨ / ٢ .

(٨) الروض المربع ١٢٦ ، وحا ابن قاسم ٤٥٩ / ٤ .

(٩) المدونة الكبرى ٢٢٩ / ٤ ، وقوانين الأحكام الشرعية ٢٩٠ .

الفرع الثاني : علم المشتري الخيانة.

أولاً : علم المشتري الخيانة قبل هلاك البصيع .

إذا باعه وكم النسيئة ثم علم المشتري قبل هلاك البصيع فقد اختلف

أهل العلم - رحمهم الله - في هذا :

القول الأول : المشتري بالخيار إذا علم بين الرد والإسك ،

إن شاء رده ، وإن شاء قبل بالألف والمائة حالة .

فمن اشترى ثوباً بعشرة نسيئة وبعه بريح حالاً ولم يبين ذلك فعلم

المشتري خيانه يصير مخيراً إن شاء رده وإن شاء قبله .

وهو قول الحنفية^(١) و على قول : أنه لا يحط قدر التفاوت

عند الشافعية^(٢) ، وهو رواية عند الحنابلة^(٣) . و مذهب زيد بن علي^(٤) .

وذلك : لأن بيع المراجعة مبني على الأمانة ، فهو بيع أمانة تنفي عن

البائع كل تهمة وخيانة ، ويتحرز فيه من كل كذب ، وفي معاريف الكلام شبهة

فلا يجوز استعمالها في بيع المراجعة ، فالمشتري ائتمن البائع واعتمد قوله

وخبره عن الثمن الأول فكانت الأمانة مطلوبة في هذا العقد ، فكانت صيانة

عن الخيانة مشروطة دلالة ؛ فقواتها يوجب الخيار ، فالبيع باطنه بخلاف

ظاهره ، فالمشتري إنما التزم ربحاً بناءً على خبره أنه اشتراه لنفسه بكذا من

الثمن ، فلو علم أنه اشتراه بالنسيئة لم يرغب في شرائه بالنقد بذلك القدر

(١) تحفة الفقهاء ١٠٨/٢ ، والمبسوط ٧٨/٣ ، هداية الصنائع ٢٢٥/٥ ،

والبنية ٥٠٣/٦ ، وشرح فتح القدير ١٣٣/٦ ، والبحر الرائق

١٢٤/٦ ، ومجمع الأنهر ٧٨/٢ ، وحا ابن عابد بن ١٤١/٥ ، ١٤٢ ،

والفتاوي الهندية ١٦٢/٣ ، ١٦٣ .

(٢) الوجيز ١٤٧/١ ، وفتح العزيز ١٣/٩ و ١٥ ، ومغني المحتاج ٧٩/٢ ،

وأيضاً البنية وشرح فتح القدير ، رقم (١) هنا .

(٣) الروض المربع ١٧٦ ، وحا ابن قاسم ٤٦٠/٤ ، ٤٦٢ .

(٤) الروض النضير ٥٢٥/٣ .

من الثمن فضلاً من أن يعطيه على ذلك ربحاً ، فالمشتري إنما اشتراه مباحة على العشرة على تقدير أن الثمن في البيع الأول عشرة بطريق النقد ، ويختلف ثمن البيع بين النسبيّة والنقد ؛ فالإنسان في العادة يشتري الشيء بالنسيئة بأكثر مما يشتري بالنقد ، فإذا أطلق الإخبار بالشراء فإنما يفهم السامع من الشراء بالنقد ، فكان من هذا الوجه كالمخبر بأكثر مما اشترى به وذلك خيانة في بيع المباحة .

يوضحه : أن المؤجل نقص في المالية من المال ، ولهذا حرم الشرع النساء عند وجود أحد الوصفين^(١) ، للفضل الخالي عن المقابلة حكماً .
فيثبت للمشتري الخيار ، ولحاجته إلى دفع الضرر ، كما إذا وجد المعقود عليه دون ما شرط البائع ، فلو علم المشتري بحاله لم يرض به ، فالخيار يجب ، وثبوته للمشتري إنما لشبهة الزيادة بسبب الأجل ؛ لأن للأجل شبهةً بالمبيع وإن لم يكن مبيعاً حقيقةً ؛ لأنه مرغوب فيه . ألا ترى أن الثمن قد يُزاد لأجل الأجل ، فكان له شبهة أن يقابله شيء من الثمن ، والشبهة في هذا الباب ملحقة بالحقيقة للمبيع احتياطاً ، فصار كأنه اشترى شيئاً بالألف ومع أحدهما بالألف (وهو ثمن الكل) على وجه المباحة بثمن الاثنين وذلك حرام ، فإنه خيانة يجب الاحتراز عن هذا الفعل بالبيان فيما إذا كان مبيعاً حقيقةً ، فإذا كان أحد الشئيين يشبه المبيع يكون هذا شبهة الخيانة ، وشبهة الخيانة ملحقة بالحقيقة في المباحة . والإقدام على المباحة يوجب السلامة عن مثل هذه الخيانة ، فإذا لم يبيّن أنه نسيئة تظهر الخيانة ، فقد وجد من البائع تدليس فوجد الغرور والخيانة ، فإذا ظهرت الخيانة فيكون للمشتري الخيار بين الأخذ والترك كما يثبت له الخيار لو اشترى بقره ثم علم في المجلس ، وكما يثبت له الخيار عند ظهور العيب في البيع^(٢)

(١) على ما وضحته من أصل الحنفية ؛ ص ١٩٧ (٣) .

(٢) البيع بالرقم : أخذ السلعة ودفع قيمتها حسب رقم القية المكتوب عليها

من غير إيجاب وقبول ؛ معجم لغة الفقهاء ٢٢٥ .

فالبائع إذا دلس العيب على المشتري فالمشتري للخيار ، فكذا هنا ، فظهر
الخيانة مثل ظهر العيب ، فعدم بيان أصل الأجل خيانة .

بخلاف ما إذا باعه ساوياً بأكثر من قيمته ثم علم المشتري بأنه اشترى

بأقل من ذلك لا يكون له الخيار ؛ لأن المشتري لم يصر مغروراً من جهته (١)

القول الثاني : ينبغي أن يحط من الثمن ما يُعرف أن مثله في هذا

يُزاد لأجل الأجل ، ولا خيار للبائع ولا للمشتري .

وهو الأصح عند الشافعية (٢) ، وتفريع على قول أبي يوسف (٣) ، وذلك

أن الثمن قد يُزاد لأجل الأجل .

القول الثالث : يؤجل على المشتري ، فيثبت له الأجل ، ولا خيار ؛

لزوال الضرر .

وهذا مذهب الحنابلة (٤) ، وقول الأوزاعي (٥) .

القول الرابع : يفسخ البيع ، وإن رضي المشتري بذلك الثمن

إلى أجل لم يجز .

وهذا قول المالكية (٦) ؛ لأنه سلف جر منفعة للبائع (٧) .

وبهذا أميل إلى أن للمشتري الخيار عند علمه الخيانة قبل هلاك البيع

(القول الأول) ؛ فالأجل يقابله بعض الثمن ، ومنه تحريم النسيء في

الأموال الربوية .

(١) تحفة الفقهاء ١٠٨/٢ ، والمبسوط ١٥١/١٢ و ٧٨/١٣ ، ودائع

الصنائع ٥/٢٢٤ ، ٢٢٥ ، والبنية ٥٠٣/٦ ، ٥٠٤ ، وشرح فتح

القدير ١٣٣/٦ ، والبحر الرائق ١٢٤/٦ ، ومجمع الأنهر ٧٨/٢ ،

وحا ابن عابدين ١٤٢/٥ ، والروض النضير ٥٢٥/٣ ، وحا ابن قاسم

٤٦٢/٤ .

(٢) الوجيز ١٤٧/١ ، وفتح العزيز ١٣/٩ ، ١٥ .

(٣) شرح فتح القدير ١٣٣/٦ .

(٤) الروض المربع ١٧٦ ، وحا ابن قاسم ٤٦٢/٤ .

(٥) البنية ٥٠٣/٦ .

(٦) المدونة الكبرى ٤/٢٢٩ ، ٢٣٠ ، وقوانين الأحكام الشرعية ٢٩٠ .

(٧) المرجعان السابقان .

ويمكن أن يُجاب عن مذهب المالكية : بأن البيع وقع على وجه لورضي
 به المشتري لجاز ، فلا يجب أن يكون باطلاً^(١) .
 ومعنى البيع على الأمانة التي يوجب فواتها الخيار ؛ دفعاً
 للضرر ، فالقول الأول (التخيير) أحوط وأدق حسماً للخلاف والنزاع ،
 وتيسيراً للبائع والمشتري ، وُعداً بهما عن العرج ، فقد يرضى المشتري
 به ، وقد لا يرضى ، وكذا البائع قد يرضى بالعطأ ، وقد لا يرضى ،
 وقد يرضى بالتأجيل ، وقد لا يرضى ؛ فالقول الأول أولى .

ثانياً : علم المشتري الخيانة بعد ما هلك المبيع أو استهلكه .

وذلك بأن هلك المبيع المذكور بأفة سماوية أو استهلكه المشتري

بأن باعه أو نحوه ثم علم المشتري الخيانة .
فيه قولان :
القول الأول : المبيع له لازم ، وليس له أن يرد الباقي منه

ولا يرجع في شيء من الثمن .

وهو قول الحنفية ؛ لأنه تعذر رده ومجرد الخيار إذا سقط

لتعذر الرد بسببه لا يرجع بشيء بمنزلة خيار الرؤية والشرط^(٢) ،

فلتعذر الفسخ يلزمه المبيع بألف ومائة حالة ؛ لأجل في نفسه ليس

بمال ، فلا يقابله شيء من الثمن حقيقة إذا لم يشترط زيادة الثمن بمقابلته

قصداً ، ويؤاد في الثمن لأجله إذا ذكر الأجل بمقابلة زيادة الثمن

قصداً ، فاعتبر مالاً في الرابعة احترازاً عن شبهة الخيانة ولم يُعتبر مالاً

في حق الرجوع عملاً بالحقيقة ، ولكن فيه شبهة المقابلة ، فباعتبار شبهة

الخيانة كان له أن يفسخ البيع إذا كان المبيع قائماً . فأما أن يسقط

من الثمن شيء بعد الهلاك بمقابلة الأجل فلا^(٣) .

(١) وهو أن يشتري شيئاً لم يره فإذا رآه كان بالخيار إن شاء أمضى البيع

أو فسّخه . وأحكامه في موضعها ؛ معجم لغة الفقهاء ٢٠٢ ، والروض

الربع ١٧٨ ، والفقهاء الإسلامي - المعاملات المدنية والتجارية

٥٢ - ٥٦ .

(٢) وهو أن يشترط أحد المتعاقدين أو كلاهما أن يكون له حق فسخ

العقد إلى مدة معينة ، وقد اتفق الفقهاء على صحته ؛ المرجع

السابقة ، لكن الروض ص ١٧٣ ، والفقهاء الإسلامي ٤٣ - ٥٠ .

(٣) البناية ٥٠٤/٦ ، وشرح فتح القدير ١٣٣/٦ ، والبحر الرائق

١٢٥/٦ ، ومجمع الأنهر ٧٨/٢ ، وحاهن عابدين ١٤٢/٥ ،

والفتاوى الهندية ١٦٣/٣ .

القول الثاني : يرد قيمة المبيع ويوجع بالثمن إن شاء.

رُوي هذا عن محمد^(١) ، وهو صحيح على أصله ، فإنه جـوّز فسخ العقد بسبب التحالف على القيمة بعد هلاك السلعة ، وجعل رد القيمة عند تعذر رد العين كود العين ، فكان ذلك باعتبار معنى في الثمن فهذا مثله ، والمعنى في الكل تحقق الحاجة إلى دفع الضرر عن المشتري .

وهذا بخلاف خيار الميب على ظاهر الرواية^(٢) ؛ فالمستحق للمشتري هناك المطالبة بتسليم الجزء الفائت ، ولهذا يوجع بحصة الميب من الثمن إذا تعذر الرد ، وهنا الثابت له مجرد الخيار ، والخيار ليس بمال .

وقد تُوَقِّس القول الأول بأن عبارة : ((لأن الأجل لا يقابله شيء))

على ما في «الهداية» بأنه تناقض ؛ لأنه قال عند قيام المبيع : ((إن الثمن يزداد بالأجل))^(٤) . وعند هلاكه قال : ((إنه لا يقابله شيء))^(٥) .

وجوابه : إن الأجل في نفسه ليس بمال فلا يقابله شيء حقيقة إذا لم يشترط زيادة الثمن بمقابلته قصداً ويزاد في الثمن لأجله إذا ذكر الأجل بمقابلة زيادة الثمن قصداً ، فاعتبر مالاً في المراجعة احترازاً عن شبهة الخيانة ، ولم يُعتبر مالاً في حق الرجوع عملاً بالحقيقة .

(١) ص ٢٨٩ ح (٢) . قال المالكية : لو كذب في بيع المراجعة وفانت السلعة وظهر على كذبه حط عن المشتري مقدار الكذب وحصته من الربح ، إلا أن تكون قيمة السلعة كراس المال في الثمن أو أكثر فلا يحط منه شيء ؛ لأن الذي يلزم البائع في هذا الأقل من الثمن أو القيمة ؛ الكافي ٢ / ٥٠٥ .

(٢) العراد بظاهر الرواية وظاهر المذهب عند الفقهاء ؛ رواية المسوط ، والجامع الكبير ، والجامع الصغير ، والسير الكبير ، والعراد بغير ظاهر المذهب والرواية عندهم ؛ رواية الجرجانيات ، والكيسانيات ، والهارونيات ، وجميعها كتب محمد بن الحسن ؛ شرح فتح القدير ٤٦ / ٨ ، وكشاف إصطلاحات الفنون ٩٣١ / ٢ .

(٣) انظرها مع شرح فتح القدير ١٢٣ / ٦ .

(٤) الرقم السابق .

(٥) كالسابق .

وقد ألحق الحنفية بالاستهلاك الكلي الاستهلاك الجزئي :

فقالوا : وكذلك إن استهلك بعضه فليس له أن يرد الباقي منه ؛ لأن فيه تفريق الصفقة^(١) على البائع ، ولا يرجع في شيء من الثمن ؛ فالبيع سُلِم له كما استحقه بالعقد .

وما تقدم هذا عند الحنفية مع غيرهم : إذا كان الأجل شروطاً . فإن لم يكن الأجل شروطاً ، ولكنه كان معتاداً كما هو مرسوم فيما بين التجار : أن يؤدي المشتري الثمن منجماً^(٢) في كل أسبوع نجماً ، فقد اختلف شائخ الحنفية - رحمهم الله - في هذا :

القول الأول : المعروف كالمشروط بالنص ، وعند كون الأجل شروطاً ليس له أن يبيعه رابحة من غير بيان ، فلا بد من بيانه ، فكذلك إذا كان متعارفاً .

وهذا قول بعض شائخ الحنفية ، ألا ترى : أن الوثقة في بعض الأشياء تستحق بالعرف وتجعل كالمشروط فهذا قياسه .

(١) التفريق : التخصيل والتمييز ، والصفقة : ضرب اليد على اليد في البيع علامة إجرائه ، والعقد . وفي الإصطلاح الصفقة : الجمع بين ما يصح بيعه وما لا يصح في عقد واحد . وتفريقها : تفريق ما اشتراه في عقد واحد هو ذلك ، كبيع خيل وخمر صفقة واحدة بثمن واحد ، فيصح في الخيل بقسطه من الثمن ؛ المعجم الوسيط ٦٩٢/٢ فرق ، و١/٥٢٠ صفق ، ومعجم لغة الفقهاء ٢٧٥ ، والروض الربيع ١٦٨ ، ١٦٩ ، وحا ابن قاسم ٣٦٢/٤ .

(٢) أي يدفعه على دفعات في أوقات معينة ؛ معجم لغة الفقهاء ١٤٧ .

القول الثاني : له أن يبيعه مباحة من غير بيان .
وهو قول جمهور الحنفية ؛ لأن الثمن حال بالعقد ، كما لو باعه
حالاً ومطله^(١) إلى شهر فإنه يباح بالثمن ، وأن سامحه البائع واستوفى
الثمن منه منجماً لا يخرج من أن يكون حالاً .

وهذا أميل إلى أنه لا بد من بيان (وهو القول الأول) ؛ لأنها
مبنية على الأمانة والاحتراز عن شبهة الخيانة .
وعلى كل من القولين لو لم يكن شروطاً ولا معروفاً وإنما أجله بعد العقد
لا يلزمه بيانه^(٢) .

(١) أي أجل موعده الوفاً بحقه ؛ المعجم الوسيط ٢/٨٨٢ مطلق .
(٢) المسوط ١٣/٧٨ ، ٧٩ ، والبحر الرائق ٦/١٢٤ ، ١٢٥ ، وحا ابن
قابد بن ١٤١/٥ ، والفتاوي الهندية ٣/١٦٣ .

المقصد الثاني : الشراء نسيئة ثم البيع بتولية دون بيان .

وذلك بأن باعه بالتولية ولم يبين أنه اشتراه إلى أجل (نسيئة)
بألف ثم علم المشتري ، فلا يخلو إما أن يعلم المشتري قبل الهلاك للمبيع
أو بعده ، وكل منهما سأفرد به فرع مستقل ومن ثم فيكون الكلام في فرعين :
الفرع الأول : علم المشتري قبل هلاك المبيع .

قال الحنفية : للمشتري الخيار في الرد والقبول بالألف العالة ؛
لأن الخيانة في التولية مثلها في الزاخرة ؛ لابتائها على الثمن
الأول فلا زيادة ولا نقصان فلا يحط^(١) هنا ؛ لأن الثمن هو الألف
ولا زيادة فأى شيء يحط^(٢) .
ولو فرغ علي قول أبي يوسف ينبغي أن يحط من الثمن ما يُعرف أن مثله في هذا يُزاد
لأجل الأجل^(٣) .
وهذا أميل إلى أن له الخيار (القول الأول) ؛ لوجود الخيانة
والغرر .

(١) يأتي توضيح الحط في البحث الثامن للنسابة القوية هناك ؛

ص ٣١٤ ح (١) .

(٢) البناءة ٥٠٤/٦ ، شرح فتح القدير ١٣٣/٦ ، ١٣٤ ، ومجمع الأنهر

٧٨/٢ .

(٣) شرح فتح القدير ١٣٣/٦ ، ١٣٤ .

الفرع الثاني : علم المشتري بعد الهلاك .
 وذلك بأن هلك المبيع المذكور بأفة سامة ونحوها أو استهلكه
 المشتري ثم علم بالخيانة فقد وقع فيه خـلاف :
 القول الأول : لزمه بألف حالة .
 وهو قول الحنفية ؛ لأن الأجل لا يقابله شيء من الثمن حقيقة^(١) .
 القول الثاني : يرد المشتري القيمة للمعين ، ويسترد كل الثمن .
 وهذا القول عن أبي يوسف ، وهذا الحكم نظير قوله : فيما
 إذا استوفى صاحب الدين من دائته الزبوف^(٢) مكان الجهاد وعلم بعد
 الإنفاق : يرد زبوفاً مثلها وبأخذ الجهاد^(٣) .
 القول الثالث : يُقوم بثمن حال وثنم مؤجل فيرجع على البائع
 بفضل ما بينهما (التفاوت الذي بين القيمتين)^(٤) .
 وهو قول أبي جعفر الهندواني^(٥) .
 وهذا أسيل إلى القول الأول (لزوم البيع بألف حالة) ؛ فالأجل
 لا يقابله شيء من الثمن حقيقة .

-
- (١) البناية ٥٠٤/٦ ، شرح فتح القدير ١٣٤/٦ .
 (٢) أي الرديئة ؛ لسان العرب ١٤٣/٩ ، زيف .
 (٣) البناية ٥٠٥/٦ ، شرح فتح القدير ١٣٤/٦ .
 (٤) المرجعان السابقان ، وما ابن عابدين ١٤٢/٥ .
 (٥) هو محمد بن عبد الله بن محمد بن عمر ، إمام كبير ، من أهل بلخ ، توفي
 ببخارى سنة اثنتين وتسعين وثلاثمائة هـ ، وهو ابن اثنتين وستين
 سنة ؛ الجواهر المضية ١٩٢/٣ - ١٩٤ .

المطلب الثالث : باع شيئاً مباحة على ما لا مثل له من ليس فـي ملكه بقيمته .

وذلك بأن يبيع شيئاً مباحة على ثمن الأول ، وكان ثمن الأول لا مثل له ، كالأعداد المتقاربة مثل العبيد والدر والشباب والرمان والبساطيخ ونحوها ، ويبيع ذلك مباحة من ليس ذلك العرض في ملكه ويبيعه بقيمته .

قال الحنفية : لا يجوز ؛ فإنه لا وجه أن يبيعه مباحة بقيمته ؛ لأن القيمة تُعرف بالحزر ، والظن ، فيتمكن فيه شبهة الخيانة .^(٤)
وكذا إن باعه مباحة بذلك العرض : لا يجوز ؛ فإنه لا وجه له ؛ لأن العرض ليس في ملك من يبيعه منه .^(٥)

-
- (١) أما إن كان الثمن الأول من ذوات الأمثال كالدرهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود المتقارب فباعه مباحة على الثمن الأول وزيادة ربح فقـال الحنفية : «يجوز» ؛ تحفة الفقهاء ١٠٦/٢ .
- (٢) أو يبيعه من كان العرض في يده وملكه مباحة وهو على الوجهين عند الحنفية مطروحان في المرجع السابق و ص ١٠٧ منه .
- (٣) أي التخمين ؛ المعجم الوسيط ١٧٠/١ حزر .
- (٤) مرجع الرقم قبل السابق .
- (٥) المرجع السابق .

المبحث السادس : شبهة عدم الصحة والجواز .
وذلك في صلاح مطالب :

المطلب الأول : الشراء من الوالدين والمولودين والزوج والزوجة
ثم بيعه مراهقة .

اختلف أهل العلم - رحمهم الله - في هذا :

القول الأول : لا يجوز له أن يبيعه على ما اشتراه من هؤلاء
مراهقة حتى يبين .

وهو قول أبي حنيفة^(١) ، والحنابلة^(٢) ، ووجه عند الشافعية في
الولد والأب^(٣) ؛ لأن تهمة السامحة في الشراء الأول قائمة ؛ لأن
الناس في العادات لا يُماكسون^(٤) في الشراء من هؤلاء ، فسامحة بعض
هؤلاء مع البعض في المعاطة أمر ظاهر ، فالسامحة جارية بينهم ، فكان
الاحتياط لهذا ، فكانت التهمة وهي الشراء بزيادة الثمن قائمة ، فلا بد
من البيان ، كما في المكاتب والمأذون^(٥) على ما يأتي بعد هذا . صبح المراهقة
يؤخذ فيه بالاحتياط ، فلا يبيعه مراهقة إلا على القدر الذي يتيقن بالالتزام
فيه لا على وجه السامحة ، وذلك أقل الثمنين كما في العبد والمكاتب .

(١) البسوط ٨٨/١٣ ، هداية الصنائع ٢٢٥/٥ ، والبتاية ٤٩٨/٦ ،
وشرح فتح القدير ١٣٠/٦ ، ومجمع الأنهر ٧٧/٢ ، وحام ابن
عابد بن ١٣٩/٥ .

(٢) المغني ٢٠٤/٤ ، والروض المربع ١٧٦ ، وحام ابن قاسم
٤٦٠/٤ - ٤٦٢ .

(٣) فتح العزيز ١٢/٩ .

(٤) أي لا يطلبون أن ينقص هؤلاء الثمن ؛ المعجم الوسيط ٨٨٨/٢
مكس .

(٥) موثق عقود الزواج والطلاق . إلا أن المقصود بما في الصلب هو
العبد الذي أطلق له التصرف بعد أن كان منوطاً منه شرعاً ؛ المرجع
السابق ١٢/١ ، أذن .

ولأن للشراء من هؤلاء شبهة عدم الصحة ؛ لأن كل واحد منهما يبيع بمال صاحبه عادة ، فما يحمله المرء لهؤلاء بمنزلة ما يحصل لنفسه من وجه ، ولهذا لا تقبل شهادة أحدهما لصاحبه ؛ لكونها شهادة لنفسه من وجه ، فكان مال كل واحد منهما بعد البيع والشراء قائماً معنى ، فكان لهذا الشراء شبهة عدم الصحة ، والشبهة في هذا الباب ملحقة بالحقيقة فتؤثر في الرابحة ، كما في المكاتب والعمد المأذون ، فيكونون في حقه مثلها (١) .

القول الثاني : يجوز له أن يبيعه مراهقة على ما اشتراه من هؤلاء من غير بيان .

وهو قول المالكية (٢) ، وأبي يوسف ، ومحمد (٣) وكذا الشافعية في الزوجة ، أما في الولد والأب فأصح الوجهين عندهم (٤) .

قال المالكية : ((إن لم يكن في شركه محاباة)) (٥) .

وذلك ؛ لأنه لا خلل في الشراء الأول فلكل واحد منهما منفصل وتميز عن ملك صاحبه فصح الشراء الأول ، فالأملك بينهما متباينة وكذا الحقوق ، إذ ليس لكل واحد منهما في ملك صاحبه ملك ولا حق ملك ، فهما في ذلك كالأخوين ، فلا يجب البيان كما إذا اشترى من الأجنبي (٦) .

(١) المسوط ١٣/٨٩ ، هداية الصنائع ٥/٢٢٥ ، والبنية ٦/٤٩٨ ، ٤٩٩ ،

وشرح فتح القدير ٦/١٣٠ .

(٢) الكافي ٢/٧٠٥ .

(٣) المسوط ١٣/٨٨ ، ٨٩ ، هداية الصنائع ٥/٢٢٥ ، والبنية ٦/٤٩٩ ،

وشرح فتح القدير ٦/١٣٠ ، ومجمع الأنهر ٢/٧٧ ، وحاهن عابد بن

٥/١٣٩ .

(٤) فتح العزيز ٩/١٢ .

(٥) الكافي ٢/٧٠٥ . تقول : «حابه» : اخته ومال إليه . وفي البيع سامحه ؛

المعجم الوسيط ١/١٥٤ حبا ، ومعجم لغة الفقهاء ٤٠٧ .

(٦) المسوط ١٣/٨٩ ، هداية الصنائع ٥/٢٢٥ ، والبنية ٦/٤٩٩ .

وعليه عند العنابلة إذا لم يبين للمشتري ذلك في تخبيره بالثمن
بأن كتم عليه فلمشتر الخيار بين الإمساك والرد كما إذا دلس البائع
العيب على المشتري فإن له الخيار^(١).

وهذا أميل إلى القول الأول (ليس له أن يبيعه مباحة
حتى يبين) ، وذلك للتهمة ، ولشبهة السامحة بينهم
عادة ؛ فكل منهما يتصرف أحياناً بمال صاحبه ، ويمكن أن
يناقش القول الثاني بهذا . (دليل القول الأول) .

(١) الروض المربع ١٧٦ ، وحا ابن قاسم ٤٦٠/٤ - ٤٦٢ .

المطلب الثاني : مراهقة العبد أو المولى فيما يشتريه أحدهما من الآخر ، وكذا المكاتب .

وذلك بأن يشتري العبد المأذون له في التجارة ثَمًّا بعشرة دراهم وعليه دين يحيط برقبته فيبيعه من موله بخسة عشر درهماً، فيريده المولى أن يبيعه مراهقة أو بالعكس ، وذلك بأن يكون المولى هو الذي اشتراه بعشرة دراهم فيبيعه من العبد بخسة عشر درهماً ويريد العبد أن يبيعه مراهقة .

ومثل العبد المأذون : مكاتب السيد .

وكون العبد مديوناً بما يُحيط برقبته من علماء الحنفية من قبّده بذلك: «كقاضخان» .

(١) ومنهم من لم يقبده بالمحيط برقبته: «كالمصدر الشهيد» .

(٢) ومنهم من لم يذكر الدّين أصلاً: «كسب الأئمة» .

ولا شك أن ذكره وعدم ذكره في الحكم المذكور سواء ، بل إذا كان لا يوافق إلا على الثمن الأول فيما إذا كان عليه دين محيط مع أنه أجنبي من كسبه ، فلأن لا يوافق إلا عليه فيما إذا لم يكن عليه دين أولى ؛ لأنه حينئذ لا ينعقد العقد الثاني أصلاً إنما يبيع ماله من نفسه أو يشتريه ،

(١) هو: أبو محمد ، عمر بن عبد العزيز بن عمر بن مازة ، برهان الأئمة ، حسام الدين ، ولد سنة ثلاث وثمانين وأربعمائة هـ ، من أكابر الحنفية ، من أهل خراسان ، قُتل بسمرقند سنة ست وثلاثين وخمسمائة هـ ، ودفن في بخارى ؛ الجواهر العضية ٢/٦٤٩ ، ٦٥٠ ، والفوائد البهية ١٤٩ ، والأعلام ٥١/٥ .

(٢) هو: أبو بكر، محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي ، صاحب: «المسوط»، الإمام ، العلّامة ، الحجة ، المتكلم ، الفقيه ، الأصولي ، المناظر ، مات في حدود التسعين والأربعمائة هـ ؛ الجواهر العضية ٣/٧٨ - ٨٢ ، والفوائد البهية ١٥٨ ، ١٥٩ ، ومعجم المؤلفين ٨/٢٣٩ .

وإنما فائدته لثبوت صحة العقد الثاني وعدمه والحكم المذكور على
التقديريين لا يخلط ، فالعهد إذا لم يكن عليه دين صاح من المولى
لم يصح .

والحال لا يخلو إما أن يبيّن أو لا يبيّن .

فإن بيّن أنه اشتراه من عبده المأذون أو من مكاتبه أو بيّنا
أنهما اشتريا من المولى فقال الحنفية : يجوز بيعهم مباحة (١)
أما إن لم يبيّن واحد من هؤلاء ففيه مقصدان :

(١) الجامع الصغير ٢٨٥ ، والمبسوط ٨٨/١٣ ، والنهاية ٤٩٧/٦ - ٤٩٩ ،
شرح فتح القدير ١٢٩/٦ ، ١٣٠ ، والبحر الرائق ١٢١/٦ ، ١٢٢ ،
ومجمع الأنهر ٧٧/٢ ، والفتاوي الهندية ١٦٤/٣ .

العقد الأول : هل له أن يبيعه مراهحة من غير بيان .

اختلف أهل العلم - رحمهم الله - في هذا :

القول الأول : لا يبيعه مراهحة من غير بيان .

وهذا قول الحنفية^(١) ، فبيع المراهحة على ما يتيقن بخروجه في ملكه بمقابلة هذا العين وهو المدفوع إلى البائع الأول ، فأما الربح الذي حصل لعبيده لم يخرج من ملكه ؛ لأن كسب العبد لمولاه ، وما حصل لمكاتبه من وجه كان له أيضاً فللمولى حق الملك في كسب المكاتب ، وينقلب ذلك حقيقة الملك لعجزه . ولأن تهمة السامحة تنكح ؛ فالإنسان يسامح في المعاملة مع عبده ومكاتبه ؛ لعله أنه لا يتعذر عنه ما يحصل لهما ، وبيع المراهحة بيع أمانة يُنفى عنه كل تهمة وخيانة^(٢) .

القول الثاني : لا بأس ؛ إذا اشتراه من عبده بدون صحابة .

وهو قول المالكية^(٣) .

وهذا أميل إلى القول الأول (ليس له أن يبيعه مراهحة)

لما تقدم في آخر المطلب الماضي، بل هذا أوضح ؛ لما ذكر الحنفية .

(١) المجموع ٨٨/١٣ ، وبدائع الصنائع ٢٢٥/٥ .

(٢) المجموع ٨٨/١٣ .

(٣) الكافي ٢٠٥/٢ .

المقصد الثاني : أراد أن يبيعه مراهجة من غير بيان .

اختلف أهل العلم - رحمهم الله - في هذا :

القول الأول : يبيعه المولى في الصورة الأولى مراهجة على عشرة .

وكذلك العكس ، العبد يجب أن يبيعه مراهجة على عشرة

في الصورة الثانية .

وهذا قول الحنفية^(١) ، والشافعية^(٢) .

فيقول : «قام عليّ بعشرة» ، وذلك ؛ لأن في عقد البيع

هذا الذي جرى بين العبد والمولى وإن كان صحيحاً في نفسه ،

لإفادته ما لم يكن من كسب العبد في كسبه ويسلم للمولى من كسبه

ما لم يكن سالماً فيه ؛ شبهة عدم الجواز لاحقيقة عدم الجواز ؛ لأن

العبد يملكه وما في يده ، فالحاصل للعبد لا يخلو عن حق المولى ،

ولهذا كان للمولى أن يستقي ما في يده لنفسه ، ويقضي دينه من عنده ،

وكذا في كسب المكاتب ، وصير ذلك الحق حقيقة إذا عجز فرد في

الرق ، فصار كأنه باع ملك نفسه من نفسه أو اشترى ملك نفسه

لنفسه ، ولكن لهذه الفائدة التي ذكرها الحنفية صححوا هذا العقد

فظهر أن العقد جائز ، لقيام الدين مع وجود النافي للجواز (المانع

من المحلة) وهو كون العبد ملكاً للمولى ، المستلزم لكون المال له

لولا الدين ، فصار كأنه باع ملك نفسه من نفسه ، وكذا في الشراء

فأورثت شبهة ، فاعتبر العقد عدماً (كأن لم يكن) في حكم

المراهجة ؛ لوجوب الاحتراز فيهما عن شبهة الخيانة ، وإذا عدم البيع

(١) الجامع الصغير ٢٨٥ ، والنهاية ٤٩٨/٦ ، وشرح فتح القدير ١٢٩/٦ ،

والبحر الرائق ١٢١/٦ ، وجمع الأنهر ٧٧/٢ ، وحا ابن عابد بن

١٣٩/٥ ، والفتاوي الهندية ١٦٤/٣ .

(٢) تكملة المجموع ٧/١٣ .

الثاني بقي الاعتبار للعقد الأول ، وهو الكائن بعشرة ، فيصير كأن العبد اشتراه بعشرة للمولى في الصورة الأولى بالوكالة ، وهو ما إذا اشتراه العبد صاحبه من موله . وكأنه يبيعه للمولى في الصورة الثانية ، وهو ما إذا باعه المولى من عبده فيعتبر الثمن المذكور في الصورة الأولى ، فلا يبيعه مراوحة على الثمن المذكور فيه ، وإنما يبيعه على الثمن المذكور في الصورة الأولى .

وكون العقد ههنا كأن لم يكن في حكم المراوحة إنما اعتبر عدماً للمراوحة ، لا لكونه معدوماً من وجه ، وسببه أن المراوحة بيع أمانة تُتفني عنه كل تهمة وخيانة ، والسامحة جارية بين السيد وعبده ومكانته ، فثبتهم بأنه اشتراه منه بزيادة أو بامه منه كذلك .

ولهذا إذا اشتراه من أبيه أو أمه أو ولده أو هؤلاء منه : لا يبيع واحد منهم مراوحة إلا على الثمن الذي قام على البائع عند أبي حنيفة ، وخالفه أبو يوسف ومحمد^(١) كما تقدم في المطلب الأول^(٢) .

القول الثاني : لا بأس أن يبيعه مراوحة كأجنبي .

وهذا قول المالكية^(٣) ، كما يبيع ما اشترى من أجنبي إذا صح ذلك ، ألا ترى أن العبد إذا جنى أصل بماله ، وإنما يطلأ بمطك يمينه ، وإن عتق تبعه ماله إلا أن يُستثنى ماله^(٤) .

وهذا أميل إلى القول الأول (قول الحنفية) وهو أنه لا يبيعه مراوحة من غير بيان إلا على عشرة ؛ فالعبد وما ملك لسيد ، وتحريزاً عن الخيانة وشبهتها ، فيكون العبد نائباً عن موله في البيع والشراء ، فلا بد من البيان ، ففيه شبهة عدم الجواز ، والاعتبار للبيع الأول ، فالعراوحة بيع أمانة .

(١) الهداية ٥٧/٣ ، والبنية ٤٩٨/٦ ، وشرح فتح القدير ١٢٩/٦ ، ١٣٠ ، والبحر الرائق ١٢١/٦ ، ومجمع الأنهر ٧٧/٢ ، والنافع الكبير ٢٨٥ .

(٢) ص ٣٩٣ (١) و ٣٩٤ (٢) .

(٣) التدوينة الكبرى ٢٤٠/٤ .

(٤) الرجوع السابق .

المطلب الثالث : مباحة رب المال أو المضارب فيما يشتريه أحدهما
من الآخر .

وفيه مقصدان :

المقصد الأول : حكم بيع أحدهما من الآخر .

المقصد الثاني : هل له أن يبيعه مباحة ؟

وفيه فرعان :

الفرع الأول : دفع ألفاً مضاربة فاشتري رب المال هــدأ

بخسائة فباعه من المضارب بألف .

الفرع الثاني : مباحة رب المال فيما اشتراه من المضارب

وكان المضارب اشتراه من مال المضاربة .

أولاً : مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشتري بها ثوباً أو غيره وبعه

من رب المال بخسائة عشر .

ثانياً : اشتري المضارب هـدأ بألف فباعه من رب المال بألف ومائتين .

المقصد الأول : حكم بيع أحدهما - رب المال أو المضارب - من الآخر. ^(١)

فيه خلافاً:

القول الأول : يجوز بيع المضارب من رب المال ، ورب المال من المضارب .

وهو قول الحنفية ^(٢).

ودليلهم يأتي بعد قليل ^(٣).

القول الثاني : لا يجوز بيع رب المال من المضارب ، ولا بيع المضارب من رب المال إذا لم يكن في المال ربح .

وهذا قول زفر ، لانعدام الربح ؛ لأن الربح يحصل إذا بيع من الأجنبي ، إذ البيع تملك مال بمال غيره ، ورب المال يشتري مال نفسه بمال نفسه ، ويباع مال نفسه على نفسه ؛ لأن رقبة المال له ^(٤).

(١) العامل في شركة المضاربة ؛ معجم لغة الفقهاء ٤٣٤ .

(٢) يأتي تفسير قولهم بعد قليل ؛ ص ٣٠٣ ، ٣٠٤ .

(٣) ص ٣٠٤ .

(٤) الجامع الصغير ٢٨٥ ، والنهاية ٤٩٩/٦ ، وشرح فتح القدير ١٣٠/٦ ،

والبحر الرائق ١٢٢/٦ ، ومجمع الأنهر ٧٧/٢ .

المقصد الثاني : هل له أن يبيعه مباحة ؟

وذلك بناءً على قول الحنفية ، بأن يشتري رب المال من مضاربه ،
أو يشتري المضارب من رب المال ، فيريد أن يبيعه مباحة ، هل
له ذلك ؟

قال الحنفية : يبيعه مباحة على أقلّ الثمن وحصة المضارب
من الربح إن كان فيه ربح ، وإن لم يكن ربح يبيعه مباحة على
أقلّ الثمن (١) .

وتوضح هذا صيانه في الآتي ، ومن ثم يكون الكلام في
فروعين :

(١) هنا ص ٣٠٤ (١) و ٣٠٧ (٢) .

الفرع الأول : دفع ألفاً مضاربة - فمع المضارب ألف - فاشترى
رب المال عبداً بخمسة مائة واعمه من المضارب بألف .

قال الحنفية : يبيع المضارب العبد المذكور مراوحة على
خمسة مائة^(١) ؛ لأن جواز بيع رب المال من المضارب والمضارب من رب المال
ليس بمقطوع به بل هو محل الاجتهاد^(٢) ؛ فإن عند زفر لا يجوز كما
ذكرت قبل قليل^(٣) . فإن هذا البيع وهو بيع رب المال للمضارب مقضي
بجوازه^(٤) ؛ لتغاير المقاصد^(٥) ، فقصد رب المال وصوله إلى الألف
مع بقاء العقد ، وقصد المضارب استفادة اليد على العبد^(٦) ،
دفعاً للحاجة^(٧) ، فقضي بجواز هذا البيع وإن كان بيع ملك رب المال
بملكه^(٨) ، وذلك لأن المضارب اشتراه لرب المال ؛ لأنه وكيله ، وبيع
الإنسان من نفسه باطل ، ولكن لما كان حق المضارب كحق ثالث صح
البيع خلافاً لزفر^(٩) ، فهو مقضي بجوازه^(١٠) ، فير أن في هذا البيع شبهة
عدم جواز البيع^(١١) ، ولهذا أبطله زفر ، فتمكنت شبهة البطلان ، فاعتبر
أقل الثنين في الرابحة التي منها على الأمانة والاحتراز عن شبهة الخيانة ،

(١) الجامع الصغير ٣٤٧ و ٣٥١ ، والبسوط ١٥٣/٢٢ ، صدائع الصنائع

٢٢٥/٥ ، والهداية ٢١٣/٣ ، والبنية ٧٢٠/٧ ، والهمر

الرائق ٢٧١/٧ ، ومجمع الأنهر ٣٣٥/٢ ، والفتاوي الهندية ٣٠٢/٤ .

(٢) بدائع الصنائع ٢٢٥/٥ .

(٣) ص ٣٠٢ س : (٩) .

(٤) الهداية ٢١٣/٣ ، والبنية ٧٢١/٧ .

(٥) الهداية ٢١٣/٣ .

(٦) البنية ٧٢١/٧ .

(٧) الرجوع السابق ، والهداية ٢١٣/٣ .

(٨) الرجوعان السابقان ، ومجمع الأنهر ٣٣٥/٢ .

(٩) البنية ٧٢١/٧ .

(١٠) الرجوع السابق .

(١١) الرجوع السابق ، والهداية ٢١٣/٣ .

فاعتبر أقل الثنين في المراجعة للاحتياط^(١) ، فقد استحسن الحنفية الجواز بالاجتهاد مع احتمال الخطأ ، فكأن شبهة عدم الجواز قائمة ، فلتتحقق بالحقيقة في النع من المراجعة من غير بيان ، ولأنه يحتمل أن رب المال باعه من المضارب بأكثر من قيمته لكن ساهله المضارب ؛ لأنه ما اشتراه بمال نفسه بل بمال رب المال ، فتمكنت التهمة في هذا البيع ، فلا يبيعه مراجعة بأوفر الثنين إلا ببيان^(٢) .

وكذلك لو اشترى رب المال عمداً بألف فباعه من المضارب بمائة باعه المضارب مراجعة على مائة^(٣) .

ولو اشترى رب المال بخسائة فباعه من المضارب بألف ومائة باعه المضارب مراجعة على خمسائة وخمسين^(٤) ؛ لأن الخسائة أقل الثنين والخصون قدر حصة المضارب من الربح فتضم إلى الخسائة^(٥) .

(١) الرجعان السابقان .

(٢) بدائع الصنائع ٢٢٥/٥ .

(٣) الرجوع السابق .

(٤) الرجوع السابق .

(٥) الرجوع السابق .

الفرع الثاني : مباحة رب المال فيما اشتراه من المضارب
وكان المضارب اشتراه من مال المضاربة .

أولاً : مع المضارب عشرة دراهم بالنصف ، فاشترى بها ثوباً
أوفيراً ، وباعه من رب المال بخسة عشر ، فأراد رب المال
أن يبيعه مباحة .
قال الحنفية: يبيعه رب المال مباحة على اثني عشر ونصف ، فيقول : «قام عليّ
بأثني عشر ونصف» ؛ لأن بيع المباحة بيع أمانة يحترز فيها عن شبهة
الخيانة ، فهذا البيع وإن قضي بجوازه عند الحنفية عند عدم الربح
فإنما أجازته الحنفية ؛ لأن في هذا العقد ولاية التصرف انقطعت عن
رب المال بتسليم المال إلى المضارب ثم اشترى من المضارب فاستفاد
ولاية التصرف ، ففيه فائدة استغادة ولاية التصرف ، وهو ملك اليد ؛
لأن رب المال بالتسليم إلى المضارب قطع ولاية التصرف عن ماله ما لشراء
من المضارب يحصل له ولاية التصرف ، وللمضارب حق التصرف ، ولهذا
لا يملك رب المال منع المضارب عن التصرف .

وحصول ولاية التصرف هو المقصود بعد ما كانت منقضية لانقطاع
ولاية التصرف عنه بالتسليم إلى المضارب .

وانعقاد العقد يتبع الفائدة ، ولهذا إذا جمع بين عبده وعبده
غيره واشترهما صفقة واحدة جاز ودخل عبده في الشراء لحصول الفائدة
في حق انقسام الثمن ثم يخرج ، فكذا فيما نحن فيه الآن ؛ لأن المال
كالملوك للمضارب في حق التصرف ، وكغير الملوك لرب المال في حق
التصرف ، ولا يملك رب المال إبطال هذا الملك للمضارب إلا بالشراء ،
فجاز ذلك لحصول الفائدة ففيه شبهة العدم أي عدم الجواز - وهذا جواب
قول الحنفية السابق : « وإن قضي بجوازه » - .

ألا ترى : أن المضارب وكيل عن رب المال في البيع الأول من وجه ؛ لأنه
يعمل لنفسه ولرب المال ولهذا يكون الربح لهما . بخلاف الوكيل ؛ لأنه

يعمل للموكل ولهذا يكون الربح له .
 وكون المضارب وكلياً يمنع صحة بيعه منه كما لا يصح بيع الوكيل من
 موكله ما وكله بشرايه ؛ لأنه ماله ، وتصرفه فيه جائز .
 ومن وجه آخر : هو مال المضارب حتى إذا اشترى لايجوز
 حجب الربح المال عليه في البيع .
 ولو اشترى المضارب جارية فكانت مال المضاربة لايجوز لرب المال
 وطؤها وإن لم يكن في المال ربح ، فاعتبر البيع الثاني لما كان فيه شبهة
 العدم عدماً في حق نصف الربح ؛ لأن ذلك حق رب المال الذي هو
 حصة رب المال بمثل ما ذكر الحنفية في التي قبلها ، وهي شراء العبد
 المأذون له في التجارة ثوماً بعشرة وعليه دين (١) فيبيعه على
 أقل الثمن للاحتياط وعلى حصة المضارب من الربح ؛ لأن المضارب في
 ذلك المقدار بمنزلة الأجنبي فلا يُتَّهم فيه (٢) .

(١) من ٢٩٦ (المطلب الثاني) .

(٢) الجامع الصغير ٢٨٥ ، والبنية ومعها الهداية ٤٩٩/٦ ، ٥٠٠ ،

و ٢٢١/٧ ، ٢٢٢ ، شرح فتح القدير ١٣٠/٦ ، ١٣١ ، والبحر الرائق

١٢٢/٦ ، و ٢٧٢/٧ ، ومجمع الأنهر ٧٧/٢ ، وحامد هادي

ثانياً : اشترى المضارب هداً بألف من المضاربة فباعه من رب المال بألف ومائتين فأراد رب المال بيعه مباحة .

قال الحنفية : باعه رب المال مباحة بألف ومائة إن كانت المضاربة بالنصف^(١) ؛ لأن المائتين ربح ، وهي بينهما إلا أن حصة رب المال فيها شبهة وتُهمة على ما ذكرت لهم قبل قليل، فيطرح ذلك القدر من بيع العرابحة ، وأما حصة المضارب فلا شبهة فيها ولا تُهمة ؛ إذ لا حق فيها لرب المال فيبيعه مباحة على ألف ومائة^(٢) . فالربح ينقسم بين رب المال والمضارب ، ولا شبهة في حصة المضارب ؛ لأنه لا حق فيه لرب المال، فصار كأن رب المال اشترى ذلك من أجنبي ، وتمكنت الشبهة في حصة رب المال ؛ لأنه ماله بعينه ، فكانه اشترى من نفسه فتسقط حصته من الربح ، إلا إذا بين الأمر على وجهه فيبيعه كيف شاء^(٣) . فالبيع اعتبر عدماً في حق نصف الربح وهو نصيب رب المال . تحريره : أن العقدين وقتاً لرب المال ولم يقع للمضارب منه إلا قدر مائة ، فوجب اعتبار هذه المائة ، وفيما وقع لرب المال لم يعتبر الربح ؛ لاحتتمال بطلان العقد الثاني ، كما إذا كان معه ألف فاشترى رب المال هداً بخسمائة وبعه إياه بألف فإنه يبيعه مباحة على خمسمائة^(٤) ، على ما تقدم قبل قليل^(٥) .

(١) الجامع الصغير ٣٤٧ ، مدائع الصنائع ٦/١٠٣ ، ١٠٢/٥ ، و٢٢٥/٥ ، والهداية

٢١٣/٣ ، والبنية ٧/٧٢١ ، والفتاوي الهندية ٤/٣٠٢ .

(٢) ص ٣٠٥ (٢) .

(٣) مدائع الصنائع ٥/٢٢٥ .

(٤) الرجوع السابق ٦/١٠٣ .

(٥) الهداية ٣/٢١٣ ، والبنية ٧/٧٢٠ ، ٧٢١ .

(٦) ص ٣٠٤ (١) .

وكذلك لو اشترى المضارب بألف فباعه من رب المال بمائة باعه
رب المال مراهقة على مائة^(١) ، وهي أقل الثمنين ؛ لأنه
لا تُهْمَة في الأقل ، وفي الأكثر تُهْمَة على ما ذكرت^(٢) .^(٣)

(١) بدائع الصنائع ٢٢٥/٥ .

(٢) الرجوع السابق .

(٣) ص ٣٠٥ (٢) .

البحث السابع : شبهة عدم الملك .

من صور شبهة عدم الملك ما إذا ادعى على آخر مالاً . . . وهو
المطلب الثاني من البحث الرابع ، وقد سبق الكلام عنه ^(١) .

أما الصورة الثانية فهي : نصب عبداً فباعه ثم قُطعت يد
العبد عند المشتري من الغاصب .

ومن نصب عبداً فباعه لا يخلو عند الحنفية من أربعة أحوال :
إما أن يعتقد المشتري من الغاصب ، ثم يُجيز المالك ببيع
الغاصب ، فالمعتق جائز عند أبي حنيفة وأبي يوسف .
وقال محمد : لا يجوز ^(٢) .

وإما أن لا يعتقد ولكن قُطعت يد العبد ونحوه من الجراحات
الموجبة للأرش فأخذ أرشها ، ثم أجاز المالك بيع الغاصب فالأرش
للمشتري ، ويتصدق بما زاد على نصف الثمن .

وإما أن لا يكون أحد هذين ، ولكن باعه المشتري من الغاصب
من آخر ، ثم أجاز المالك بيع الغاصب : لم يجز البيع الثاني .
وإما أن لا يكون شيء من ذلك ولكن مات في يده أو قُتل ثم أجاز
البيع : لم يجز .

فهذه أربعة فروع تنفر عن إجازة بيع الغاصب ^(٣) .
ومطلبنا منها : الفرع الثاني ، وهو : ما إذا نصب عبداً فباعه
ثم قُطعت يد العبد في يد المشتري من الغاصب فأخذ المشتري أرشها ،
ثم أجاز المولى بيع الغاصب فأرش اليد يستحقه المشتري ؛ لأن الملك قد

(١) ص ٢٢٠ .

(٢) والحجة على محمد ، وجواب محمد مطروحان في موضعه ، وتحريرو هذا
في غير بحثنا هذا ؛ فبحث هذه خارجة عن بحثنا ، وذلك لأن بحث

سألة إعتاق المشتري خارجة عن موضوع البحث ؛ ص ٣١٣ (١) .

(٣) أي إجازة المالك لبيع الغاصب .

تمّ له بعد الإجازة من وقت الشراء ، فتبين أن القطع ورد على ملكه ،
فقطع يد العبد لا يمنع صحة الإجازة إذا لم يفت المعقود عليه
بقطعها بخلاف موته، فإذا لحقته الإجازة ظهر أنه قطع في ملكه
فيستحق أرض يده ؛ فالبيع موضوع سبباً للملك ، بخلاف ما لو قُطعت
في يد الغاصب ثم أدى الضمان فملك العبد فإنه لا يكون له الزوائد ؛
لأن الغاصب لم يُوضع سبباً للملك ، وإنما يثبت الملك مستنداً لوقت
الغصب بطريق الضرورة فيظهر في المتصل لا المنفصل .

ثم يتصدّق هذا المشتري من الغاصب بما زاد من أرض تلك اليد
على نصف الثمن ؛ لأن ما زاد على نصف الثمن لم يدخل في ضمانه فأرض
اليد الواحدة من الأدي الحر نصف دية ، وفي العبد نصف قيمته ،
والذي دخل في ضمان المشتري هو الذي كان في مقابلة الثمن، وهو
بمقابلة اليد المقطوعة نصف الثمن، ففيما زاد على نصف الثمن يكون ربح
ما لم يضمن ، فأرض يد العبد نصف قيمته ، والحر نصف دية ، وهى
أن يكون نصف القيمة أكثر من نصف الثمن فلا يطيب له الفضل وإنما يتصدّق
به ؛ لأنه إنما دخل في ضمانه بالثمن لا بالقيمة . فإن لم يكن العبد
مقبوضاً وأخذ الأرض يكون الزائد على نصف الثمن ربح ما لم يضمن ؛ لأن
العبد قبل القبض لم يدخل في ضمانه ، ولو كان المشتري من الغاصب
أهتق العبد ثم قُطعت يده ثم أجاز المولى بيع الغاصب كان الأرض للعبد .
تعليل آخر : إن في أخذ الأرض بعد القبض شبهة عدم الملك ؛ لأن
الملك غير موجود حقيقة وقت القطع ؛ فالملك في الأرض إنما ثبت يوم القطع
مستنداً إلى وقت البيع ، وهو ثابت من وجه دون وجه فيكون فيه شبهة
عدم الملك فلا يطيب الربح الحاصل به .

ووثق قول الحنفية : ((أن أرض اليد للمشتري ؛ لأن الملك قد

تمّ له بعد الإجازة من وقت الشراء، فتبين أن القطع حصل على ملكه)) (١) .

(١) الصفحة السابقة آخر سطر، وهنا أول سطر .

بما إذا نصب عهداً فقطعت يده وضعنه الغاصب فإنه لا يملك الأرض وإن ملك
الضمون .

والفضولي إذا قال لامرأة «أمرك بيدك فطلقت» ثم بلغ الخبر الزوج
فأجاز صح التفويض دون التطلق، وإن ثبت المالكية لها من حين التفويض
حكماً للإجازة .

والجواب عن الأول : بأن الملك في المنصوب ثبت ضرورة على ما تقدم
قبل قليل^(١)، وهي تدفع ثبوته من وقت الأداء ، فلا يملك الأرض لعدم
حصوله في ملكه .

والجواب عن الثاني : بأن الأصل أن كل تصرف يوقف حكمه على شيء
أن يجعل معلقاً بالشرط لا سبباً منه وقت وجوده ؛ لئلا يتخلف الحكم عن
السبب إلا فيما لا يحتمل التعليق بالشرط كالبيع ونحوه ، فإنه يعتبر
سبباً من وقت وجوده متأخراً حكمه إلى وقت الإجازة ، فعند أبي حنيفة
وأبي يوسف يثبت الملك من وقت العقد والتفويض ما يحتمله فجعل الموجود
من الفضولي معلقاً بالإجازة ، فعندهما يصير كأنه وجد الآن فلا يثبت
حكمه إلا من وقت الإجازة .

وتؤقت تعليل الحنفية الآخر بأن في أخذ الأرض شبهة عدم الملك
بأن فيه نظر ؛ لأنه إذا كان بشبهة عدم اعتبار ينبغي أن يتصدّق
بجميع الأرض لا بالنظر وحده ، فلو وجب التصديق لشبهة عدم الملك
في الزوائد ينبغي أن يتصدّق بالكل ؛ لأن في الكل شبهة عدم الملك،
لعين المذكور في بيان شبهة عدم الملك في الزوائد .

والجواب : بأنه كان ينبغي ألا يتصدّق بشيء بالنظر إلى ثبوت
الملك من كل وجه ولكن لما كان غير ثابت من كل وجه يتصدّق بالبرج فقط
بالنظر إلى عدم ثبوت الملك من كل وجه .

(١) الصفحة السابقة سطر (٢٦٦) .

ويمكن أن يناقش : بأن شبهة عدم الملك إنما تؤثر المنع مع كونه لم يضمن إلا بانفراده .

ويجاب عنه بأنه مدفوع : بأن كونه لم يضمن يستقل بالمنع اتفاقاً فلا حاجة إلى زيادة شبهة عدم الملك إن لا يفيد شيئاً^(١) .

(١) الجامع الصغير ٢٩٥ ، ٢٩٦ ، والهداية ٦٩/٣ ، ٧٠ ، والنهاية ٥٩٨/٦ - ٦٠٠ ، شرح فتح القدير ١٩٧/٦ - ١٩٩ ، والبحر الرائق ١٦٦/٦ ، وحا ابن عابدين ١١٧/٥ ، ١١٨ ، والفتاوي الهندية ١١١/٣ .

المبحث الثامن : شبهة الحَظِّ (١) .

وتُسمى الحَظِيطة . وهي : ما يُحط من ثمن السلعة . (٢)

وذلك بأن أخذ عيناً صلحاً من دين له على إنسان فأراد

أن يبيعه مباحة على ذلك الدين .

عبارة أخرى : إذا صالحه من الدين على عبد ، وهو مُقرِّبه ، (٣)

وقبضه ، هل يبيعه مباحة ؟

وذلك بأن كان لرجل على رجل أو ادعى رجل على رجل

عشرة دراهم فصالحه منها على ثوب أو عبد .

قال الحنفية : ليس له أن يبيعه مباحة على ذلك الدين

وهو عشرة إلا أن يُبيِّن (٤) ، فالصلح مخالف للبيع عند الحنفية ، وصورته :

ما إذا اشترى بالدين العبد : كان له أن يبيعه مباحة من غير بيان

عند الحنفية ؛ لأن جنس الشراء على الاستقصاء ، فلا يتمكن فيه

شبهة التجوز بدون الحق . (٦)

وليس له أن يبيعه مباحة في محنتنا ؛ لأن الشبهة في بيع المباحة

(١) تقول : «حَظَّ السعر» رخص ، و«(في عرض فلان)» : طعن ، و«من قَدَّرَه» :

حقره ، و«الدين» : أسقط منه ووضع ، والحَظِيطة : ما يُحط من جملة

الحساب فينقص منه ، جمع حظائط ، وهذان هما ما تدور عليه شبهتسا

في هذا المبحث ؛ المعجم الوسيط ١٨٢/١ حظط .

(٢) البناية ٤٩٧/٦ .

(٣) أما إذا كان له على رجل مالاً فجدده فصالحه على عبد فيأتي بعد قليل .

(٤) المبسوط ١٥١/١٢ ، و ٣٧/٢١ ، وهدائع الصنائع ٢٢٤/٥ ، والبناية

٤٩٧/٦ ، وشرح فتح القدير ومعه الهداية والكفاية وشرح العناية

١٢٨/٦ ، والبحر الرائق ١٢١/٦ ، ومجمع الأنهر ٧٧/٢ .

(٥) المبسوط ٣٧/٢١ ، وهدائع الصنائع ٢٢٤/٥ .

(٦) المبسوط ٣٧/٢١ .

كالحقيقة احتياطاً، فلا تجوز المراجعة فيما أخذه بالصلح ؛ لشبهة الحطّ فيه ، بسبب الصلح^(١) ؛ فالصلح مناه على الحطّ (الحُطِيطَة) والإغماض والسامحة والتجوز بدون الحق^(٢) ، فيتمكّن فيه شبهة الحطّ ، ويبع المراجعة مبني على الاحتياط ، والشبهة فيما هو مبني على الاحتياط يعمل عمل الحقيقة . ولو وُجد الحطّ حقيقة ما جاز البيع مراجعة على عشرة فكذا إذا وُجد شبهته^(٤) .

والبيان ؛ ليعلم المشتري أنه سماح أم لا ؟ فيقع التحرز عن التهمة^(٥) ، ومبنى الشراء على المضايقة والماكسة فلا حاجة إلى البيان^(٦) .
 وقرئ آخر : أن في الشراء لا تصور الخيانة ؛ لأن الشراء لا يقع بذلك الدّين بعينه بل بمثله ، وهو أن يجب على المشتري مثل ما في ذمة المديون فيلتقيان قصاصاً لعدم الفائدة . والدليل على أنه كذلك : أنه لو اشترى ثم تصادقا على أنه لم يكن عليه دين لم يبطل الشراء ، ولو وقع الشراء بذلك الدين بعينه لبطل الشراء ، وإذا لم يقع الشراء بذلك الدين بعينه لا تتقدر الخيانة كما إذا اشترى منه ثوباً بعشرة دراهم ابتداءً ، بخلاف الصلح فإنه يقع بما في الذمة على البديل المذكور . ألا ترى : أنهما لو تصادقا بعد عقد الصلح على أنه لم يكن عليه دين يبطل الصلح ،

-
- (١) المرجع السابق ١٢/١٥١ ، والبنية ٦/٤٩٧ ، وشرح فتح القدير
 ومعه الهداية ٦/١٢٨ ، والبحر الرائق ٦/١٢١ ، ومجمع الأنهر ٢/٧٧ .
 (٢) المبسوط ٢١/٣٧ ، و٤١ و ٢٠٠/١٦٧ ، وبدائع الصنائع ٥/٢٢٤ ،
 والبنية ٦/٤٩٧ ، والكفاية وشرح العناية مع شرح فتح القدير ٦/١٢٨ ،
 ومجمع الأنهر ٢/٧٧ .
 (٣) بدائع الصنائع ٥/٢٢٤ .
 (٤) المبسوط ٢١/٣٧ ، والبنية ٦/٤٩٧ ، والكفاية وشرح العناية مع شرح
 فتح القدير ٦/١٢٨ .
 (٥) بدائع الصنائع ٥/٢٢٤ .
 (٦) المرجع السابق .

فاحتمل تهمة السامحة والتجاوز بدون الحق فوجب التحرز عن ذلك
بالبيان (١) .

وقال المالكية : إذا كان له على رجل مالا فجحدته فصالحه
على عبد فإنه لا بأس أن يبيعه مباحة إذا بيّن ، ولا يجوز إذا لم
يبيّن (٢) .

وهو رأي الحنفية (٣) ، وذلك لشبهة الحط كما ذكرت قبل قليل .
كما قال المالكية : إذا اشتراه بدين له على رجل لم يصلح
له أن يبيعه مباحة حتى يبيّن ذلك (٤) .

وليس له أن يبيع ما صالح عليه في هذا المبحث مباحة
صواب ؛ ففيه شبهة الحط ، وهو لا يصلح عليه بنفس القيمة ،
فقد تكون قيمته أقل من ذلك الدين ، وهذا إنما هو صلح .

(١) المرجع السابق .

(٢) المدونة الكبرى ٣٨١/٤ .

(٣) بناءً على قولهم السابق في حالة الإقرار .

(٤) المدونة الكبرى ٣٨١/٤ .

المبحث التاسع : أثر الشبهة في الصرف (١).

وهي شبهة الرضا .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : باع ذهباً بذهب ، أوفضة بفضة .

المطلب الثاني : باع درهين وديناراً بدرهم ودينارين .

(١) الصرف في اللغة : التصويت ، والرد ، والتخلية ، والإنفاق ،

والتهديل ، والتزيين ، والبيع .

وفي الإصطلاح : بيع الأثمان بعضها ببعض ؛ المصباح المنير

١/٣٣٨ ، ٣٣٩ صرف ، والتعريفات ١٣٢ ، والمعجم الوسيط

١/٥١٥ ، والبحر الرائق ٦/٢٠٩ ، والمغني ٤/٥٩ ، والروض

المرجع ١٧٩ .

المطلب الأول : باع ذهباً بذهب ، أو فضة بفضة .

وفيه مقصدان :

المقصد الأول : حكم هذا البيع ؟

اختلف أهل العلم - رحمهم الله - في هذا المقصد .

القول الأول : لا يجوز إلا مثلاً بمثل .

وهو قول جمهور أهل العلم^(١) . وهو قال بالأئمة الأربعة^(٢) .

قال في بداية المجتهد : « أجمع العلماء على أن بيع الذهب بالذهب

والفضة بالفضة لا يجوز إلا مثلاً بمثل بدأً بيد^(٣) .

وهو قول : سفیان الثوري^(٤) ، وابن المبارك^(٥) ، وإسحاق^(٦) .

قال في بداية المجتهد : « وأجمع الجمهور على أن سكوكه ونسبه^(٧)

ومصوفه سواء في منع بيع بعضه ببعض مفاضلاً^(٨) .

القول الثاني : يجوز مفاضلاً ، إذا كان بدأً بيد ، وإنما الربا

في النسبة .

(١) الجامع الصحيح ٥٤٣/٣ ، والبنية ٦٨٨/٦ ، وشرح فتح القدير ٢٥٩/٦ ،

ومجمع الأنهر ١١٦/٢ ، وحا ابن عابدین ٢٥٧/٥ ، ٢٥٨ ، هداية

المجتهد ١٩٥/٢ ، ١٩٦ ، وقوانين الأحكام الشرعية ٢٧٦ ، والأم ٢١/٣ ،

٣٠ ، والمهذب ٢٧٩/١ ، والمجمع ٤٠٣/٩ ، ومغني المحتاج ٢٤/٢ ،

والمغني ٣/٤ ، والروض المربع ١٧٩ .

(٢) هنا (١) .

(٣) ح ٢ ص ١٩٥ منها .

(٤) الجامع الصحيح ٥٤٣/٣ .

(٥) المرجع السابق .

(٦) المرجع السابق .

(٧) التبر : فئات الذهب والفضة قبل أن يهاغا ، المعجم الوسيط ٨١/١ تبر .

(٨) ح ٢ ص ١٩٦ منها .

وهو قول ابن عباس ^(١) ، وابن عمر ^(٢) ، ومن تبع ابن عباس من المكيين ^(٣) .

وكان معاوية ^(٤) : يُجيز التفاضل بين التبر والمصوغ ^(٥) .

وروي عن مالك أنه سئل عن الرجل يأتي دار الضرب بهرقه ،
فيعطيهم أجره الضرب ، ويأخذ منهم دنانير ودراهم وزن ورقه أودراهم .
فقال : إذا كان ذلك لضرورة خروج الرقعة ، ونحو ذلك فأرجو
أن لا يكون به بأس ^(٦) .

وه قال : ابن القاسم ^(٧) من أصحابه ^(٨) .

-
- (١) الجامع الصحيح ٥٤٣/٣ ، شرح فتح القدير ٢٦٢/٦ ، بداية المجتهد
١٩٥/٢ ، والمغني ٣/٤ .
- (٢) شرح فتح القدير ٢٦٢/٦ .
- (٣) بداية المجتهد ١٩٥/٢ .
- (٤) هو: أبو عبد الرحمن ، معاوية بن صخر (أبي سفيان) بن حرب بن أمية .
القرشي ، الأموي ، أمير المؤمنين ، ولي الشام لعمر وعثمان عشرين سنة ،
وتملكها بعد علي عشرين سنة إلا شهراً ، وكان ملكه على الحرمين ، مصر ،
والشام ، والعراق ، وخراسان ، وفارس ، واليمن ، والمغرب ، وغير
ذلك ، وسار بالرقية سيرة جميلة ، وكان من ذُهاة العرب ، وحلمائها ،
يُضرب به المثل ، وهو أحد كتبة الوحي ، توفي سنة ستين هـ بدمشق ،
وله ثمان وسبعون سنة : التأريخ الكبير ٣٢٦/٧ - ٣٢٨ ، وتأريخ
بغداد ٢٠٧/١ - ٢١٠ ، وسير أعلام النبلاء ١١٩/٣ - ١٦٢ ،
وشذرات الذهب ٦٥/١ .
- (٥) بداية المجتهد ١٩٦/٢ .
- (٦) المرجع السابق .
- (٧) هو: أبو عبد الله ، عبد الرحمن بن القاسم بن خالد بن جنادة العُتقي ،
المصري ، ولد بمصر سنة اثنتين وثلاثين ومائة هـ ، فقيه جمع بين
الزهد والعلم ، ثقة بالإمام مالك ، روى عنه : ((المدونة)) ،
توفي سنة واحد وتسعين ومائة هـ ؛ الفهرست ٢٨١ ، والأعلام
٣٢٣/٣ .
- (٨) بداية المجتهد ١٩٦/٢ .

وتخصيل القولين ، وأدلتها في غير هذا الموضع ؛ فحشهما
 لا حاجة إليه في هذا الموضع ، إن لا علاقة للشبهة به .
 والقول الأول أصح ؛ لحديث أبي سعيد المذكور في المقصد
 القادم ، والعمل عليه عند أهل العلم ، وقد رجح ابن عمر ، وروي
 عن ابن عباس رجوعه كذلك ؛ عندما حدثه أبو سعيد الخدري عن النبي
 - صلى الله عليه وسلم - : " الذهب بالذهب . . . (٨)
 وأنكر ما روي عن مالك ابن وهب من أصحابه (٩) ، وعيسى بن دينار ،
 وجهير العلماء (١٠) .

-
- (١) البناية ٦ / ٦٨٨ ، ٦٨٩ ، وشرح فتح القدير ٦ / ٢٦٠ ، ومجمع الأنهر
 ٢ / ١١٦ ، وحا ابن عابد بن ٥ / ٢٥٧ ، ٢٥٨ ، وداية المجتهد ٢ / ١٩٦ .
 (٢) هنا (١)
 (٣) الجامع الصحيح ٣ / ٥٤٣ ، والمغني ٤ / ٣ ، ٤ ،
 (٤) يأتي بعد قليل على ما ذكرت كاملاً وتخرجه ؛ ص ٣٢٢ (١) .
 (٥) الجامع الصحيح ٣ / ٥٤٣ .
 (٦) شرح فتح القدير ٦ / ٢٦٢ .
 (٧) الجامع الصحيح ٣ / ٥٤٣ ، وشرح فتح القدير ٦ / ٢٦٢ ، والمغني ٤ / ٣ .
 (٨) الجامع الصحيح ٣ / ٥٤٣ ، . ويأتي بعد قليل كاملاً وتخرجه ص ٣٢٢ (١) .
 (٩) بداية المجتهد ٢ / ١٩٦ .
 (١٠) الرجوع السابق . وعيسى بن دينار بن واقد الغافقي ، أبو عبد الله ،
 فقيه الأندلس في عصره ، وأحد علماءها المشهورين ، كان رومياً عابداً ،
 سكن قرطبة ، وأصله من طليطلة ، فيها توفي سنة اثنتي عشرة ومائتين هـ ؛
 شذرات الذهب ٢ / ٢٨ ، والأعلام ٥ / ١٠٢ .
 (١١) بداية المجتهد ٢ / ١٩٦ .

المقصد الثاني : اشتراط القبض في بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة .

وهذا الشرط من المطلب هذا ، هو ما يُخَصُّ بحثي الشبهة ، وهو : أن عقد الصرف هذا يُشترط فيه قبض العوضين قبل الافتراق عند جمهور أهل العلم^(٣)؛ فقد ذكر ابن النذر : الإجماع من أهل العلم على هذا^(٤) .

قال في المغني : ((بغير خلاف^(٥))) . وكذا في تكملة المجموع^(٦) .
وه قال : الحنفية^(٧) ، والمالكية^(٨) ، والشافعية^(٩) ، والحنابلة^(١٠) .

-
- (١) المراد بالقبض باليد لا بالتخلية ؛ النهاية ٦/٦٩٠ ، وشرح فتح القدير ٢٦٠/٦ ، وحا ابن عابد بن ٢٥٨/٥ .
- (٢) الافتراق هنا بالأبدان بإجماع الفقهاء ، فعند الحنفية والشافعية والحنابلة يجوز مالم يفترقا عن المجلس ، أما عند المالكية فلا يجوز إذا عقد ثم تأخر القبض ولو ساعة ؛ النهاية ٦/٦٨٩ ، ٦٩١ ، ومجمع الأنهر ٢/١٠٢ ، ١١٦ ، والدر المختار مع حا ابن عابد بن والحاشية ٥/٢١٦ ، ٢٥٨ ، هداية المجتهد ٢/١٩٧ ، وقوانين الأحكام الشرعية ٢٧٥ ، ٢٧٦ ، والأم ٣/٣١ ، والمجموع ٩/١٨٠ ، والمغني ٤/٥٩ ، والروض المربع ١٨٢ .
- (٣) النهاية ٦/٦٨٩ ، وشرح فتح القدير ٦/٢٦٠ ، والمغني ٤/٥٩ .
- (٤) تكملة المجموع ١٠/٦٩ ، والمغني ٤/٥٩ .
- (٥) ج ٤ ص ٥٩ .
- (٦) ج ١٠ ص ٦٩ .
- (٧) المسوط ١٤/١٠ ، والإختيار ٢/٣١ ، والنهاية ٦/٦٨٩ ، وشرح فتح القدير ٦/٢٦٠ ، ومجمع الأنهر ٢/٨٥ ، ١١٦ ، والبحر الرائق ٥/٢٨٢ ، وفناوي قاضيخان ٢/٢٥٢ .
- (٨) هداية المجتهد ٢/١٩٧ ، وقوانين الأحكام الشرعية ٢٧٥ ، ٢٧٦ .
- (٩) الأم ٣/٢١ ، ٣٠ ، ٣١ ، والمهذب ١/٢٦٥ ، ٢٧٩ ، والمجموع ٩/٤٠٣ ، ٤٠٤ ، ومغني المحتاج ٢/٢٤ ، ٢٥ .
- (١٠) المغني ٤/٥٩ ، والروض المربع ١٨٢ .

وقد استدلووا بالسنة والأثر والمعقول :

أولاً : استدلالهم بالسنة :

الدليل الأول : قول النبي - صلى الله عليه وسلم - : " الذهب بالذهب

والفضة بالفضة ، والبر بالبر ، والشعير بالشعير ، والتمر بالتمر ، والطح

بالطح ، مثلاً بمثل يدأ بيد ، فمن زاد أو استزاد فقد أربى " (١)

الدليل الثاني : قوله : - صلى الله عليه وسلم - : " ولا تبيعوا منها غائباً بناجزاً " (٢)

ثانياً : استدلالهم بالأثر :

الدليل الأول : قول عمر - رضي الله عنه - : " الذهب بالذهب مثلاً بمثل ، والورق

بالورق مثلاً بمثل لا تغفلوا بعضها على بعض ، لا يباع منها غائب بناجز ، فإني أخاف

عليكم الرها ، وإن استنظرك إلى أن يدخل بيته فلا تنظره " (٣)

(١) أخرجه : سلم ، والنسائي ، وابن الجارود ، والبيهقي ، وأحمد وفي آخره :

" الآخذ والمعطي فيه سواء " . عن أبي المتوكل الناجي ، عن أبي سعيد به .

وله طريق آخر يأتي في الرقم القادم .

كما روي عن عبادة سبق تخريجه م ٢٠٥ حا (٢) و (٣) صحيح سلم ١٢١١/٣

(١٥٨٢ ، ٨٢) ، وسنن النسائي ٢٧٧/٧ ، والمنتقى لابن الجارود

٢١٨ (٦٤٨) ، والسنن الكبرى للبيهقي ٢٧٨/٥ ، وسند أحمد

٤٩/٣ ، ٥٠ ، ٦٦ ، ٦٧ ، ٩٧ .

(٢) أخرجه : البخاري ، وسلم ، ومالك ، والنسائي ، والترمذي ، وابن الجارود ،

والبيهقي ، وأحمد ، عن نافع عن أبي سعيد مرفوعاً بلفظ : لا تبيعوا الذهب

بالذهب إلا مثلاً بمثل ، ولا تُشِفُّوا بعضها على بعض ، ولا تبيعوا الورق بالورق

إلا مثلاً بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ، ولا تبيعوا منها غائباً بناجزاً .

زاد سلم في روايته في آخره : " إلا يدأ بيد " ، صحيح البخاري ٣٠/٣ ،

٣١ ، وصحيح سلم ١٢٠٨/٣ ، ١٢٠٩ (١٥٨٤) ، وموطأ مالك ٦٣٢/٢ ،

٦٣٣ (٣٠) ، وسنن النسائي ٢٧٨/٧ ، ٢٧٩ ، وسنن الترمذي ٥٤٢/٣ ،

٥٤٣ (١٢٤١) ، والمنتقى لابن الجارود ٢١٨ (٦٤٩) ، والسنن الكبرى

للبيهقي ٢٧٦/٥ ، وسند أحمد ٤/٣ و ٥١ و ٦١ .

(٣) تقدم مرفوعاً عن أبي سعيد قبل قليل في الصلْب رقم (١) ، وحاشيته ، وحا (٢) .

وأخرج هذا باختلاف في الألفاظ ولفظ : " بلج " ، وفي آخره : " إني أخاف عليكم

الرَّهْمَا - والرَّهْمَا هو الرها " : مالك ، والبيهقي ، وأخرج مثله بدون : " وإن

استنظرك " .

كما أخرجه : عبد الرزاق بلفظ : " إذا صرف أحدكم من صاحبه فلا يفارقه حتى

يأخذها وإن استنظره حتى يدخل بيته فلا ينظره ، فإني أخاف عليكم الرها " .

وقوله : " استتظرك " خطاب لأحد عاقدَيِ الصِّرفِ أي إن سألَكَ صاحبَكَ

أن يدخل بيته لإخراج بدل الصِّرفِ فلا تمهله ؛ ^(١) فإن النبي - صلى الله

عليه وسلم -؛ نهى عن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة إلا يداً بيد ^(٢)

ومعنى قوله - عليه السلام - : " يداً بيد " أي : عيناً بعين ^(٣)

الدليل الثاني : عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أنه قال : ^(٤) " إن شئ من سطح

فُشِبَ معه " .

وكل هذا الذي ذكرت يدل على وجوب التقابض قبل الافتراق ^(٥) .

ثالثاً : استدلالهم بالمعقول :

وذلك أنه لا بد شرعاً من قبض أحد العوضين ليخرج العقد عن بيع الدين

بالدين ، وهو بيع الكالئ بالكالئ ^(٦) ، فلا يلزم ، والنبي - صلى الله عليه

وسلم -؛ نهى عن بيع الكالئ بالكالئ ^(٧) .

ثم لا بد من قبض الآخر تحقيقاً للساواة فلا يتحقق الربا ؛ إن في عدم

قبض الآخر شبهة بيع النقْد بالنسيئة فيتحقق شبهة الربا ^(٨) ، وقد نهى النبي

- صلى الله عليه وسلم - عن ذلك ^(٩) .

فلما ثبت نص الشرع - المذكور قبل قليل - بالزام التقابض علته الفقهاء بهذا

التعليل ؛ فإن للتقدم مزبة على النسيئة ، فيتحقق الفضل في أحد العوضين

= كما أخرج عن عبد الله بن عمر قوله : " إن استتظرك حلب ناقة فلا تنظره "؛

الموطأ ٢/٦٣٤ ، ٦٣٥ (٣٤ ، ٣٥) ، والسنن الكبرى ٥/٢٧٩ ، ٢٨٤ ،

ومصنف عبد الرزاق ٨/١١٦ ، ١١٩ (١٤٥٤٢ ، ١٤٥٥١) .

(١) البناية ٦/٦٨٩ .

(٢) على ما سبق تخريجه قبل قليل ؛ ص ٣٣٢ ح (١) .

(٣) الإختيار ٢/٣١ .

(٤) قال في نصب الراية : ((غريب جداً)) ٤/٥٦ .

وقال في فتح القدير : ((غريب جداً من كتب الحديث)) ، ٦/٢٦٢ .

(٥) البناية ٦/٦٩٠ .

(٦) الرجوع السابق .

(٧) سبق تخريجه ؛ ص ٢١٥ (٢) .

(٨) البناية ٦/٦٩٠ ، شرح فتح القدير ٦/٢٦١ .

(٩) سبق تخريجه ؛ انظر ص ٢٤٤ (٢٤١) وحاشيتها .

(١) وهو الربا .

دليل آخر : إنه يلزم الترجيح بلا مرجح ؛ لأنهما مستويان في معنى الثنية ، فإذا وجب قبض أحدهما فكذا الآخر ؛ فإن أحد العوضين ليس بأولى بالقبض من الآخر ، فوجب قبضهما سواء كانا يتعنيان كالمصوغ والتبر ، أو لا يتعنيان كالمضروب ، أو يتعني أحدهما ولا يتعني الآخر ؛ لإطلاق قوله - صلى الله عليه وسلم - : « الذهب بالذهب مثلاً بمثل » . (٢)

(٣)

وهو يتناول المضروب وغيره .

ولأن بيع المصوغ بالمصوغ إن كان يتعني بالتعني ففيه شبهة عدم التعيين ؛ لكونه ثمنًا خلقه ، فإذا كان كذلك فيشترط قبضه اعتباراً للشبهة في الربا . (٤)

ويمكن أن يُناقشوا : بأن تحقق الفضل في أحد العوضين

(٥)

وهو الربا غير لازم في قبض العوضين ؛ لجواز أن يُجعلاً معاً نسبة .

والجواب : بما ذكرت من « أنه لا بد شرعاً من قبض أحد العوضين

(٦)

كبي لا يلزم الدين بالدين ، فلو لم يُقبض الآخر لزم الربا » . وأيضاً : يلزم الترجيح

بلا مرجح ؛ لأنهما مستويان في معنى الثنية ؛ فإذا وجب قبض أحدهما

(٧)

فكذا الآخر لعدم الأولوية » . (٨)

(٩)

ويمكن أن يُناقش ذلك التعليل الذي ذكرت ((أنه لا بد من قبض أحدهما ؛

ليخرج العقد عن الدين بالدين ، ثم لا بد من قبض الآخر تحقيقاً

(١) شرح فتح القدير ٢٦١ / ٦ .

(٢) النهاية ٦٩٠ / ٦ ، وشرح فتح القدير ٢٦١ / ٦ .

(٣) سبق تخريجه قبل قليل ؛ ص ٣٣٣ (١) .

(٤) النهاية ٦٩١ / ٦ .

(٥) المرجع السابق ، وشرح العناية ٢٦١ / ٦ .

(٦) شرح فتح القدير ٢٦١ / ٦ .

(٧) ص ٣٣٣ (٦) .

(٨) هنا سطر (٢) .

(٩) ص ٣٣٣ (٦) .

(١) للمساواة)) : بأنه يخص الثمنين المحضين اللذين لا يتعينان ، والحكم وهو لزوم التقابض ثابت وإن كان أحدهما يتعين بالتعيين كالمصوغ ، فلا فرق في ذلك (وجوب القبض للموضين معاً) بين ما إذا كانا يتعينان كالمصوغ أو لا يتعينان كالمضروب أو يتعين أحدهما دون الآخر .^(٢)

والجواب كما ذكرت قبل قليل بأن ذلك لإطلاق قوله - هلس الله عليه وسلم- : الذهب بالذهب والفضة بالفضة ...^(٤) وهو يتناول المصوغ وغيره .^(٥)

ومثل الإطلاق المذكور بأن المتعين أيضاً كالمصوغ : فيه شبهة عدم التعيين ، إذ فيه شبهة الثمنية ، إذ قد خلق ثمناً ، والشبهة في باب الربا كالحقيقة ، ولما كان المعول عليه تناول النص بإطلاقه لم يدفعه أن الثابت شبهة الشبهة بل وجب بالنص إلحاق شبهة الربا بشبهة الربا في هذا الحكم .^(٦)

فلهذا لا يُعترض على ذلك التعليل (أنه لا بد من قبض أحد العوضين ... ثم لا بد من قبض الآخر) : بأن بيع المضروب بالمضروب بلا قبض لا يصح ، لأنه دين بدين ، وبيع المصوغ بالمصوغ ليس كذلك ، لتعيينه بالتعيين .^(٧)

وتقريره كما ذكرت : أن بيع المصوغ بالمصوغ وإن كان يتعين بالتعيين ففيه شبهة عدم التعيين ، لكونه خلق ثمناً ، فإذا كان كذلك فيشترط

(١) أي الخالصين ، والمحض : ما خلاص حيث لا يخالطه شيء ، تقول : ((هذا لمن

محض)) ؛ الصباح المنير ٥٦٥/٢ محض ، والمعجم الوسيط ٨٦٢/٢ .

(٢) شرح فتح القدير ٢٦١/٦ .

(٣) شرح العناية ٢٦١/٦ .

(٤) سبق تخريجه ؛ ص ٣٢٣ (١) .

(٥) شرح فتح القدير ومع شرح العناية ٢٦١/٦ .

(٦) شرح فتح القدير ٢٦١/٦ .

(٧) البنائة ٦٩١/٦ ، وشرح العناية ٢٦١/٦ .

(٨) ص ٣٢٤ (٥) .

قبضه اعتسماً باراً للشبهة في الرضا (١) .

لا يُناقش هذا : بأنه على هذا التفسير يلزم في بيع
المضروب بالمصوغ نسبية (شبهة الشبهة) لأن في
بيع المضروب بالمضروب نسبية (٢) : شبهة التفضل ، فإذا بيع
مضروب بمصوغ نسبية وهو مما يتعين كـ
بالنظر إلى كونه خالقاً

(١) البناية ٦ / ٦٩١ ، وشرح العناية ٦ / ٢٦١ .

(٢) من (شبهة) إلى (نسبية) ساقط من البناية ٦ / ٦٩١ ،
وقد جئت بها من شرح العناية ٦ / ٢٦١ وهو الصواب ؛
لعدم استقامة الكلام إلا بهذه العبارة ،
ولأنه سهو من الناسخ ، بدليل : (نسبية) قبل
أول العبارة وهي آخرها .

شبهة عدم التعيّن وتلك شبهة زائدة على الشبهة الأولى ، والشبهة هي
المعتبرة دون النازل عنها (١) .

والجواب عنه : بأن عدم الجواز في المضروب نسبية بقوله : " بدأ
ببدأ (٢) . لا بالشبهة ؛ لأن الحكم في موضع النص يخاف إليه لا إلى
العلة، فتكون الحرمة في هذه الصورة باعتبار الشبهة (٣) .

وما سواه من الرهوبات يكفي فيه التعيّن ؛ لأنه يتعيّن بالتعيّن ،
ويتمكّن من التصرف فيه ، فلا يشترط قبضه كالشباب ، بخلاف الصرف ؛ لأن القبض
شرط فيه للتعيّن ؛ فإنه لا يتعيّن بدون القبض (٤) .

(١) المرجعان السابقان (البنية ، شرح العناية) .

(٢) سبق تخريجه ؛ ص ٢٢٢ (١) .

(٣) البنية ٦/٦٩١ ، شرح العناية ٦/٢٦١ .

(٤) الإختبار ٢/٣١ .

المطلب الثاني : باع درهين وديناراً بدرهم ودينارين .

اختلف أهل العلم - رحمهم الله - في هذا المطلب :

القول الأول : لا يجوز

وهو قول المالكية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣)، وزفر^(٤) .

روى عن سالم بن عبد الله^(٥) ، والقاسم بن محمد^(٦) ، وشرح^(٧) ، وابن سيرين^(٨) ،

-
- (١) الشرح الصغير ومعه حا الصاوي ٥٩/٤ ، وأيضاً الشرح الصغير مع بلغة السالك وهي ١٥/٢ .
- (٢) أصلها عندهم قاعدة : ((مدَّ عجوة)) وقد فصلت القول فيها ص ٢٤٠ حا (٩) ، فتح العزيز ١٧٢/٨ - ١٧٥ ، ومغني المحتاج ٢٨/٢ ، وقد نُص على قولهم هذا في مراجع قول زفر هنا من كتب الحنفية .
- (٣) أصلها عندهم كما عند الشافعية على ما في الرقم السابق ؛ المغني ٣٩/٤ ، والروض العربع ١٨١ ، وقد نُص على قولهم هذا كما مر في الرقم السابق .
- (٤) الإختيار ٤٠/٢ ، والبنية ٧٠٠/٦ ، وشرح فتح القدير ٢٦٢/٦ ، ومجمع الأنهر ١١٩/٢ .
- (٥) المغني ٣٩/٤ .
- وسالم هو : أبو عمر، سالم بن عبد الله بن عمر بن الخطاب ، القرشي ، العدوي ، فقيه ، زاهد ، عابد ، قدوة ، من سادات التابعين وعلمائهم وثقاتهم ، توفي سنة ست ومائة هـ في المدينة ؛ حلية الأولياء ١٩٣/٢ - ١٩٨ ، وشذرات الذهب ١٣٣/١ ، والأعلام ٧١/٣ .
- (٦) المغني ٣٩/٤
- (٧) المرجع السابق .
- (٨) المرجع السابق .

وبه قال : إسحاق^(١) ، وأبو ثور^(٢) .

وقد استدلوا : بأن فيه الربا ، وإلا استلزم شبهة الربا ،
 وشبهة الربا معتبرة كحقيقة^(٣) الربا ؛ فإنه يُصرف الجنس إلى جنسه
 لأنه أسهل عند المقابلة^(٤) ، ففي الصرف إلى خلاف الجنس تغيير تصرف العاقد ؛
 لأنه قابل الجُملة بالجملة ، ومن قضية التقابل الانقسام على الشيوع لا على
 التعميم^(٥) ، وهو أن يكون كل جزء على الشيوع مقابلاً لكل جزء على الشيوع ،
 فلكل واحد من البديلين حظ من جملة الآخر ، فيندرج فيه جنس ذلك الجزء
 وخلاف جنسه ، وأجزاء جنسه أكثر ؛ إذ أجزاء دينارين أكثر من أجزاء دينار
 بالضرورة ، وليس المعنى أن كل جزء معين مقابل بكل جزء على العموم وإلا
 كانت الذرة من الدينار مقابلة بجميع الدينارين ، والدرهم فلم يبق للذرة ما
 يقابلها أو يقابل الكل بنفسه أشياء كثيرة ، وهو اعتبار ممكن لكنه مستكسر ،
 وهو أن يقابل الذرة بألف ذرة ، ثم تكون هذه الألف بنفسها مقابلة لذرة
 أخرى وأخرى ، ولأنه حينئذ ينضوي الانقسام بأدنى تأمل^(٦) .

(١) المرجع السابق .

(٢) المرجع السابق .

(٣) الحقيقة في اللغة : ما ثبت يقيناً ، وتطلق على ما أريد به ما وضع
 له ، ويقول : حقيقة هذا جوهره وخالصة . وفي الإصطلاح : اللفظ
 المستعمل فيما وضع له أصلاً . كالأسد للأسد ؛ المعجم الوسيط ١/١٨٧ ،
 ١٨٨ حقق ، ومعجم لغة الفقهاء ١٨٣ ، وأنيس الفقهاء ١٥٧ ، والمزهر
 ٣٥٥/١ ، والتعريفات ٨٩ ، وأسرار البلاغة ٣٠٣ ، وكشف الأسرار
 لعبد العزيز البخاري ١/٦١ ، ٦٢ ، والتمهيد في تخریج الفروع على
 الأصول ١٨٥ .

(٤) الإختیار ، والبنایة ، وشرح فتح القدير في الصفحة السابقة حـ (٤) ،
 والشرح الصغير ومعها حـ الصاوي ٤/٥٩ ، وأيضاً الشرح الصغير مع
 بلغة السالك وهي ١٥/٢ .

(٥) البنایة وشرح فتح القدير ص ٢٦٨ على ما في الرقم السابق ، وفتح العزيز
 ١٧٤/٨ ، ١٧٥ .

(٦) المراجع السابقة .

والدليل على أن الانقسام كما ذكر : ما لو اشترى عبداً وجارية بثوب
وفرس ثم استحق العبد يرجع بقيمة العبد في الثوب والفرس جميعاً ، ولولا
أن الانقسام على الشروع لما رجح في الثوب والفرس جميعاً .^(١)

وتغيير تصرفها لا يجوز ، وإن كان فيه تصحيح التصرف ، بدليل
الإجماع على أن من اشترى قلباً (سواراً)^(٢) وزنه عشرة دراهم بعشرة
وثوباً قيمته عشرة دراهم بعشرة ثم باعها مباحة صفقة واحدة بعشرين
درهماً : لا يجوز^(٣) ، وإن أمكن صرف الربح إلى الثوب وحده خاصة ،
تصحيحاً لتصرفه ؛ ليخلو القلب عن التفاضل^(٤) .

وكذا نظيرها وهو : ما إذا اشترى عبداً بألف درهم ثم باعه قبل نقد
الثن من الباع مع عبد آخر بألف وخمسة لاجوز العقد ويفسد في
المشترى بألف درهم ؛ لأنه شراء ما باع بأقل ما باع ، وهذا لا يجوز
عندكم^(٥) أيضاً كما تقدم^(٦) ، وإن أمكن تصحيح العقد بصرف الألف إلى
المشترى والباقي إلى العبد الآخر^(٧) .

وكذا نظيرها وهو : ما إذا جمع بين عبده وهب غيره وقال : ((بعثك
أحدهما)) : لا يجوز ، وإن أمكن تصحيحه بصرفه إلى عبده^(٨) .

وكذا نظيرها وهو : ما إذا باع درهماً وثوباً بدرهم وثوباً وافترقا
من غير قبض فسد العقد في الدرهمين ولا يصرف إلى الثوب ، وإن أمكن

- (١) شرح فتح القدير ٢٦٨/٦ .
- (٢) المعجم الوسيط ٢/٧٥٩ قلب ، وانظر ص ٣٣٤ (١) .
- (٣) البناء ٦/٧٠٠ ، ٧٠١ ، وشرح فتح القدير ٢٦٨/٦ .
- (٤) الرجوعان السابقان .
- (٥) أي الحنفية .
- (٦) ص ١٦١ (٣٤٢) ، ونظير هذه السألة ص ١٦٢ سطر (١٢) .
- (٧) البناء ٦/٧٠١ ، وشرح فتح القدير ٢٦٨/٦ .
- (٨) الرجوع السابق (شرح) .

تصحیح التصرف بصرف الجنس إلى خلاف الجنس ، فمن قضية الانقسام :
على الشيوع لا على التعيين .^(١)

فهذه أحكام إجماعية كلها دالة على أن تغيير التصرف لا يجوز
وإن كان يتوصل به إلى تصحيحه

والمعتد عند إمام الحرمين في التعليل : ((أنا تُعبدنا بالمائلة
تحقيقاً ، وهنا لم تتحقق المائلة فيفسد العقد))^(٢)

(١) النهاية ٦/١٠٧ ، ٧٠٢ ، وشرح فتح القدير ٦/٢٦٨ .

(٢) الرجوع السابق ص ٢٦٩ ، وفتح العزيز ٨/١٢٥ .

القول الثاني : يجوز البيع .

وهو قول الحنفية، رواية عن أحمد^(١)، فالأصل عند الحنفية في ذلك أن يُصرف كل واحد من الجنسين إلى خلافه، فيعتبر الدرهمان بالدينارين والدرهم بالدينار، حملاً لتصرفهما على الصحة^(٢). وقد استدلوا : بأن على تقدير مقابلة الجملة بالجملة، والجزء الشائع بالشائع لا يقتضي الربا والفساد، وإنما يقتضيه لو كان التفاضل لازماً حقيقة، وذلك لا يكون إلا إذا قُول معين بمعنىين وتفاضلاً، وحينئذ لا حاجة في التصحيح إلى التوزيع وصرف كل إلى خلاف جنسه عيناً، لكن الحنفية اقتحموه بناءً على أصل إجمالي، وهو : ((أن مهما أمكن تصحيح تصرف السلم العاقل يُرتكب))^(٤). ولهذا يُحمل كلامه على المجاز^(٥)، وترك حقيقته إذا كان لا يصح على تقديره، ويدرج في كلامه زيادة لم يفظ بها إذا كان لا يصح إلا بذلك،

(١) الإختيار ٢/٤٠، والنهاية ٦/٧٠٠، ٢٥١، وشرح فتح القدير ٦/٢٦٢،

ومجمع الأنهر ٢/١١٩، وحا ابن عابد بن ٥/٢٦٤ .

(٢) المغني ٤/٣٩، ٤٠ .

(٣) فإن الأصل أن الأموال الربوية المختلفة الجنس إذا اشتملت عليها الصفقة

وكان في صرف الجنس إلى الجنس فساد العبادلة بصرف كل جنس منها

إلى خلاف جنسها عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد، تصحيحاً للعقد،

المراجع السابقة؛ وشرح العناية ٦/٢٦٢ .

(٤) وذلك بشرط الإمكان والتعيين وإلا فلا، كأن يتغير أصل العقد كسألة

المراوحة هنا ص ٣٣٤ س (١٣) أو أن تصحبه غير متعين كالسألة الثانية هنا

ص ٣٣٤ س (١١)، أو ليس حملاً للبيع كالسألة الثالثة هنا ص ٣٣٥ س (١٧)، أو كان

الفساد طارئاً، والكلام ليس في الفساد الطارئ كما في السألة الأخيرة هنا

ص ٣٣٦ س (٩) .

(٥) التجاوز : بفتح الميم، مصدر جاز الطريق والسلك، إذا قطعه جمع مجاوز،

فهو لغة : المَعْبَر . ومن الكلام : ما تجاوز ما وضع له من المعنى . واصطلاحاً :

اللفظ المستعمل في غير ما وضع له لمناسبة بينهما . كالأسد للرجل ؛ المعجم

الوسيط ١/١٤٧، جوز، ومعجم لغة الفقهاء ٤٠٥، وأنيس الفقهاء ١٥٨،

والتعريفات ٢٠٢، ٢٠٣، وأسرار البلاغة ٣٠٤ .

(٦) تقدم تعريف الحقيقة قبل قليل ؛ ص ٣٢٩ ح (٣) .

كأنهم نظروا إلى أن المقابلة على وجه الشروع إن لم تقتض حقيقة الرها استلزم شبهته ، وشبهة الرها معتبرة كحقيقته ، فقالوا : العقد كذلك إنما يقتضي مطلق المقابلة لا مقابلة الكل بالكل ولا الفرد بالفرد من جنسه أو من خلاف جنسه ؛ لأن اللفظ مطلق غير متعرض لواحد منهما لكن مع عدم الاقتضاء يحتمل مقابلة الفرد بالفرد وهو الجنس المعين هنا بجنس معين ، بدليل أنه يصح تفسيره به ، فإنه لو قال : ((بعث هذين الدرهمين والدينار بدينارين ودرهم)) ، على معنى : أن الدرهمين بالدينارين ، والدينار بالدرهم صح ، وهو طريق متعين للتصحيح فوجب حمله عليه ، وعلى هذا التقدير لا حاجة إلى ما في «الهداية» : ((وفيه تغيير وصف العقد)) .^(١) كأنه نظر إلى أن الظاهر هو مقابلة^(٢) الجُملة بالجُملة شائعاً لا أصله ؛ لأنه يبقى موجه وهو ثبوت الطك في الكلي بمقابلة الكل ، وصار كما اتفق الحنفية عليه : ((فيما إذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره)) ، فإنه ينصرف إلى نصيبه تصحيحاً^(٣) لتصرفه .

المنافسة والترجيح :

يُمكن أن يُناقش قول إمام الحرمين : ((بأنا تُعبدنا بالمائة))^(٤) : بأنا تُعبدنا بتحقيق المائة فيما إذا تمحضت مقابلة الجنس بالجنس أم على الإطلاق^(٥) .

والجواب : بأنك إن قلت : ((الثاني)) فمنوع . وإن قلت : ((الأول)) فسلم لكنه ليس صورة الخلافية^(٦) .

وقد نُوقشت المسائل المذكورة في القول الأول بأنها تخالف ما اتفق عليه الحنفية : ((فيما إذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره)) ، فإنه ينصرف إلى

(١) ج : ٦ ص ٢٦٩ منها مع شرح فتح القدير .

(٢) شرح فتح القدير ٢٦٩/٦ .

(٣) الرجوع السابق ص ٢٧٠ ، وحاشيا ابن عابدين ٢٦٤/٥ .

(٤) ص ٣٣١ (٢) .

(٥) شرح فتح القدير ٢٦٩/٦ ، وفتح العزيز ١٧٥/٨ .

(٦) الرجوعان السابقان .

نصيه تصحيحاً لتصرفه ، فإن عدم الصرف في تلك المسائل المذكورة لعدم
الإمكان والتعيين .

وذلك : أما مسألة المراجعة فعدم الصرف ؛ لأنه يتغير أصل
العقد إذ يصير تولية في القلب .

واعترض بأن مقتضى ما تقدم من وجوب حمل المثني على الواحد في مسألة
الطوق^(١) والجارية أن يُحمل قوله : ((بعتهما بعشرين مراجعة فيهما بعشرة)) أن
يُحمل فيهما على أحدهما يعني الثوب، كما حمل قوله : ((خذ هذه الألف من
ثمنهما)) على ثمن أحدهما ، وهو : ((الطوق)) وكون : ((الطوق)) لم يصر
مراجعة لا يضر إذ يصدق أن العقد مراجعة بثبوت الريح في بعض صيغ
الصفقة الواحد^(٢) .

وأما في المسألة الثانية وهو : ما إذا باع عبداً اشتراه بألف من اشتراه
منه مع عبد آخر بألف وخمسائة فطريق تصحيحه غير متعين أن يكون بصرف
الخمسائة إلى العبد الآخر فيكون بائعاً ما اشتراه من اشتراه منه بمثل ما
اشتراه منه ؛ لأنه كما يكون بذلك يكون بصرف أكثر من الخمسائة بدرهم أو درهمين
أو غير ذلك إلى العبد الآخر فيصير بائعاً للمشتري من اشتراه منه بأقل مما
اشتراه منه^(٣) .

وتُغض بأن طريق الصحة كذلك ليس متعيناً فيما ذكرتم^(٤) ، بل له وجه آخر
وهو : أن يعتبر مقابلة درهم من الدرهمين بمقابلة الدرهم ودينار من الدينارين
بمقابلة الدينار والدينار الآخر بمقابلة الدرهم .

(١) أي القلب : ص ٣٣٠ (٢) والطوق : حلي للسائق ، وكل ما استدار

بشيء ، جمع أطواق ؛ لسان العرب ٢٣١/١ ، طوق ، والقاسوس

المعيط ٢٦٨/٣ ، والمعجم الوسيط ٥٧٧/٢ ، والمبسوط ٦/١٤ .

(٢) شرح فتح القدير ٢٧٠/٦ .

(٣) المرجع السابق .

(٤) وهو أن يُصرف إلى خلاف جنسه .

والجواب : بأن التغيير ما أمكن تثليله متعين وتصحيح التصرف مع

قلة التغيير لا يكون إلا بما قلنا (الحنفية) فكان ما قلنا متعيناً بخلاف ما فرض^(١) ، فإن فيه ثلاث تغييرات .

وكذلك فإن الذي ادعيناه طريقاً متعيناً هو صرف الجنس إلى خلاف الجنس كيف كان لا بخصوص ذلك الطريق^(٢) وما ذكرتم من ذلك^(٣) ، ومن أن يُصرف نصف درهم إلى نصف درهم والنصف الآخر بمقابلة الدينار في فروض كثيرة لا يخرج عن صرف الجنس إلى خلاف الجنس ، وإلى هذا رجح القول : ((التعدد إنما يمنع الجواز إذا لم يكن لأحد الوجوه ترجيح بل تساوت)) ؛ لأنه حينئذ يلزم الترجيح بلا مرجح فتتبانع الوجوه فيمتنع ، أما إذا كان فلا ، وفيما اعتبرناه ذلك ؛ لأن العقد ورد على اسم الدرهم والدرهمين فلا يغير عنه^(٥) .

وأما في السألة الثالثة وهي : ((ما إذا جمع بين عبده وعبده غيره)) وقال : ((بعثك أحدهما)) فلأن البيع أضيف إلى المنكر وهوليس بمحمل للبيع ؛ لجهالته ، ولأن المعين ضده فلا يحمل الشيء على ضده فليس بشيء ؛ لأن المعرفة^(٦) ما صدقات النكحة^(٧) ؛ فإن زهداً يصدق عليه رجل ،

(١) أي قبل قليل ضمن النقص .

(٢) وهو الصرف إلى خلاف الجنس .

(٣) أي أصحاب النقص .

(٤) أي الوارد ضمن النقص .

(٥) المرجع السابق .

(٦) ما خص الواحد من جنسه ، وهي خمسة أضرب : الأسماء المضمرة كـ ((أنا))

و((نحن)) ، والأسماء الأعلام ، وأسماء الإشارة كـ ((هذا)) وما تعرّف

بـ (اللام) ، وما أضيف إلى واحد من هذه المعارف ؛ راجع اللع في

العربية ١٥٩ - ١٦٧ .

(٧) ما لم تخصّ واحداً من جنسه ، نحو : (رجُلٌ) و (غُلامٌ) ؛ المرجع

السابق ص ١٥٨

ولا شك أنه يحتله فيجب حله عليه (١).

وقد قال أبو حنيفة في قوله : ((عهدي أو حماري حر)) أنه : يُعتق العبد ويجعل استعارة النكر للمعرفة (٢).

وكذا ما قيل : ((إن تصحيح العقد يجب في محل العقد ، وهو لم يضاف إلى المعين)) (٣).

على أن ما أُورد على دفع النقوض المذكورة إن كان له جواب فذاك وإلا فلا يضر كالتقص في إثبات المطلوب ، إذ قايته أنه خطأ في محل آخر ، إذا اعترف بخطئه في محل التقص ، وذلك لا يوجب خطأ ، في محل النزاع (٤).

وأما في المسألة الأخيرة وهي : ((ما إذا باع درهماً وثوباً بدرهم وثوباً وافتراقاً بلا قبض)) فليس ما نحن فيه ، فإن العقد انعقد صحيحاً ، وإنما طرأ الفساد بالافتراق والصرف لدفع الفساد ، وهو قد انعقد بلا فساد ، وكلاهما ليس في الفساد الطارئ (٥).

فإن قيل : فليُصرف الجنس إلى خلاف جنسه ، ليبقى صحيحاً كما يُصرف لينعقد صحيحاً ، والمقتضى (٦) واحد فيهما ، وهو

(١) شرح فتح القدير ٢٧٠/٦ .

(٢) الرجوع السابق .

(٣) كالسابق .

(٤) كالسابق وأيضاً ص ٢٧١ .

(٥) كالسابق .

(٦) المقتضى في اللغة : المطلوب والاستلزام والأخذ ، والدليل على شيء ، تقول : ((اقتضى الدين)) طلبه ، و((اقتضى أمراً)) : استلزمه ، و((افعل ما يقتضيه كرمك)) : ما يطالبك به ، و((اقتضى منه حقه)) أخذه ، و((اقتضى الأمر الوجوب)) دل عليه . وعند الأصوليين : عبارة عن زيادة على المنصوص عليه بشرط تقدمه ليصير المنظوم مفيداً أو موجباً للحكم بدونه لا يمكن إعمال المنظوم .

وقيل : ما استدعاه صدق الكلام كرفع الخطأ والنسيان أو حكم لزمه شرعاً .

لكن هل له عموم ؟ قال الحنفية : ((لا)) وقال الشافعية : ((له عموم)) ؛ المعجم

الوسيط ٢٤٩/٢ ، وقضى ، ومعجم لغة الفقهاء ٤٥٣ ، المقتضى ، وأصول

السرخسي ٢٤٨/١ ، وتيسير التحرير ٢٤١/١ ، ٢٤٢ ، وتقوم أصول الفقه

٢٤٤ ، وتخرىج الفروع على الأصول ٢٧٩ ، ٢٨٠ .

الاحتياط للصحة (١).

أجيب : بأن الفساد هناك ليس طروره متحققاً ولا مظنوناً فيجب اعتبار الصرف من أول الأمر بل يُتوهم ؛ لأن الظاهر أنهما يتقاضيان بعد ما عقداً قبل الافتراق فلا يحتاج إلى ذلك الاعتبار (٢).

وأما المسألة التي استشهد بها أول الأمر ، وهي : ((الرجوع في ثمن الثوب والفرس)) فإنما تشهد على أن المقابلة للجملة بالجملة على الشروع ونحن (الحنفية) نقول : ((هو الأصل)) وإنما قلنا : ((إذا كان تصحيح العقد يحصل باعتبار التوزيع وجب المصير إليه)) وهو ثابت في المسألة المفروضة ، ألا ترى : إلى أن الأصل في هذا الباب : ((أن حقيقة البيع إذا اشتملت على إبدال وجب قسمة أحد البديلين على الآخر))، وتظهر الفائدة في الرد بالعيب والرجوع بالثمن عند الاستحقاق ووجوب الشفعة فيما تجب فيه الشفعة ، فإن كان العقد ما لا ربا فيه/ فإن كان ما لا يتفاوت فالقسمة على الأجزاء ، وإن كان ما يتفاوت فالقسمة على القيمة . وأما فيما فيه الربا فإنما تجب القسمة على الوجه الذي يصح به العقد ، مثاله : باع عشرة دراهم بخسة دراهم ودينار يصح العقد ، فإن الخمسة بالخسة ، والخسة الأخرى بإزاء الدينار .

وكذا لو قابل جنسين بجنسين كما في مطلبنا هذا (٣).

واستعراض القولين ، وأدلتها ، والمناقشات الواردة ، أميل إلى القول الأول وهو عدم الجواز ؛ فإن فيه الربا ، أو شبهة الربا ، بل قد يكون فيه الربا فاحشاً ، فالدينار عند اختلاف الصرف قد يُساوي مائة درهم، وقد يُساوي خمسة وعشرين ، وهكذا ؛ فالدرهم يقابلان الدينارين . والدرهم يقابل الدينار .

(١) شرح فتح القدير ٦/٢٧١ .

(٢) كالسابق .

(٣) كالسابق .

فيكون ديناران بمائتي درهم وهو ما يفضل عنه ثمانية وتسعون ومائة درهم .

ودينار بمائة درهم وهو ما يفضل عنه تسعة وتسعون درهماً ، ففي مطلبنا فضل تسعة وتسعون درهماً ، وهذا عين الربا الفاحش .

وكذا إذا صرف الجنس إلى جنسه فالدرهمان منها درهم يقابل الدرهم والديناران منها دينار يقابل الدينار، فيبقى درهم يقابل دينار ، وعند ارتفاع الصرف قد يكون الدينار يقابل مائة درهم فيفضل تسعة وتسعون درهماً وهو عين الربا ، وكذا على الشيوخ ، والجلة بالجملة .

وأما الأصل : ((بأنهما أمكن تصحيح تصرف السلم العاقل يُرتكب)) فليس في كل مسألة على ما تقدم كما وضحت^(١) خاصة في مسائل الحرام .

لكن قال في «المغني» : ((وقولهم : يجب تصحيح العقد . ليس كذلك ، بل يحمل على ما يقتضيه من صحة وفساد . ولذلك لو باع بثمن وأطلق وفي البلاد نُقود بطل ، ولم يُحمل على نقد أقرب البلاد إليه))^(٢) .

ففي مطلبنا الربا واضح ، وعند تصحيحه يؤدي إلى الفساد في جميع المسائل ، فما من مسألة إلا ويُمكن تصحيحها ، حتى مسألة العينة ، وكون تلك الأحكام دالة على أن تغيير التصرف لا يجوز فتلك خاصة ، فهنا الربا صريح ، ومن باع نصف عهد مشترك بينه وبين غيره يُصرف إلى نصيبه ؛ لأن له حق التصرف فيه ، وليس له أن يتصرف في ملك غيره ، فيُصرف إلى نصيبه إزالة للضرر .

وعلى هذا الخلاف المذكور في هذا المطلب بين الحنفية ومخالفهم (الأئمة الثلاثة وزفر) : إذا باع كرشعير وكر حنطة بكري شعير وكري حنطة^(٣) .

(١) ص ٣٣٢ ح (٤) .

(٢) ج : ٤ ص ٤١ منه .

(٣) النهاية ٦/٧٠٠ ، وشرح فتح القدير ٦/٢٦٧ ، ومجمع الأنهر ٢/١١٩ ، وحا ابن عابد بن ٥/٢٦٤ ، وفتح العزيز ٨/١٧٣ ، وانظر أول هذا المطلب .

أو باع السيف المحلّ بفضة بسيف محلي بفضة ولا يُدري مقدار
العليتين ، وكذا درهم ودينار بدرهمين ودينارين ، فإنه يصح عند الحنفية
بأن يجعل كراً بر بكر شعير ، وكراً شعير بكر بر ، ولو صرفاً إلى جنسه
فسد . (١)

ولا يصح عند مخالفيهم (الأئمة الثلاثة وزفر) (٢) .

(١) البحر الرائق ١٣٥/٦ ، ومجمع الأنهر ١١٩/٢ ، وحاشي ابن عابد بين
٢٦٤/٥ .

(٢) البناية ٧٠٠/٦ ، وشرح فتح القدير ٢٦٧/٦ ، ٢٦٨ ، وانظر أول هذا
المطلب .

البحث العاشر : أثر الشبهة في السلم (١)

وفيه مطلبان :

- المطلب الأول : شبهة تجديد العقد .
- المطلب الثاني : شبهة الاستصناع .

(١) السلم في اللغة مثل السلف وزناً ومعنى، يقال : «أسلم، وأسلف، وسلف» بمعنى واحد في الجميع، وهو نوع بيع يعجل فيه الثمن، وشجر يُدبغ به، واحدة سلمة، وهو لغة الحجازيين، والسلف لفظة العراقيين. وفي الاصطلاح : عقد على موصوف في الذمة بثمن مقبوض بمجلس العقد بشروط مخصوصة؛ المصباح المنير ٢٨٦/١ سلم، ومعجم لغة الفقهاء ٢٤٨، ٢٤٩، والإختيار ٣٣/٢، والبنائبة ٦٠٥/٦، ٦٠٦، وشرح فتح القدير ٢٠٤/٦، وجمع الأنهر ٩٧/٢، وحا ابن عابدين ٢٠٩/٥، وضح الجليل ٣٣١/٥، وروضة الطالبين ٣/٤، ومغني المحتاج ١٠٢/٢، وحا قلمي ٢٤٤/٢، والمغني ٣٠٤/٤، والإنصاف ٨٤/٥، والروض المرعب ١٨٦، والمعاملات المدنية والتجارية ١٠٧، ونيل الأوطار ٣٤٣/٥.

المطلب الأول : شبهة تجديد العقد .

وذلك : بأن أحرز المشركون كُرًّا الرجل من المسلمين (بدارهم) (١) ،
فدخل إليهم مسلم وأسلم إليهم مائة درهم في كُرٍّ حنظة فأعطوه ذلك الكر
فأخرجه (٢) .

قال علماء الحنفية : لا سبيل للمالك القديم عليه (٣) ؛ لأنه أخذه عوضاً
عن الكر الذي له في ذمتهم ، فلو أخذه المالك القديم أخذه بثله ، وذلك
غير مُفِيد ، وفي السلم عند القبض يصير كالمجدد للعقد على ذلك الكر بالمائة ،
فأخذه المالك القديم بذلك ، ثم أكثر ما في الباب أن يثبت شبهة تجديد
العقد بينهما ، وإن لم يثبت الحقيقة (٤) .

(١) في المسوط ١٢/١٥٠ (بدرهم) والصواب المثلث ؛ البناية ٥/٢٦٠ ؛ يؤيد هذا : ((فأخرجه)) .

(٢) قال المالكية : ((من اشترى من المسلمين بدار الحرب شيئاً من أموال

المسلمين من العدو ولم يأخذه ربه من اشتراه إلا بالثمن الذي أخذه به
في دار الحرب إن كان يحل تملكه له ، أما إذا كان لا يحل له تملكه
كالخمر والخنزير ، فإن ربه يأخذه من غير شيء ، وإن قديم به المشتري
وعرف ربه فعله ترك التصرف حتى يُخبر ربه بذلك ، فإن تصرف بكاستيلاد
مضى ، وكذا إن تصرف ببيع فإنه يمضي ، فإن اشتراه منهم بمائة صاعه
بمائتين أخذ ربه الربح من البائع وهو مائة)) ؛ كفاية الطالب الرباني
ومعه حا العدوي ٢/١٢ ، والفواكه الدواني ١/٤٧٤ ، ولغة السالك
ومعها الشرح الصغير ١/٣٦٥ ، وأيضاً الشرح الصغير ومعها حا الصاوي
٤٦/٣ - ٤٨ .

(٣) المسوط ١٢/١٥٠ ، ١٥١ ، والبناية ٥/٢٦٠ ، وشرح فتح القدير

٥/٢٥٨ .

(٤) المرجع السابقة .

المطلب الثاني : شبهة الاستصناع^(١).

الاستصناع إما أن يكون فيما فيه تعامل أو لا تعامل فيه . ومطلبنا

ضرب الأجل فيما فيه تعامل .

والاستصناع فيما لا تعامل للناس فيه كالـجِـهاب^(٢) ، ونسج الثياب لا يجوز

عند الحنفية، وهو وجه عند الحنابلة^(٤) ، ويجوز عند الشافعية^(٥) ، وهو

المعتمد عند الحنابلة^(٦) .

وصوته : أن يدفع إلى حائك^(٧) ديناراً ليحيك له ثوباً من فزل

نفسه^(٨) .

وضرب الأجل فيما لا تعامل فيه : بصير سلماً عند الحنفية^(٩) .

(١) الاستصناع في اللغة : طلب صنعة شيء من صانعه. وفي الاصطلاح :

طلب عمل شيء خاص كخف من صانعه على وجه مخصوص بكذا ؛ المعجم

الوسيط ٥٢٧/١ صنع ، والبحر الرائق ١٨٥/٦ ، ومجمع الأنهر

١٠٦/٢ ، وحا ابن عابد بن ٢٢٣/٥ .

(٢) فردها جبة، وهي ثوب واسع ، واسع الكمين ، مشقوق المقدم يلبس فوق

الثياب ، كما تُجمع على جُبَب ؛ المعجم الوسيط ١٠٤/١ جبة .

(٣) الهداية ٧٨/٣ ، والإختيار ٣٨/٢ ، ٣٩ ، والبنية ٦٦٦/٦ ، والفتاوي

الهندية ٢٠٧/٣ .

(٤) الإنصاف ٨٧/٥ .

(٥) المهذب ٣٠٤/١ .

(٦) الإنصاف ٨٧/٥ .

(٧) هو من ينسج الثياب ونحوه ؛ المعجم الوسيط ٢٠٧/١ حوك .

(٨) هنا (٣) .

(٩) قال الحنفية : العراد يضرب الأجل ما يذكر على سبيل الاستمهال . أما

المذكور على سبيل الاستعجال على أنه قال : إن تفرغ خذاً أو بعد غد لا

بصير سلماً ؛ لأنه ذكره حينئذ للفراغ لا لتأخير المطالبة بالتسليم ؛ البنية

٦٦٧/٦ .

(١٠) الهداية ٧٨/٣ ، والبنية ٦٦٧/٦ ، والبحر الرائق ١٨٦/٦ ، الفتاوي الهندية

٢٠٨/٣ ، وفتاوي قاضيخان ١١٥/٢ .

وإذا استصنع ماجرت به العادة من طست (١) ، أو قُمُقمة (٢) ، أو أوانسي
 الصُّفر (٣) ، والزجاج ، والخفاف (٤) ، والقلائس (٥) ، والأوعية من الأدم (٦) ، والمناطق (٧)
 وجميع الأسلحة : بغير ذكر الأجل ، فقد اختلف أهل العلم - رحمهم الله -
 فيه :

القول الأول : بجوز .

وهو قول الحنفية (٨) .

القول الثاني : لا يجوز .

وهو قول المالكية (٩) ، والشافعية (١٠) ، والحنابلة (١١) ، وزفر (١٢) .

(١) جمع طسوت ، وهو إناء كبير ستدير من نحاس أو نحوه يغسل فيه ؛ المعجم

الوسيط ٥٦٣/٢ طست .

(٢) وهي وعاء من نحاس له عروتان ، جمع قماقم ، أما الققم فإناء صغير من نحاس

أوفضة أو خزف صيني يُجعل فيه ماء الورد ؛ المرجع السابق ٧٦٦/٢ ققم .

(٣) هو النحاس الأصفر ؛ المرجع السابق ٥١٩/١ صفر .

(٤) فردها خُف ، وهو ما يلبس في الرجل من جلد رقيق ؛ المرجع السابق

٢٤٦/١ خف .

(٥) جمع قلنسوة ، وهي لباس للرأس مختلف الأنواع والأشكال ؛ المرجع السابق

٧٦٠/٢ قلس .

(٦) فردها أديم وهو الجلد ؛ المرجع السابق ١٠/١ أدم .

(٧) فردها المنطق ، وهو ما يشد به الوسط ؛ المرجع السابق ٩٣٩/٢

نطق .

(٨) المسوط ١٣٨/١٢ ، والهداية ٧٨/٣ ، والإختيار ٣٨/٢ ، ٣٩ ، ٤٠

والبنية ٦٦٣/٦ ، والبحر الرائق ١٨٥/٦ ، ومجمع الأنهر ١٠٦/٢ ،

والفتاوي الهندية ٢٠٧/٣ .

(٩) الكافي ٦٩١/٢ ، ٦٩٣ ، والخروشي ٢١٠/٥ ، ٢٢٢ ، وكفاية الطالب

الرباني ١٦٣/٢ ، وبلغت السالك ومعها الشرح الصغير ٩٨/٢ ، ١٠٠ .

(١٠) الأم ١٣١/٣ ، والمهذب ٣٠٤-٣٠٦ ، ومغني المحتاج ١١٤/٢ ،

والإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع مع حاشية الجيزي وهي ٤٧/٣ ، ٥٢ ،

ونهاية المحتاج ٢١٢/٤ .

(١١) المغني ٣٠٥/٤ ، ٣٢١ ، ٣٢٢ ، والإنصاف ٨٧/٥ ، بالروض المربع ١٨٧ ،

١٨٨ .

(١٢) هنا (٨) .

والصحيح الأول؛ للإجماع الثابت بالتعامل في هذه الأشياء؛ فإن الناس
 في سائر الأقطار تعارفوا الاستصناع فيما فيه تعامل من غير تكبير^(١) .
 وللمشتري (المستصنع) الخيار وهو خيار الرؤية ، فإذا رآه إن شاء
 أخذه وإن شاء تركه .^(٢)
 وللصانع بيعه قبل الرؤية .^(٣)
 ففيما فيه تعامل الجواز إنما إذا أمكن إعلانه بالوصف ؛ ليتمكن
 تسليم المستصنع .^(٤)
 فإن ضرب الأجل فيما فيه تعامل فإنه يصح عند الحنفية^(٥) ، والمالكية^(٦) ،
 وهو وجه عند الشافعية^(٧) ، وكذا الحنابلة^(٨) ؛ فالذهب عند الشافعية
 والحنابلة : عدم الصحة^(٩) ؛ لكن هل يصير سلماً أو استصناعاً، فهو مطلبنا،
 وقد اختلفوا - رحمهم الله - فيه :
 القول الأول : يصير سلماً .
 وهذا عند أبي حنيفة .^(١٠)

-
- (١) المسوط ١٣/١٢ ، ١٣٩ ، والبنية ٦٦٣/٦ .
 (٢) الهداية ٧٨/٣ ، والبنية ٦٦٥/٦ ، والإختيار ٣٨/٢ ، ٣٩ ، والمسوط
 ١٣٩/١٢ ، والبحر الرائق ١٨٦/٦ ، والفتاوي الهندية ٢٠٨/٣ .
 (٣) المرجع السابقة عدا الفتاوي .
 (٤) الهداية ، والبنية ، والإختيار ، هنا رقم (٢) والفتاوي الهندية
 ٢٠٧/٣ .
 (٥) على ما يأتي بعد قليل .
 (٦) كالسابق .
 (٧) انظر مراجعهم في القول الثاني قبل قليل .
 (٨) كالسابق .
 (٩) كالسابق .
 (١٠) ومن ثم فلا يجوز إلا بشرائط السلم من تعجيل رأس المال ، واستقصاء الوصف ،
 وعدم جواز خيار الرؤية ؛ المسوط ١٣٩/١٢ ، والهداية ٧٨/٣ ، والإختيار
 ٣٩/٢ ، والبنية ٦٦٧/٦ ، والبحر الرائق ١٨٦/٦ ، ومجمع الأنهر
 ١٠٦/٢ ، وحا ابن عابد بن ٢٢٤/٥ ، والفتاوي الهندية ٢٠٨/٣ ، وفتاوي
 قاضيخان ١١٥/٢ .

وه قال : مالك^(١) ، والشافعي^(٢) ، وأحمد^(٣) - على ما مرّ قبل قليل - ؛
لأنهم لا يُجوّزون الاستصناع^(٤) .

وصيرورته سلماً ؛ لأن المستصنع المبيع دين ، والمبيع الدين لا يكون
إلا سلماً ، كما لو ذكر لفظة السلم ، ومبانه : أن المستصنع فيه مبيع ،
والأجل لا يثبت إلا في الديون ، فلما ثبت فيه الأجل هنا عرفنا أنه مبيع
دين ، فتأثيره أن المعتبر ما هو المقصود ، وه يختلف العقد لا باعتبار اللفظ
ألا ترى : أنه لو قال : ((ملكك هذا العين بعشرة دراهم)) كان بيعاً ،
ولو قال : ((يسكني هذا الدار شهراً)) كانت إجارة ، فعرفنا أن المعتبر
ما هو المقصود ، ثم السلم أقرب إلى الجواز من الاستصناع ، فإن كل واحد
منهما مستحسن^(٥) .

-
- (١) المدونة الكبرى ٤/١٨، ١٩، والكافي ٢/٦٩١، ٦٩٣، والخرشيبي
٥/٢١٠، ٢٢٢، ولفحة السالك ومعها الشرح الصغير ٢/٩٨، ١٠٠،
١٠٣ .
- (٢) الأم ٣/١٣١، والمهذب ١/٣٠٤ - ٣٠٦، والإقناع مع حاجيري وهي
٣/٤٧، ٥٢ .
- (٣) المغني ٤/٣٠٥، ٣٢١، ٣٢٢، والإنصاف ٥/٨٧، ٩٧، والروض العربع
١٨٧، ١٨٨ .
- (٤) البناء ٦/٦٦٧ والأرقام الثلاثة السابقة .
- (٥) المسوط ١٢/١٤٠، والبناء ٦/٦٠٨، ٦٦٣ .

وجواز السلم بإجماع^(١) لا شبهة فيه^(٢) ؛ لأنه ثابت بآية الدائنة^(٣) ، والسنة^(٤) ؛
فقد أتى بمعنى السلم فيكون سلماً ؛ لأن العبرة للمعاني لا للصور ، ولأنه
أمكن جعله سلماً فيجعل لروود النص بجواز السلم دون الاستصناع ، وفي
تعاملهم الاستصناع نوع شبهة ؛ لكونه مجتهد فيه^(٥) ، ولأن فيه خلاف زفر^(٦)،
والشافعي^(٦) ؛ فكان الحمل على السلم أولى ؛ لكونه أقرب إلى الجواز وأحق
بالرخصة^(٧) ؛ فالأثار في السلم شهرة^(٨) ، وهو جائز فيما للناس فيه تعامل

- (١) أي بإجماع الصحابة . وقال ابن المنذر : ((أجمع كل من حفظ عنه من
أهل العلم على أن السلم جائز)) ، الكفاية ٢٤٥/٦ ، والمغني ٣٠٤/٤ .
- (٢) الهداية ٧٨/٣ ، والبنية ٦٦٨/٦ ، وحا ابن عابد بن ٢٢٤/٥ .
- (٣) وهي قوله تعالى : « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ
مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ » ؛ البقرة (٢٨٢) .
- (٤) منها : حديث ابن عباس - رضي الله عنهما - قال : قدم النبي - صلى الله
عليه وسلم - المدينة وهم يُسلفون بالشر الستين والثلاث ، فقال : " من
أسلفني شيء فقي كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم " أخرجه وغيره ؛
البخاري ، وسلم ، وأبو داود ، والترمذي ، والنسائي ، وابن ماجه ، واللفظ
للبخاري ؛ صحيح البخاري ٤٤/٣ ، وصحيح مسلم ١٢٢٦/٣ ، ١٢٢٧ (١٦٠٤) ،
وسنن أبي داود ٢٧٥/٣ (٣٤٦٣) ، وسنن الترمذي ٦٠٣/٢ ، ٦٠٣ (١٣١١) ،
وسنن النسائي ٢٩٠/٧ ، وسنن ابن ماجه ٧٦٥/٢ (٢٢٨٠) .
- (٥) البنية ٦٦٨/٦ .
- (٦) فإن عندهما لا يجوز ؛ المرجع السابق وأيضاً ص ٦٦٣ منه ، والكفاية ٢٤٥/٦ ،
وانظر هنا ما تقدم ص ٢٤٣ (١٢٤١٠) و ٣٤٥ (٤) .
- (٧) الرخصة في اللغة : السهولة . وفي الاصطلاح : ما شرع من الأحكام لعذر
مع قيام السبب المحرم ؛ المعجم الوسيط ٣٣٦/١ رخص ، والإحكام في
أصول الأحكام - الأمدي - ١٨٨/١ .
- (٨) المسوط ١٤٠/١٢ ، وانظر هنا رقم (٤) .

وفيما لا تعامل فيه ، فكان الأصل فيما قصداه السلم إلا إذا تعذر جعله سلماً بأن لم يذُكراً فيه أجلاً حينئذ جعل استصناعاً ، فأما إذا أمكن جعله سلماً بأن ذكر الأجل يُجعل سلماً ، ولأن الأجل مؤخر للمطالبة ، ولا يكون ذلك إلا بعد لزوم العقد واللزوم في السلم دون الاستصناع ، فثبوت الأجل فيه دليل على أنه سلم ، وذكر الصنعة لبيان وصف السلم فيه ، ولهذا لو جاء به مفروضاً عنه لا من صنعه يُجبر على القبول ، وهذا تبين فساد قولهم : ((إنه سلم شرط فيه صنعة صانع بعينه))^(٢) .

القول الثاني : هو استصناع ولا يصير سلماً .

وهو قول أبي يوسف ومحمد^(٣) ؛ فإن لفظ الاستصناع حقيقة للاستصناع فيحافظ على قضية الاستصناع أو اللفظ ، ويحمل الأجل على التعجيل ؛ لأن ذكر الأجل محتمل ؛ فإنه يحتمل أن يكون للتعجيل ويحتمل أن يكون للاستمهال ، والاستصناع محكم في تناوله ، ما وضع له غير محتمل لشيء آخر ، فيحمل المحتمل على المحكم ، فيقال : إن ذكر الأجل للتعجيل ، بخلاف ما لا تعامل فيه ؛ لأن ذلك استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح ، بدلالة الأجل تصحيحاً لتصرف العاقل ما أمكن .

فإنه بدون ذكر الأجل عقد جائز غير لازم ، فذكر الأجل فيه لا يصير لازماً ، كعقد الشركة والمضاربة ، وهذا لأن ذكر الأجل تبسرفه وتأخير المطالبة ، فلا يتغير به العقد من جنس إلى جنس آخر ، ولو كان الاستصناع يذُكر الأجل فيه يصير سلماً لصار السلم بحذف الأجل منه استصناعاً ، ولو كان هذا سلماً لكان سلماً فاسداً ؛ لأنه شرط فيه صنعة صانع بعينه ،

(١) هنا آخر سطر .

(٢) البسوط ١٢ / ١٤٠ ، والهداية ٣ / ٧٨ ، والإختيار ٢ / ٣٩ ، والبنية

٦ / ٦٦٨ ، وح. ابن عابدين ٥ / ٢٢٤ .

(٣) المراجع السابقة ، وص ١٣٩ من البسوط ، و ٦٦٧ من البنية ، والبحر

الرائق ٦ / ١٨٦ ، ومجمع الأنهر ٢ / ١٠٦ ، والفتاوي الهندية ٣ / ٢٠٨ .

وذلك مفسد للسلم (١).

القول الثالث : أن ذكر المدة إن كان من قبل المستصنع فهو الاستعجال

ولا يصير به سلماً .

وإن كان من الصانع فهو سلم ؛ لأنه يذكره على سبيل الاستمهال .

حكى هذا عن أبي جعفر الهندواني (٢) .

وقيل : إن ذكروا في مدة يتمكن فيها من العمل فهو استصناع .

وإن كان أكثر من ذلك فهو سلم ؛ لأن ذلك يختلف باختلاف المدة

فلا يمكن تقديره بشيء معلوم (٣) .

الناقشة والترحيح :

نُوقِشَ القول الثاني (قول أبي يوسف ومحمد) : بأن السلم يحذف الأجل

لا يصير استصناعاً يشكك بالمتعة (٤) ؛ فإنه لا يصير نكاحاً يحذف المدة عنه ، ثم

النكاح يذكر المدة فيه يصير متعة ، وهو إذا تزوج امرأة شهراً ، وهذا

إذا كان ذكر المدة على سبيل الاستمهال ، أما إذا كان على سبيل الاستعجال

بأن قال : ((على أن يفرغ غداً أو بعد غد)) فهذا لا يكون سلماً ؛ لأن ذكر

المدة للفراغ من العمل لا لتأخير المطالبة بالتسليم ، ألا ترى أنه ذكر أدنى

مدة يمكنه الفراغ فيها من العمل (٥) .

(١) المسوط ١٣٩/١٢ ، ١٤٠ ، والهداية ٧٨/٣ ، والإختيار ٣٩/٢ ، والبنية

٦٦٢/٦ ، والبحر الرائق ١٨٦/٦ ، وحا ابن عابد بن ٢٢٤/٥ .

(٢) المسوط ١٤٠/١٢ ، والبنية ٦٦٢/٦ ، ومجمع الأنهر ١٠٦/٢ .

(٣) هنا (٢) .

(٤) أي متعة النكاح ، والمتعة في اللغة : الانتفاع بالشيء ، وفي الاصطلاح :

عقد على امرأة إلى أجل . أما متعة الطلاق فهي ما تُعطاه بعد الطلاق لتتفع

به ، أما متعة الحج فهي الإتيان بالعمرة في أشهر الحج ثم التحلل منها ، ثم

الإحرام به في عامه ؛ الصباح المنير ٦٢/٢ ، مع ٥٦٢ ، والتعريفات ٢٤٦ ، والمعجم

الوسيط ٨٥٩/٢ ، ومعجم لغة الفقهاء ٤٠٢ ، ٤٠٣ ، وفتح الباري ١٦٧/٩ ،

وشرح النووي لصحيح مسلم ١٨١/٩ ، والروض العريق ١٣٧ .

(٥) المسوط ١٤٠/١٢ .

فحذف الأجل ليس من خواص الاستصناع ، أما الأجل من خواص
السلم ، ويكتفى في الاستصناع بصفة معروفة تحتل الإدراك ، ولا بد في
السلم من استقصاء الصفة على وجه يتيقن بالإدراك فافتراقاً^(١)
وهذا أميل إلى القول الأول (صيرورة سلماً) ، ولما ذكر
في أدلته .

الفصل الثاني

أثر التشبيه في الصلح، والوكالة.

وفيه بحثان :

- المبحث الأول : أثر التشبيه في الصلح .
- المبحث الثاني : أثر التشبيه في الوكالة .

المبحث الأول : لأثر المشبهة في الصلح (١)

وفيه أربعة مطالب :

المطلب الأول : شبهة الربا .

المطلب الثاني : شبهة إثبات المال .

المطلب الثالث : شبهة العبط .

المطلب الرابع : شبهة الضرر والكذب .

(١) الصلح لغة : قطع الخازفة ، والخصومة ، فهو اسم بمعنى البصالحنة التي هي المسالمة ، والتصالح خلاف المخاصمة والتخاصم . وشرعاً : عقد يوقع ما بين المختلفين ؛ المصباح المنير ١/٣٤٥ صلح ، وطلبه الطلبة ٢٩٢ ، وأنيس الفقهاء ٢٤٥ ، والمغرب ٢٧٠ ، ومعجم لغة الفقهاء ٢٧٦ ، والإختيار ٥/٣ ، والنهاية ٦٠٣/٧ ، والبحر الرائق ٧/٢٥٥ ، ومجمع الأنهر ومعهد بدر المتقن ٣٠٧/٢ ، وحا ابن عابد بن ٥/٦٢٨ ، مروضة الطالبين ٤/١٩٣ ، ومغني المحتاج ٢/١٧٧ ، وكفاية الأختيار ١/١٦٧ ، والمغني ٤/٥٢٧ ، والإنصاف ٥/٢٣٤ ، والروض العريض . ١٩٨ .

المطلب الأول : شبهة الربا
وذلك في ثلاثة مقاصد :

المقصد الأول : أوصي له بغلة نخلة بعينها أهداً

فصالحه الورثة على تمر .

اختلف أهل العلم - رحمهم الله - في هذا :

القول الأول : النخل إذا أوصي بغلته لرجل لا بأس أن يصالح

الورثة على شيء، ويخرجوه من الوصية .

وهو قول المالكية^(١) ؛ لأن مرجع النخل إلى الورثة، وهو بمنزلة

السكنى^(٢) .

القول الثاني : إن كانت الوصية بغلة نخلة بعينها أهداً فصالحه

الورثة بعد ما خرجت ثمرتها وبلغت منها ومن كل غلة أهداً لا يخلو :

إما على حنطة وقبضها فإنه يجوز .

وإما على شيء من الوزن نسيئة فهو صحيح .

وإما على حنطة سنة ، أو على تمر ، أو على غلة نخل آخر أهداً

أوسنين معدودة ، أو على غلة صد سنين معلومة ، فإنه في هذه

الحنالات لا يجوز .

وهذا القول جميعه قول الحنفية ، ومطلبنا منه فيما إذا صالحوه

على تمر فإنه لا يجوز كما ذكرت، حتى يعلم أن التمر أكثر ما في رؤوس النخيل ؛

ليكون بمقابلة ما في رؤوس النخيل مثلها والباقي عوض عن إسقاط الحق في

المستقبل ، فإذا لم يعلم ذلك تمكنت فيه شبهة الربا فلا يجوز^(٣) .

وهذا أميل إلى القول الأول وهو أنه لا بأس بمصالحتهم على تمر ؛ فإنهم

المرجع ؛ ولأن ما في رأس النخلة مجهول في المستقبل ، فإن النخل أعماه تختلف،

كما أنه قد يتعرض لجائحة إما مساوية أو غيرها ، ويمكن شبهة الربا غير سلم ؛ فإنه

محتمل ، وكل شيء إذا استغل في المستقبل دخل ربحاً .

(١) المدونة الكبرى ٣٧٦/٤ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) المسوط ٥/٢١ ، والفتاوي الهندية ٢٧٤/٤ ، ٢٧٥ .

المقصد الثاني : الصلح عن تركه هي أعيان غير معلومة ولا دين فيها
على المكمل أو الموزون .

وذلك إذا لم يكن في التركة دين على الناس ، ولكن أعيان التركة
ليست معلومة ، فصالح بعض الوثبة من نصيبه على كيلي كالحنطة والشعير،
أو وزني كالحديد والصفير فهل يجوز هذا الصلح أم لا (١)

اختلف شايخ الحنفية - رحمهم الله - في هذا المقصد : (٢)

القول الأول : يجوز (٣)

وه قال: أبو جعفر الهندواني (٤)

وذلك لأنه شبهة الشبهة ، وإنما المعتبر الشبهة لا شبهة
الشبهة ، وذلك لأنه لو علم أعيان التركة ولكن جهل قدر بدل
الصلح من نصيب الصالح يكون شبهة ، فإذا لم يعلم أعيان التركة
يكون شبهة الشبهة ؛ لأنه يحتمل أن يكون في التركة كيلي ووزني ، ويحتمل
أن لا يكون في التركة من ذلك الجنس (الكيلي والوزني) الذي هو بدل
الصلح .

وإن كان فيها فيحتمل أن يكون نصيبه من ذلك أكثر مما أخذ
أو أقل، ففي هذا شبهة الشبهة ، وشبهة الشبهة ليست بمعتبرة ، فإن
احتمل أن يكون مثله أو دونه فهو احتمال الاحتمال ، فنزل إلى شبهة
الشبهة ، وهي غير معتبرة . (٥)

(١) البنائة ٦٥١/٧ ، ومجمع الأنهر ٢/٣٢٠ ، والدر المختار مع حا ابن عابد بن

٦٤٣/٥ .

(٢) الرجوع السابقة .

(٣) الفتاوي الهندية ٤/٢٦٨ .

(٤) البنائة ٦٥١/٧ ، ومجمع الأنهر ٢/٣٢٠ .

(٥) الهداية ٣/٢٠١ ، والبنائة ٦٥١/٧ ، وتكملة شرح فتح القدير ومعه

شرح العناية ٧/٤١٣ ، ومجمع الأنهر ٢/٣٢٠ ، وحا ابن عابد بن ٦٤٣/٥ .

(١) القول الثاني : لا يجوز .

(٢) منه قال: العرفيني .

وذلك لشبهة الرها ؛ لأنه يجوز أن يكون في التركة
المجهولة كيلبي ووزني ، فله في التركة وكيل أو موزون ، وبدل الصلح
مثل نصيب المصالح من ذلك الكيلبي أو الوزني ، أو أقل ؛ لأن ما زاد
على بدل الصلح من نصيب المصالح يكون رها . (٣)

المناقشة والترجيح :

المناقشة الأولى : مناقشة القول الأول :

تُوقش بأن قول «شرح العناية» : ((وإن كان فيحتمل أن يكون نصيبه
من ذلك أكثر ما أخذ أو أقل)) (٤) : بأن فيه بحث .
ولعل المراد بهذا أنه على تقدير أن يكون نصيبه أقل ما أخذه لا يلزم
الرها ، فلا وجه لذكره في أثناء بيان احتمال الرها ، لكنه ساقط ههنا ؛
لأن المراد في شرح العناية : فيحتمل أن يكون نصيبه من ذلك أكثر فيلزم الرها ،
أو أقل فلا يلزم الرها ، لا أنه على كل تقدير يلزم الرها ، فإنهم يصدرون بيان
شبهة الشبهة التي ليست بمعتبرة ، فلا بد لهم من بيان احتمال كل واحد
من جانبي الصحة والفساد . ألا توى إلى قولهم : ((لاحتمال أن لا يكون

(١) الفتاوى الهندية ٤/٢٦٨ .

(٢) النهاية ٧/٦٥١ ، ومجمع الأنهر ٢/٣٢٠ .

والعرفيني هو : برهان الدين ، أبو الحسن ، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل
الفرغاني ، الحنفي ، فقيه ، فرضي ، محدث ، حافظ ، فخره من مؤلفاته :
«الهداية» ، توفي سنة ثلاث وتسعين وخمسة هـ ؛ الفوائد البهية

١٤١ - ١٤٤ ، ومعجم المؤلفين ٧/٤٥ ، ٤٦ .

(٣) الهداية ٣/٢٠١ ، والنهاية ٧/٦٥١ ، وتكملة شرح فتح القدير ٧/٤١٢ ،

ومجمع الأنهر ٢/٣٢٠ .

(٤) هنا ص ٣٥٣ حطر : (١٥) .

في التركة من ذلك الجنس^(١)؛ فإن هذا الاحتمال احتمال جانب الصحة قطعاً ، كيف ولو كان الاحتمال مقصوراً على جانب الفساد لكان اللازم حقيقة الربا لا شبهة الربا ، فضلاً عن شبهة شبهة^(٢) .

المناقشة الثانية : مناقشة القول الثاني :

نُوقش القول الثاني بأن : فيه خلل ؛ لأن نصيبه من ذلك إذا كان أقل من بدل الصلح لا يلزم الربا ؛ إذ يكون نصيبه من ذلك حينئذ بمثله من بدل الصلح، ويكون زيادة البديل بحقه من بقية التركة ، كما إذا كانت التركة فضةً وذهباً وغير ذلك، فصالحوه على ذهب أو فضة من أنه لا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله، والزيادة بحقه من بقية التركة، احترازاً عن الربا ، فالحق في البيان ههنا أن يقال : بأن كان في التركة مكيل أو موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح أو أكثر .

والقول : لشبهة الربا يُعمل بأنه يجوز أن يكون في التركة كيلي أو وزني، وبدل الصلح مثل نصيب الصالح من ذلك أو أقل ؛ لأن ما زاد على بدل الصلح من نصيب الصالح يكون ربا . فيعتبر القلة في جانب بدل الصلح، لا في جانب نصيب الصالح من ذلك على عكس ما اعتبره الآخرون^(٣) .

وقد اقتصر على ذكر المثل ، وذلك باحتمال أن يكون في التركة مكيل أو موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح فيكون ربا^(٤) .

ولكن الأوجه؛ أن يزداد عليه قيد أو أكثر كما بينت قبل قليل ؛ لأن فيه توسيع دائرة احتمال الربا كما لا يخفى^(٥) .

(١) ص ٣٥٣ سطر : (١٢ ، ١٣) .

(٢) تكملة شرح فتح القدير ٤١٣/٧

(٣) المرجع السابق ص ٤١٢ .

(٤) المرجع السابق ص ٤١٣ .

(٥) المرجع السابق .

وهذا أميل إلى القول الأول ، وهو الجواز .
 قال في «بدر المتقى» : ((والصحيح الصحة ^(١))) .
 والجواز هو الصحيح ؛ لأن شبهة الشبهة غير معتبرة ^(٢) .
 ولأن عدم الجواز فيه ضيق وحرَج ، فبكثر عند تلمّسه
 دون أصل يُعتمد عليه .

على أنه قال في «الإيضاح شرح الإصلاح» بعد ما بيّن الاختلاف
 في هذه المسألة على ما في «الهداية» ^(٤) : ((ولقائل أن يقول حق الجواب
 التفصيل بأن يقال : إن كان في التركة جنس بدل الصلح لا يجوز . وإن
 لم يكن يجوز . وإن لم يدر حال التركة فعلى الاختلاف ^(٥))) .

وهو غير مسلم لثلاثة وجوه .
 الوجه الأول : أنه لا حاجة في هذا إلى ما ذكره من التفصيل
 أصلاً ؛ فالشقان الأولان من تفصيله قد استغنى عنهما بالسائلتين
 المذكورتين سابقاً على الاستقلال في «الهداية» ^(٦) وهما :
 الأولى : قوله : ((وإن كانت التركة فضة وذهباً وغير ذلك
 فصالحوه على ذهب أو فضة إلخ ^(٧))) .

والثانية : قوله : ((وإذا كانت التركة بين ورثة فأخرجوا أحدهم
 منها بمال أعطوه إياه ، والتركة عقار أو عروض جاز ، قليلاً كان ما أعطوه إياه
 أو كثيراً ^(٨))) .

-
- (١) ج ٢ / ٣٢٠ ، وأيضاً الدر المختار مع حاشية ابن عابد بن ٥ / ٦٤٣ .
 (٢) هنا ؛ (١)
 (٣) ق ٢٣٠ / أ .
 (٤) ج ٣ / ٢٠١ ، وتأتي عبارة الهداية بعد قليل ؛ ص ٢٥٧ (٣) .
 (٥) هنا ؛ (٣)
 (٦) الرقمان القادمان .
 (٧) ج : ٢٠١ / ٣ منها .
 (٨) ج : ٢٠٠ / ٣ منها .

الوجه الثاني : إن هذا التفصيل الذي ذكره لا يخلو عن اختلال ،
فقله : ((إن كان في التركة جنس بدل الصلح لا يجوز)) . لا يصح على
إطلاقه ، فإنه إذا كان في التركة جنس بدل الصلح ، ولكن كان ما أعطوه
أكثر قدرًا من نصيب المصالح من ذلك الجنس ، يجوز الصلح بلا شك ^(١) .
وكذا إذا كان في التركة جنس بدل الصلح ولكن كان قيمها دراهم
ودنانير ، وكان بدل الصلح دراهم ودنانير كذلك يجوز الصلح بلا شك ^(٢) .
الوجه الثالث : مقصدنا هذا لا يقبل هذا التفصيل الذي ذكره
أبدًا ، فقد اعتبر فيه كون أعيان التركة غير معلومة ، فإن عبارة «الهداية»
في هذا المقصد بلفظ : ((ولولم يكن في التركة دين وأعيانها غير معلومة
والصلح على المكيل والموزون قيل : لا يجوز . . . وقيل : يجوز)) ^(٣) .
وعبارة «الإيضاح شرح الإصلاح» في هذا المقصد بلفظ : ((وفي صحة
الصلح عن تركه جهلت على مكيل أو موزون اختلاف)) ^(٤) .
فكيف يتصور في هذا المقصد هذا التفصيل الخنوق ، وإنما هو
منحصر في الشق الثالث منه ، وهو ما لم يُعلم حال التركة ، فالجواب
بالاختلاف على ما ذكر في الكتب المعتمدة عامة لا غير ^(٥) .

(١) تكملة شرح فتح القدير ٤١٤/٧ .

(٢) الرجوع السابق .

(٣) ج : ٣ ص ٢٠١ منها .

(٤) ق ٢٣٠ / أ .

(٥) تكملة شرح فتح القدير ٤١٤/٧ ، وما مرّ في هذا المقصد من هذه

المقصد الثالث : امرأة صولحت على ثمنها لم يتمين لها كم ترك

زوجها .

لا يصح هذا .

وهو قول الحنفية^(١) ، والمالكية^(٢) ، والحنابلة^(٣) ، وشریح^(٤) ؛ فإن فيه الريبة ، فإنها تقع في الشك ، لعل نصيبها يكون أكثر مما أخذت^(٥) . فهذا الصلح تتمكن فيه شبهة الربا ، فإن نصيبها قد يكون من جنس ما أخذت من النقد مثل ما أخذت أو فوقه^(٦) .
فما يمكنها معرفته كتركة موجودة ، أو يعلمه الذي هو عليه وبجهله صاحبه ، فلا يصح الصلح عليه مع الجهل^(٧) ، قال أحمد بن حنبل :
((إن صولحت امرأة من ثمنها لم يصح^(٨))) .
واحتج بقول شرح : ((أيما امرأة صولحت من ثمنها لم يتمين لها ما ترك زوجها فهي الريبة^(٩))) .

(١) المسوط ١٣٥/٢ ، والفتاوي الهندية ٢٦٩/٤ ، وفتاوي قاضيخان

٧٩/٣ .

(٢) الكافي ٨٧٩/٢ .

(٣) المغني ٥٤٤/٤ .

(٤) المسوط ١٣٤/٢ ، والمغني ٥٤٤/٤ .

(٥) المسوط ١٣٤/٢ .

(٦) المرجع السابق ص ١٣٥ .

(٧) المغني ٥٤٤/٤ .

(٨) المرجع السابق .

(٩) المسوط ١٣٥/٢ ، والمغني ٥٤٤/٤ .

المطلب الثاني : شبهة إثبات المال .

وذلك إذا صالحه من الجرح أو الضربة أو القطع أو الشجة على شيء^(١) .

لا يخلو الأمر : إما أن يبرأ ، أو يموت ، أو يصالحه على ذلك

وما يحدث منه ، أو يؤول الأمر إلى القتل ، وهو مطلبنا .

فإن برئ : قال الحنفية : الصلح جائز ، فإن بقي له أثر بطل^(٢) .

وإن مات : قال الحنفية : بطل الصلح^(٣) .

وإذا بطل هل يقتص منه ؟ أو يؤدي الديية^(٤) ؟

فيه قولان :

القول الأول : عليه القصاص . وهو قول أبي يوسف ومحمد^(٥) .

(١) هي الجرح في الرأس أو الوجه خاصة . وأنواعها مطروحة في موضعها ؛

المعجم الوسيط . ٤٧٥ / ١ ، ومعجم لغة الفقهاء ٢٥٨ ، والروض
المرع ٣٤١ ، ٣٤٢ .

(٢) المبسوط ٩ / ٢١ ، والبحر الرائق ٢٥٧ / ٧ ، والفتاوي الهندية

٢٦١ / ٤ .

(٣) المراجع السابقة .

(٤) الدية لغةً : ما يعطى ولي القتل من مال عوضاً .

وشرعاً : المال المؤدى إلى المجني عليه الحر أو وليه بسبب جنابة

الجاني ؛ لسان العرب ٣٨٣ / ١٥ ودى ، والقاموس المحيط ٤٠١ / ٤ ،

والمعجم الوسيط ١٠٣٤ / ٢ ، وحا قليب ١٢٩ / ٤ ، والروض المرع

٣٣٧ / ٢ .

(٥) المبسوط ٢١ / ٦٩ والفتاوي الهندية ٢٦١ / ٤ .

القول الثاني : عليه الدية في ماله . وهو قول أبي حنيفة ^(١) .

وان صالحه عن ذلك وما يحدث منه :

قال الحنفية : كان الصلح ماضياً إن مات أو عاش ^(٢) .

وان آل الجرح إلى قتل فهو مطلبنا ، وفيه خلاف :

القول الأول : الصلح ماض ولا شيء عليه .

وهو قول أبي يوسف ومحمد ^(٣) ؛ لأنه أسقط الحق الواجب

له بالجراحة بالصلح ، ويعد الموت سبب حقه الجراحه كما بعد البر ^(٤) .

القول الثاني : كانت الدية على عاقلته ^(٥) .

وهو قول أبي حنيفة ^(٦) ؛ فإنه إنما أسقط بالصلح قطعاً أو شجرة

أوجبت له قصاصاً ، والموت يثبت أن الواجب له القصاص في النفس

لا القطع والشجرة ، فكان هذا إسقاطاً لما ليس بحقه فيكون باطلاً ، ولهذا

كان عليه القصاص في النفس في القياس ، ولكنه استحسن فقال : يتمكن فيه

نوع شبيهة من حيث أن أصل القتل كان هو الشجرة والقصاص عقوبة تـدرئ

بالشبهات ، ولكن المال يثبت مع الشبهات ^(٧) .

وأصل المسألة في العفو ، وموضع بيانها في الديات ^(٨) .

وهذا أصيل إلى القول الأول وهو كون الصلح ماض ولا شيء عليه ؛ فقد

أسقط حقه .

(١) المسوط ٩/٢١ ، والبحر الرائق ٢٥٧/٧ ، والفتاوي الهندية ٢٦١/٤ .

(٢) المرجع السابقة .

(٣) المسوط ٩/٢١ .

(٤) المرجع السابق .

(٥) وهي : عصاته كلهم من النسب والولاة ؛ أنيس الفقهاء ٢٩٦ ، ومعجم لغة

الفقهاء ٣٠١ ، والإنصاف ١١٩/١٠ ، والروض المربع ٣٤٣ .

(٦) المسوط ٩/٢١ .

(٧) المرجع السابق وأيضاً ص ١٠ منه .

(٨) المرجع السابق .

ويمكن أن يُناقش بأن عليه المال لتمكن نوع الشبهة : بأنه لا شيء عليه ، فإنه يتمكن فيه نوع شبهة ، من حيث أنه صالح على حقه فيبقى ،
وإلا لنقض كل صلح بالموارض^(١).

(١) أي الموانع ، وهي الطوارئ جمع عارض ، وهو المنع كعرض وسفـر وموت وجنون وعتة ونسيان ونحوه ، وتطلق على ما يستقبلك من شيء ويراد بها هنا ما يعرض للإنسان ما يمنع الصلح ، القاموس المحيط ٣٤٦/٢ ، ٣٤٨ عرض ، ومعجم لغة الفقهاء ٣٠٠ ، وتتميم أصول الفقه ٤١٤ ، وراقي الفلاح مع ها الطحطاوي عليها ٤٥٠ .

المطلب الثالث : شبهة الحطّ (١)

وذلك فيما إذا صالحه من الدين على عبد ، وهو

مقرّب به ، وقبضه ، هل يبيعه مباحة ؟

ليس له أن يبيعه مباحة على ذلك الدين وهو المبدل إلا أن

يبين ؛ فالصالح مخالف للبيع على ما بيّنت^(٢) ، والشبهة في بيع

المباحة كالحقيقة احتياطاً ، فلا تجوز المباحة فيما أخذه

بالصالح ؛ لشبهة الحطّ تلك ، على ما تقدم في شبهة الحطّ ،

ضمن اثر الشبهة في البيوع مفصلاً^(٣) .

(١) ص ٣١٤ .

(٢) ص ٣١٤ .

(٣) ص ٣١٤ - ٣١٦ .

المطلب الرابع: شبهة الضرر والكذب .

وذلك في توكيل الوارث الجاهل بأمر التركة في الصلح .

قال الشافعية : له التوكيل في الصلح^(١) ؛ لإزالة شبهة

عنه ، فلا يؤدي ذلك إلى الضرر ، والكذب ، فيتحرز به عنهما^(٢) .

(١) مفني المحتاج ١٨٢/٢ .

(٢) الرجوع السابق .

المبحث الثاني : أثر الشبهة في الوكالة (١)
وفي خمسة مطالب :

- المطلب الأول : شبهة العفو .
- المطلب الثاني : شبهة الرضا من الموكل .
- المطلب الثالث : شبهة الخيانة .
- المطلب الرابع : شبهة إثبات المال .
- المطلب الخامس : شبهة اختلاف العلماء .

(١) الوكالة بفتح الواو وكسرهما ، في اللغة تطلق على التفويض، والتسليم، والاعتماد ، وعلى الحفظ ، تقول : ((وكلت أمري إلى فلان)) أي فوضته، وتركته، وسلمته إليه ، واكتفت به . وذلك ترفهاً أو عجزاً من الموكل . وشرعاً : تفويض شخص ما له فعله ما يقبل النيابة إلى غيره لا ليفعله بعد موته ؛ المغرب ٤٩٣ وكل ، والمصباح المنير ٢ / ٦٧٠ ، والقاموس المحيط ٤ / ٦٧ ، ومعجم لغة الفقهاء ٥٠٩ ، وطلبة الطلبة ٢٨١ ، وأنيس الفقهاء ٢٣٨ ، وكفاية الأخبار ١ / ١٧٥ ، ومغني المحتاج ٢ / ٢١٧ ، وإعانة الطالبين ٣ / ٨٤ ، ٨٥ ، وحا قليبي ٢ / ٣٣٦ ، وحا بجيري ٣ / ١١١ .

المطلب الأول : شبهة العفو.
 وذلك في : استيفاء المستودع أو المستعير القصاص.^(١)^(٢)
 وذلك إذا : قتل العبد عند المستودع أو عند المستعير.

قال الحنفية : ليس للمستودع والمستعير أن يستوفيا القصاص وإن
 وكلهما بذلك صاحبه^(٣) ؛ لأن من الجائز أن صاحب العبد عفى ، ففيه
 شبهة العفو ، فلو استوفيا القصاص كان استيفاء مع تمكن الشبهة ، وذلك
 لا يجوز .

يدل عليه : أن وجوب القصاص باعتبار الدم ، والمستودع
 والمستعير ليسا بخصمين في الدم ، وإنما خصوصتهما فيما يتناول الإيداع^(٤)
 والإعارة^(٥) .

- (١) الذي يحفظ الوديعة ؛ المعجم الوسيط ١٠٣٢/٢ ودع .
 (٢) الذي يطلب الشيء من شخص يعطيه إياه عارية ؛ المرجع السابق
 ٦٤٢/٢ عار .
 (٣) البسوط ١٠٧/١٩ .
 (٤) يأتي تعريفه لغةً وشرعاً ؛ ص ٤٥٨ ح (١) .
 (٥) البسوط ١٠٧/١٩ .

والإعارة : مصدر ، والعار اسم المصدر كأطاق إطاعة وطاعة .
 والإعارة تطلق في اللغة على عقد العارية ، تقول : (أعارة الشيء إعارة
 وعاره) : أعطاه إياه عارية ، (وأعاره منه وعاره إياه) : كذلك ، (وتعمر
 واستعار الشيء منه) : طلب أن يعطيه إياه عارية ، (واستعاره منه) :
 طلب إعارته ، واستعرت منه الشيء فأعارنيه ، واعتروا الشيء ، وتعوروه ،
 وتعاوروه : تداولوه ، وعاره يعوره ويعيره ، أخذه وذهب به . وهي :
 إعطاء عين لاخر ينتفع بها ثم يردّها . وهي : العقد اسم للعارية
 شرعاً ؛ فالعارية بمعنى الإعارة .

وشرعاً : إباحة منفعة عين مع بقائها بشروط مخصوصة . وهو تعريف
 العارية شرعاً . أما اللغات فيها وإطلاقها واشتقاقها فمطروح في موضعه ؛
 المغرب ٣٣١ عر ، والمصباح المنير ٤٣٧/٢ ، والقاموس المحيط ١٠١/٢ ،
 والمعجم الوسيط ٦٤٢/٢ ، وطلبة الطلبة ٢٠٣ ، والتعريفات ٣٠ ، =

المطلب الثاني : شبهة الرضا من الموكل .
وذلك في الوكالة في سلعة تُردّ من عيب .

قال الحنفية : لا تجوز الوكالة في هذا (١) .

وليس المراد به أن التوكيل بالخصومة في هذا غير صحيح ،
بل المراد أن الوكيل إذا أثبت العيب ، فادّعى الباع رضا المشتري
بالعيب فليس للوكيل أن يردّه بالعيب حتى يحضر المشتري فيحلف
بالله ماضي بالعيب (٢) .

وعلم المشتري بالعيب وقت البيع يمنع ثبوت حقه في الرد أصلاً ،
فالباع ليس يدعي مسقطاً ، بل زعم أن حقه في الرد لم يثبت أصلاً فلا بد
من أن يحضر الموكل ويحلف ليتمكن من الرد عليه (٣) .

والرد بالعيب بقضاء القاضي فسخ للعقد والعقد إذا انفسخ
فلا يعود ، فلو أثبتنا حق الرد عليه تضرّر الخصم بانفساخ عقده عليه (٤) .

-
- (١) المسوط ٩/١٩ .
 - (٢) الرجوع السابق .
 - (٣) الرجوع السابق .
 - (٤) الرجوع السابق .

المطلب الثالث : شبهة الخيانة .
وذلك في مقصدين :

المقصود الأول : الركيل بالخصومة في عين أو دين هل وكيل بالقبض ؟

اختلف أهل العلم - رحمهم الله - في هذا :

القول الأول : الوكيل بالخصومة لا يكون وكيلًا بالقبض .

وهو قول المالكية^(١) ، والمعتمد عند الشافعية ، فقد قطعوا به

في أظهر الطريقتين عندهم ، وهو الوجه الأول من الطريق الأول عندهم ،^(٢)

والصحيح منذهب عند الحنابلة^(٣) ، وهو قول زفر^(٤) ، والمعمول به

عند الحنفية^(٥) . وبه أخذ أبو الليث^(٦) .

وذلك لأن الإذن في التثبيت ليس بإذن في القبض من جهة النطق ،

ولا من جهة العرف ، فلم يتناول الإذن نطقًا ولا عرفًا ؛ لأنه ليس في العرف

أن من يرضاه للتثبيت يرضاه للقبض^(٧) ، فالموكل رضي بخصومه والقبض غير

الخصومة^(٨) ؛ فالخصومة لإظهار الحق ، ويختار فيها ألج^(٩) الناس وللقبض

(١) الكافي ٢ / ٧٨٦ ، وجواهر الإكليل ٢ / ١٢٦ ، ومنح الجليل ٦ / ٣٧٣ .

(٢) المهذب ١ / ٣٥٨ ، وفتح العزيز ١١ / ٣٦ ، ٣٣ ، وتكلمة المجموع

١٤ / ١١٤ ، ١١٥ ، ١١٧ .

(٣) المغني ٥ / ١٠٠ ، والإنعاف ٥ / ٣٩٣ ، والروض المربع ٢٠٨ .

(٤) المبسوط ١٩ / ٢٢ ، ٢٣ ، وتحفة الفقهاء ٣ / ٢٢٩ ، والهداية ٣ / ١٤٩ ،

والإختيار ٢ / ١٦٤ ، والبنية ٧ / ٣٥٤ ، والبحر الرائق ٧ / ١٧٨ ،

ومجمع الأنهر ٢ / ٢٤١ ، والفتاوي الهندية ٣ / ٦٢٠ .

(٥) الهداية والبنية ومجمع والفتاوي الهندية (٤) هنا ، والفتاوي الجزائرية

٥ / ٤٦٩ .

(٦) البنية والفتاوي الهندية (٥) هنا .

(٧) المهذب ١ / ٣٥٨ ، والمغني ٥ / ١٠٠ ، والروض المربع ٢٠٨ .

(٨) الهداية ٣ / ١٤٩ ، والبنية ٧ / ٣٥٤ ، والبحر الرائق ٧ / ١٧٨ ، ومجمع

الأنهر ٢ / ٢٤١ .

(٩) تقول : «لج في الأمر» : لازمه وأبى أن ينصرف عنه ؛ لسان العرب ٢ / ٣٥٣

لجج ، والمعجم الوسيط ٢ / ٨٢٢ .

آمن الناس ، ومن الناس من يصلح للخصومة لا يُرضى بأمانته عادة، فلم
يرض بالقبض ، فقد يُرضى للخصومة من لا يرضاه للقبض ، وليس كل
من يصلح للخصومة يؤمن على القبض .^(٤)

القول الثاني : الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض .

وهو قول الحنفية^(٥) ، والوجه الثاني عند الشافعية من الطريق

الأول . واختاره المرداوي من الحنابلة إن دلت عليه قرينة^(٦) .

وذلك أن من ملك شيئاً ملك إتمامه ، وإتمام الخصومة وانتهائها

-
- (١) النهاية ٣٥٤/٧ ، ومجمع الأنهر ٢٤١/٢ .
 (٢) الهداية ١٤٩/٣ ، والنهاية ٣٥٤/٧ .
 (٣) الإختيار ١٦٤/٢ ، والروض المربع ٢٠٨ .
 (٤) الإختيار ١٦٤/٢ .
 (٥) الجامع الصغير ٣٣٣ ، والمبسوط ٢٢/١٩ ، و تحفة الفقهاء ٢٢٩/٣ ،
 والهداية ١٤٩/٣ ، والإختيار ١٦٤/٢ ، والنهاية ٣٥٤/٧ ، والبحر
 الرائق ١٧٨/٧ ، ومجمع الأنهر ٢٤١/٢ ، والفتاوي الهندية
 ٣٥٤/٧ .
 (٦) فتح العزيز ٣٦/١١ ، ٣٣ ، كما ذكره لهم في النهاية ٣٥٤/٧ ، من
 كتب الحنفية .
 (٧) هو علاء الدين ، أبو الحسن ، علي بن سليمان بن أحمد المرداوي ، ثم
 الدمشقي ، فقيه حنبلي ، ولد سنة سبع عشرة وثمانائة هـ في
 مردا - قرب ناهلس - ، وانتقل في كبره إلى دمشق فتوفي فيها سنة خمس
 وثمانين وثمانائة هـ ، من مؤلفاته : «الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف»
 شذرات الذهب ٣٤٠/٧ - ٣٤٢ ، والأعلام ٢٩٢/٤ .
 (٨) الإنصاف ٣٩٣/٥ .
 والقرينة في اللغة : فعيلة بمعنى الفاعلة مأخوذة من المقارنة ، وتطلق على
 النفس ، والزوجة . وفي الاصطلاح : ما يدل على المطلوب من غير أن يكون
 صريحاً فيه . وهي نومان : قاطعة : وهي التي تكون دلالتها لا تقبل
 إثبات العكس . وغير قاطعة : وهي التي تكون دلالتها تقبل إثبات العكس ؛
 لسان العرب ٣٣٩/١٣ قرن ، والتعريفات ١٧٤ ، والمعجم الوسيط
 ٧٣٨/٢ ، ومعجم لغة الفقهاء ٣٦٢ .

بالقبض ، فالمقصود من الخصومة هو استيفاء الدين ، فكان المقصود
من الوكالة الاستيفاء فيملكه ، فالخصومة قائمة ما لم يقبض .^(٣)

الناقشة والترجيح :

يمكن أن يناقش القول الثاني بأن انتهاء الخصومة بانتهائها وليس
انتهائها بالقبض ، فالخصومة لها حد محدود ، والقبض له ابتداء
وانتهاء ، فبداية القبض بانتهاء الخصومة ، وهي تثبت للحق ، والقبض
قبض للحق ، فالخصومة ليست استيفاء للدين ، وإنما هذا القبض ،
فالخصومة قد انتهت عند بداية القبض ، وليس المقصود من الوكالة في
خصومة الاستيفاء ، وإنما حسب رغبة الموكل ، فقد لا يرضى أن يقبض
المخاصم ؛ لقلة أمانته ، فالقبض مخالف للخصومة عرفاً ولغةً ، فالمخاصم
غير القابض في العرف واللغة .

وهذا أميل إلى القول الأول ، وهو أن الوكيل بالخصومة ليس وكيلاً
بالقبض ، فالفتوى عند الحنفية على قول زفر ،^(٤) هو أفتى الصدر الشهيد^(٥) ،
وكثير من شايخ الحنفية في بلخ وسمرقند .^(٦)^(٧)

-
- (١) الهداية ١٤٩/٣ ، والبحر الرائق ١٧٨/٧ ، ومجمع الأنهر ٢٤١/٢ .
(٢) الإختيار ١٦٤/٢ ، ١٦٥ .
(٣) البنائة ٣٥٤/٧ ، ٣٥٥ .
(٤) الهداية ١٤٩/٣ ، والإختيار ١٦٥/٢ ، والبنائة ٣٥٥/٧ ، والبحر
الرائق ١٧٨/٧ ، ومجمع الأنهر ٢٤١/٢ ، والنافع الكبير ٣٣٣ ، والفتاوي
البيزانية ٤٦٩/٥ .
(٥) البنائة ٣٥٥/٧ ، ومجمع الأنهر ٢٤١/٢ ، والفتاوي الهندية ٦٢٠/٣ .
(٦) مدينة عظيمة شهيرة من أمهات بلاد خراسان ، من أجلّ مدنها وأكثرها
خيراً وأوسعها فلة ، افتتحت أيام عثمان بن عفان ، ونسب إليها خلق كبير ؛
معجم البلدان ٤٧٩/١ ، ٤٨٠ ، وآثار البلاد وأخبار العباد ٣٣١ - ٣٣٥ .
(٧) مدينة معروفة شهيرة بما وراء النهر ، يقال لها بالعربية سُمران ، وهي
مدينة الصفد ، مبنية على جنوبي وادي الصفد مرفعة عليه ، ليس على
وجه الأرض مدينة أنزه ولا أطيب ولا أحسن منها ؛ المرجعان السابقان
الأول ٢٤٦/٣ - ٢٥٠ ، والثاني ٥٣٥ - ٥٣٧ .

وهذا لظهور الخيانة في الوكلاء وكثرتها في الناس ؛ فالزمان
فسد ، بعد أن تغيّر ^(١) . وقد يؤمن على الخصومة من لا يؤمن على
المال ^(٢) .

وقد أشار الحنفية إلى قول زفر ؛ لقوة قوله في هذا
المقام ^(٣) .

-
- (١) الهداية ١٤٩/٣ ، والإختيار ١٦٥/٢ ، والبنية ٣٥٤/٧ ، ٣٥٥ ،
والبحر الرائق ١٧٨/٧ .
- (٢) الهداية ١٤٩/٣ ، والبحر الرائق ١٧٨/٧ ، والنافع الكبير ٣٣٣ .
- (٣) جمع الأنهر ٢٤١/٢ .

المقصد الثاني: وكل رجلاً يقبض أمة له عند رجل ، فوطئت بالشبهة ، هل الوكيل يقبض المهر ؟

لم يكن للوكيل أن يقبض المهر عند : الحنفية^(١) ، والمالكية^(٢) ، والشافعية^(٣) ، والحنابلة^(٤) ؛ فإنه ليس للوكيل بالقبض أن يقبض القيمة ؛ لأنه نائب في القبض ، وإنما أناه المالك (الموكل) ضاب نفسه في قبض الأمة دون القيمة ، فلا يصير به نائباً في قبض ما انقلب من العين دراهم ، وقد يختار المرء يقبض شيء دون شيء ، وقد يؤتمن في الأعيان من لا يؤتمن في النقود^(٥) .

(١) المسوط ٨٨/١٩ .

(٢) الكافي ٧٨٦/٢ ، وجواهر الإكليل ١٢٦/٢ ، وشرح الجليل ٣٧٣/٦ .

(٣) بناء على أن الوكيل عندهم لا يملك من التصرف إلا ما يقتضيه إذن الموكل

من جهة النطق أو العرف ، ولما مر في الوكيل بالخصوص هل يقبض ؟

ص ٣٦٧ ، المهذب ٣٥٧/١ .

(٤) كالسابق ، والمعني ١٣١/٥ ، ١٣٢ ، والروض المربع ٢٠٧ ، ٢٠٨ .

(٥) المسوط ٨٨/١٩ .

المطلب الرابع : شبهة إثبات المال .
 وذلك في : التوكيل بإثبات المال في السرقة .

له أن يوكل في إثبات المال في السرقة عند الحنفية ،^(١) والمالكية ،^(٢)
 والشافعية ،^(٣) والحنابلة ،^(٤) وإن كان بينهم اختلاف في الفروع الفقهية ،
 فقد شرط أبو حنيفة : رضا الخصم إلا من عذر السفر أو المرض أو كانت
 امرأة مُخَدَّرَةً^(٥) .

وهذا التوكيل ؛ لأن المقصود إثبات المال^(٦) ، والمال يثبت مع
 الشبهات^(٧) .

ألا ترى : أن الأموال تثبت بالشهادة على الشهادة باتفاق
 الأئمة الأربعة^(٨) ، وكذا : بشهادة النساء مع الرجال إلا ما حُكِيَ

(١) المسوط ١٩/١٠٦ ، وتحفة الفقهاء ٣/١٥٥ ، ٢٢٨ ، والهداية
 ٣/١٣٦ ، والإختيار ٢/١٥٧ ، ومجمع الأنهر ومعه بدر المتقى
 ٢/٢٢٣ .

(٢) الكافي ٢/٧٨٧ ، وجواهر الإكليل ٢/١٢٥ ، وضح الجليل ٦/٣٥٨ ،
 والشرح الصغير مع بلغة السالك ٢/٣٥٩ .

(٣) المهذب ١/٣٥٥ ، والوجيز ١/١٨٨ ، ١٩٠ ، هروضة الطالبين
 ٤/٣٢٠ .

(٤) المغني ٥/٨٩ و ٨/٢٧٨ ، والإنصاف ٥/٣٩٣ ، و ١٠/٢٨٣ -
 ٢٨٥ ، والروض المربع ٢٠٨ ، ٣٥١ .

(٥) تحفة الفقهاء ٣/٢٢٨ .
 والراة المُخَدَّرَةُ التي تلزم بيتها ولا تظهر على الرجال ؛ معجم لغة
 الفقهاء ٤١٥ .

(٦) المسوط ١٩/١٠٦ ، ١٠٧ .

(٧) المرجع السابق ، والهداية ٣/١١٧ .

(٨) الرجعان السابقان ؛ (المسوط ص ١٠٧ ، والهداية ص ١٢٩ ، ١٣٠) ،
 وتحفة الفقهاء ٣/٣٦٢ ، والإختيار ٢/١٥٠ ، ١٥١ ، ومجمع الأنهر ومعه
 بدر المتقى ٢/٢١١ ، والكافي ٢/٩٠١ ، ١٠٧١ ، ومختصر المزني ٣١١ ،
 والوجيز ٢/٢٥٧ ، والإنصاف ٢/٨٩ ، والروض المربع ٣٧٦ ، ٣٧٧ .

من قول عند الشافعية : أنها لا تثبت بشهادة النساء مع الرجال ،
والمذهب خلافه كما بينت هنا (١) .

(١) المسوط ١٠٧/١٩ ، وتحفة الفقهاء ٣٦٢/٣ ، والهداية ١١٧/٣ ،
والإختيار ١٤٠/٢ ، ومجمع الأنهر ومعه بدر المتقى ١٨٧/٢ ، ١٨٨ ،
والكافي ٩٠٦/٢ ، والخرشي ٢٠٣/٧ ، والشرح الصغير مع بلغة
السالك ٣٥٨/٢ ، ٣٦٠ ، ٤٣٤ ، وحا العدوي ٣١٥/٢ ، ومختصر
الزني ٢٦٤ ، والمهذب ٣٣٤/٢ ، والوجيز ١٧٧/٢ ، وروضة الطالبين
١٠١٤٦/١١ و ٢٥٤/١١ ، ٢٥٥ ، وكفاية الأختيار ١٧٢/٢ ، والمغني
١٥١/٩ ، والإنصاف ٨٢/١٢ ، ٨٧ ، والروض المربع ٣٧٦ .

المطلب الخامس : شبهة اختلاف العلماء .

وكه أن يصلح على كـر حنطة بعينها فصالحه على غيرها من حنطة
أجود منها وضمنها جاز على الوكيل دون الموكل ؛ لأنه خالف ما أمره
به نصاً حين أضاف الصلح إلى غير المحل الذي أمره به الموكل، وهو
أضر على الموكل ما أمره به (١) .

ولو صالح على كـر حنطة وسط بغير عينه والكر الذي دفع إليه
وسط ففيه قولان عند الحنفية :

القول الأول : لا يجوز على الموكل وهو القياس ؛ لأنه لو جاز
كان بدل الصلح ديناً في ذاته ، وهو إنما وكه بأن يصلح على كـر حنطة
بعينه وكان بهذا مغيراً العقد إلى غير المحل الذي أمر به .

القول الثاني : يجوز صلحه على الموكل وهو الاستحسان ؛ لأنه
ما خالف أمره به بتسمية شيء آخر سوى الأمر به إنما ترك التعيين
ولا ضرر على الموكل في ذلك . فإنه إنما يعتبر من التقييد ما يكون
مفيداً في حق الموكل دون ما لا يكون مفيداً ، ولأن الوكيل قد يُبطل بهذا
فقد يفتق الصلح في غير الموضع الذي فيه الحنطة ، ولو أضاف العقد
إلى عينه وهو غير مرئي دخل فيه شبهة الاختلاف بين العلماء في جواز
شراءه ما لم يره ، فتجوز عن ذلك بتسمية كـر وسط مطلقاً، على أن يدفع
إليه ذلك الكر ، ولما وكه الموكل مع علمه أنه قد يُبطل بهذا فقد صار
راضياً بترك التعيين (٤) .

(١) المرجع السابق ص ١٤٤، ١٤٥ منه، والفتاوي الهندية ٦٣٢/٣ .

(٢) المسبوط ١٤٥/١٩ .

(٣) المرجع السابق ، والفتاوي الهندية ٦٣٢/٣ .

(٤) المسبوط ١٤٥/١٩ .

الناقشة والترجيح :

يمكن أن يناقش ما ذكر في القول الثاني بنسبه ، فقد خالف أمره ،
 والتفسيده من الموكل هنا قد يكون مفيداً ، وفي غيره ضرر عليه ، والوكيل
 إنما هو وكيل وهذا ما أراد الموكل ، والابتهلاء المذكور نادر ، والموكل
 لا يريد إلا ما أراد وإلا لبين ، وتوكيله مع علمه أنه قد يبطل لا يدل على
 الرضا بترك التعيين .

وبهذا أميل إلى القول الأول وهو أنه لا يجوز على الموكل ، فقد
 خالف ما أمره نطقاً وحرماً ، فلم يتناول الإذن نطقاً ولا عرفاً ؛ فإنه
 ليس في العرف أن كر حنطة سرقندية يرضى بها مثل كر حنطة وسط
 بخارية مثلاً لا يرضى بها الموكل ؛ فالموكل رضي بكر حنطة سرقندية ،
 والبخارية غير السرقندية ؛ فالسرقندية لإرضاء الموكل ورضته ، وإنما
 أنه الموكل شاب نفسه في المصلحة على كر حنطة بعينه سرقندية
 دون غيرها ، فلا يصير به نائباً في المصلحة على كر حنطة وسط ،
 وقد يكون فيه ضرراً على الموكل .

الفصل الثالث : أثر الشبهة في الشركة، والمضاربة، والمزارعة،

والإجارة .

وفيه أربعة مباحث:

- المبحث الأول : أثر الشبهة في الشركة .
- المبحث الثاني : أثر الشبهة في المضاربة .
- المبحث الثالث : أثر الشبهة في المزارعة .
- المبحث الرابع : أثر الشبهة في الإجارة .

المبحث الأول : أثر الشبهة في الشركة^(١)

وهي : _____

شبهة الكراهة .

(١) الشركة بكسر الشين وسكون الراء ، وفتح الشين مع كسر الراء أو إسكانها ،
والشهر الأول . وهي لغة : الاغتلاط على الشيوع . وشراً :
حق ثابت لشخصين فصاعداً على الشيوع ؛ طلبه الطلبة ٢٠٥ ، وأنيس
الغتها ١٩٣ ، روضة الطالبين ٢٧٥/٤ ، وكفاية الأخيار ١٧٣/١ ،
ومغني المحتاج ٢١١/٢ ، وإعانة الطالبين ١٠٤/٣ ، وحا قليمي وصيرة
٣٣٢/٢ ، والمعاملات المدنية والتجارية ١٧ .

وذلك في : شاركة الكافر .

اختلف أهل العلم - رحمهم الله - في هذا :

القول الأول : تكره شاركة اليهودي والنصراني مطلقاً مع الجواز .
وهو قول الشافعية^(١) ، وأبي يوسف^(٢) .

واستدلوا بالأثر والمعقول :

أولاً : أما الأثر فما روي عن عبد الله بن عباس أنه قال : « أكره أن

يشارك المسلم اليهودي^(٣) .

ولا يُعرف له مخالف في الصحابة^(٤) .

ثانياً : وأما المعقول : فإن كل واحد منهما من أهل الوكالة والكفالة^(٥)

(١) المهذب ١/٣٥٢ ، ومغني المحتاج ٢/٢١٣ ، ونهاية المحتاج ٥/٦ .

(٢) المسوط ١١/١٩٦ ، والبنية ٦/٨٣ ، وشرح فتح القدير ٥/٣٨٢ .

(٣) لم أقف عليه إلا في المغني ٥/٣ .

(٤) المرجع السابق .

(٥) الكفالة في اللغة : الضم والنحمل والالتزام والمول من قولك : «كفلته علىته وقتت به» . وهي عند الحنفية الضمان إلا أن محمد بن الحسن ذكر

((كتاب الكفالة)) ثم بعده ((كتاب الضمان)) فأفرد كل واحد منهما بكتاب

مستقل . وهي عندهم شرعاً : ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة . ويوافقهم

المالكية ، فالكفالة والضمان عندهم بمعنى واحد . وتعريفها عندهم شرعاً :

شغل ذمة أخرى بالحق . في حين يذكر الشافعية والحنابلة الكفالة مع

الضمان في بابه . وهولغة : الكفالة والالتزام . وشرعاً عند الشافعية

بالمعنى الشامل للكفالة : عبارة عن التزام حق ثابت في ذمة الغير

أو إحضار عين مضمونة أو بدن من يستحق حضوره ، ويقال للعقد المحصل

لذلك . والكفالة : عبارة عن ضمان الأعيان البدنية فقط . فهي عندهم

التزام إحضار المكفول إلى المكفول له للحاجة إليها . وعند الحنابلة

الضمان : التزام ما وجب على غيره مع بقائه وما قد يجب . والكفالة : التزام

رشيد إحضار من عليه حق مالي لربه ؛ المغرب ٤١٢ ، ٢٨٥ كفل ، ضمن ،

والصباح الضير ٢/٥٣٦ و ٣٦٤ ، والقاموس المحيط ٤/٢٤٥ ، ومعجم

لغة الفقهاء ٣٨٢ ، وطلبة الطلبة ٢٨٤ ، وأنيس الفقهاء ٢٢٢ ، ٢٢٣ =

على الإطلاق ، فهما متساويان في صحتها ، فتصح الشركة بينهما
 كالمسلمين والذميين ، وإنما تشترط أهلية كل واحد منهما في ذلك ، ثم
 كل واحد منهما مالك للتصرف بنفسه ، فكان كل واحد منهما من أهل
 الشركة . ألا ترى: أن الشركة تصح بين الذميين والمسلمين ، فكذلك
 تصح بين المسلم والذي كما ذكرت ، ولا يعتبر بعد تساويهما في
 أصل التصرف مباشرة ووكالة وكفالة بتفاوتهما في التصرف من حيث
 أن المسلم لا يتصرف في الخمر والخنزير ، والذي يتصرف في ذلك ،
 فهو يملك زيادة تصرف لا يملكه الآخر ، وهذا لأن الذي الذي هو
 شريك المسلم مفاوضة لا يتصرف عند أبي يوسف في الخمر والخنزير ،
 ثم لا يعتبر بالسواة في التصرف . ألا ترى: أن المفاوضة^(١) تصح بين

= والتعريفات ١٨٥ ، والجامع الصغير ٣٠٤ ، ٣١١ ، وتحفة الفقهاء
 ٢٣٧/٣ ، والإختبار ١٦٦/٢ ، والبنية ٧٢٢/٦ ، ٧٢٣ ، شرح فتح
 القدير ومعها الكفاية ٢٨٣/٦ ، ٢٨٤ ، وسجع الأنهر ومعها بدر المتقى
 ١٢٣/٢ ، ١٢٤ ، وحا ابن عابد بن ٢٨١/٥ ، ٢٨٢ ، والكافي ٧٩٣/٢ ،
 وقوانين الأحكام الشرعية ٣٥٣ ، وجواهر الإكليل ١٠٩/٢ ، ومنح الجليل
 ١٩٨/٦ ، ١٩٩ ، والتبیه ١٠٥ ، ١٠٦ ، وفتح العزيز ٣٥٥/١٠ ،
 ٣٧٢ ، وكفاية الأخبار ١٧١/١ ، ١٧٣ ، والإقناع مع حا بجيرمسي
 ٩٥/٣ ، ومغني المحتاج ١٩٨/٢ ، ٢٠٣ ، وإعانة الطالبين ٧٧/٣ ،
 وحا قلمي ٣٢٣/٢ ، والمغني ٥٩٠/٤ ، والإنصاف ١٨٨/٥ - ١٩٠ ،
 ٢٠٩ ، والروض المربع ١٩٥ ، ١٩٦ .

(١) وهي نوع من أنواع الشركة . يهضم العيم مصدر ، تقول : «مفاوضة في كذا إذا
 جراه وفعل مثل فعله ، صاد له الرأي في الأمر ، وشاركه في تمييز
 المال ونحوه ، والناس فوض في هذا الأمر أي سواه لا تهاين بينهم ،
 وتطلق أيضاً على المخالطة ، وتفويض كل واحد من الشريكين إلى صاحبه
 أمر الشركة .

أما عند الفقهاء فهي عند الحنفية : عبارة عن التساوي في المال والتصرف
 والدين ، وعند المالكية : عبارة عن إطلاق التصرف لكل من الشريكين
 من الآخر في جميع ما يتجران فيه ، وعند الشافعية : عبارة عن الاشتراك
 في الكسب وضمان ما يجب على الآخر ، وعند الحنابلة : عبارة عن نوعين =

الكتابي والمجوسي ، والمجوسي : يتصرف في الموقوذة^(١)؛ لأنه يعتقد فيها
المالية ، والكتابي : لا يفعل . وكذلك المفاوضة تمنح بين حنفي المذهب
وشافعي المذهب ، فيصير هذا مثل هذا ، وإن كان الحنفي يتصرف في
الثلاث النهي^(٢)؛ لأنه يعتقد فيه المالية^(٣) ، وشافعي المذهب

= أولهما : أن يفوض كل منهما إلى صاحبه كل تصرف مالي ومدني من
أنواع الشركة ببيعاً وشراءً ومضاربة وتوكيلاً وابتعاً في الذمة وسافرة بالمال
وارتباطاً وضمان ما يرى من الأعمال أو يشارك في كل ما يثبت لهما وعليهما .
وثانيهما : أن يدخل في الشركة الأقسام النادرة كوجدان لقطه أوركاز
أو ما يحصل لهما من ميراث وما يلزم أحدهما من ضمان غصب أو أورش جنابة
ونحو ذلك .

وقد أجاز المفاوضة: الحنفية والمالكية ، ومنعها: الشافعية ، وفرق الحنابلة
بين النوع الأول والثاني ما ذكروا؛ فالأول شركة صحيحة ، والثاني على
الصحيح من المذهب عندهم شركة فاسدة ، بينما أجازه الشوري والأوزاعي ؛
المغرب ٣٦٧ فوض ، والقاموس المحيط ٢/٣٥٣ ، ومعجم لغة الفقهاء
٤٤٥ ، وطلبه الطلبة ٢٠٥ ، وأنيس الفقهاء ١٩٤ ، والإختار ٣/١٢ ،
والبناء ٦/٧٨ ، ٧٩ ، وشرح فتح القدير ٥/٣٧٧ ، ٣٨٠ ، هداية
المجتهد ٢/٢٥٤ ، وجواهر الإكليل ٢/١١٦ ، وشرح الجليل ٦/٢٦٠ ،
وحا الدسوقي ومعها الشرح الكبير ٣/٣٥١ ، ٣٥٢ ، والمهذب ١/٣٥٣ ،
هروضة الطالبين ٤/٢٧٩ ، ٢٨٠ ، ومغني المحتاج ٢/٢١٢ ، وشرح
المنهاج مع حا قلمي ٢/٣٣٣ ، وإعانة الطالبين ٣/١٠٥ ، والمغني
٥/٢٩ ، ٣٠ ، والإنصاف ٥/٤٦٤ ، ٤٦٥ ، والروض المربع ٢١٢ .

(١) الموقوذة : التي ترمى أو تضرب بحجر أو مما حتى تموت من غير تذكيرة ؛

المعجم الوسيط ٢/٦١٠ وقد ، والجامع لأحكام القرآن ٦/٤٨ ، ٤٩ .

(٢) وهو المطبوخ من ماء العنب على الثلث والثلثين فذهب ثلثاه أثر الطبخ ،

وهو الطلاء على الراجح عند الحنفية ، فبعضهم يطلق الطلاء على ما ذهب

أقل من ثلثه ؛ بدائع الصنائع ٥/١١٦ ، والبحر الرائق ٨/٢٤٧ ، ٢٤٨ ،

ومجمع الأنهر ومعها بدر المتقى ٢/٥٦٩ ، والفوائد السمية ٢/٢١٢ ،

والجوهرة النيرة ٢/٢٧٠ .

(٣) فإنه حلال عند أبي حنيفة مالم يسكر والقدر الذي يسكر حرام ، وهو قول

أبي يوسف الأخير ، ويكره في الشهر من مذهب محمد ؛ شرح معاني الآثار =

يتصرف في متروك التسمية عمداً^(١)؛ لأنه يعتقد فيها المالكية بخلاف الحنفي، فيتفاوتان في العقد على متروك التسمية.

ثم هذا التفاوت لا يمنع صحة المعاوضة بينهما فكذلك المسلم والذمي^(٢).

إلا أنه يكره عقد الشركة بين المسلم والكافر؛ لأن الذمي لا يهتدي إلى الجائز من العقود، أو لا يحترز من الربا، فيكون سبباً لوقوع المسلم في أكل الحرام^(٣).

ولأن مال اليهودي والنصراني ليس بطيب؛ فإنهم يبيعون الخمر ويتعاملون بالرها فكرهت معاملتهم^(٤)، وذلك لما في أموالهم من الشبهة^(٥)، وإن كان المتصرف مشاركهم^(٦).

القول الثاني: لا تجوز شاركة الكافر (اليهودي والنصراني). وهو قول: أبي حنيفة، ومحمد^(٧)؛ فإن معنى المعاوضة على المساواة، ولا مساواة بين المسلم والذمي في التصرف ولا في محل التصرف، وهو المال فإن الخمر والخنزير مال منقوم في حق أهل الذمة يجوز تصرفهم فيها بيعاً وشراءً وسلماً في الخمر، وهي ليست

= ٢١٥/٤، ٢١٧، والمبسوط ٤/٢٤، وأصول السرخسي ٨٤/٢،
وتحفة الفقهاء ٣٢٨/٣، والهداية ٤/١١٢، ودائع الصنائع ٥/١١٦،
والإختيار ٤/١٠٠.

(١) فإن المسلم إذا ترك التسمية عمداً أو ناسياً على زبخته فهي حلال عند الشافعية؛ تفسير البهوي ١٢٧/٢.

(٢) المبسوط ١١/١٩٧، والبنية ٦/٨٣، ٨٤، وشرح فتح القدير
٣٨٢/٥، ٣٨٣.

(٣) الرجعان السابقان (البنية، وشرح فتح القدير).

(٤) المغني ٤/٥.

(٥) مغني المحتاج ٢/٢١٣.

(٦) الرجوع السابق، ونهاية المحتاج ٦/٥.

(٧) المبسوط ١١/١٩٦، والبنية ٦/٨٣، وشرح فتح القدير ٣٨٢/٥.

وحا ابن عابدين ٤/٣٠٦.

بمال في حق المسلم ، فتتعدم المساواة بينهما ، فالذي يمح أن يشتري برأس مال خُموراً وخنازير والمسلم لا يمح ، ودون المساواة لا تكون الشركة مفاوضة ، ألا ترى: أن المفاوضة لا تصح بين الحر والعبد^(١)؛ لانعدام المساواة بينهما^(٢).

القول الثالث : يجوز أن يشارك المسلم اليهودي والنصراني بشرط

ولاية المسلم للمال وعدم خلو اليهودي والنصراني بالمال دونه .

وهو قول : المالكية^(٣) ، والحنابلة^(٤) .

وبه قال : الحسن^(٥) ، والثوري^(٦) .

روى عن : إياس بن معاوية^(٧) .

وقد استدلوا بالسنة والمعقول :

أولاً : أما السنة فيما روي عن عطاء^(٨) بن أبي رباح قال : " نهى رسول

الله - صلى الله عليه وسلم - عن شاركة اليهودي والنصراني إلا أن يكون الشراء

والبيع بيد المسلم^(٩) .

(١) هذا عند الحنفية ، وتجاوزت المالكية؛ الرقم المقدم ؛ والدونة الكبرى ٧٠/٥ .

(٢) البسوط ١١١/١٩٧ ، والنهاية ٦/٨٤ ، ٨٥ ، شرح فتح القدير ٥/٣٨٣ .

(٣) الدونة الكبرى ٧٠/٥ .

(٤) المغني ٥/٣ ، والكنافي في فقه أحد ٢/٢٥٧ ، والإيضاح ٥/٤٠٧ ،

وكشاف القناع ٣/٤٩٦ ، شرح منتهى الإرادات ٢/٣١٩ ، والروض المربع

٢٠٩ .

(٥) حنف ابن أبي شيبة ٦/٩ (٢٣) ، والمغني ٥/٣ .

(٦) المرجع السابق (المغني) .

(٧) حنف ابن أبي شيبة ٦/١٠ (٢٧) ، والمحلى ٨/١٢٥ .

(٨) الدونة الكبرى ٧٠/٥ .

(٩) رواه الخلال (أبهكر : أحد بن محمد) بإسناده ، عن عطاء ،

وأخرجه ابن أبي شيبة موقوفاً من طريق ليث قال : كان عطاء وطاوس

ومجاهد يكرهون شركة اليهودي والنصراني إلا إذا كان المسلم هو الذي

يرى الشراء والبيع .

وأخرجه أيضاً موقوفاً عن عطاء ، وفيه إنقطاع : سحنون التوخي ، كما أخرجه =

ثانياً : وأما المعقول : فلأن العلة في كراهة ما خلوا به معاملتهم بالربا، صبح الخمر والخنزير^(١) . وهذا منتف فيما حضره المسلم أو وليه^(٢) .

القول الرابع : يجوز للمسلم مشاركة اليهودي والنصراني ، ولا يحل لهما من البيع والتصرف إلا ما يحل للمسلم . وهو قول الظاهرية^(٣) .

وقد استدلوا : بأنه لم يأت قرآن ولا سنة بالمنع من ذلك^(٤) . وقد " عامل رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أهل خيبر - وهم يهود - بنصف ما يخرج منها على أن يعطوها بأموالهم وأنفسهم^(٥) . فهذه شركة في الثمن ، والنزع ، والفرس^(٦) .

= ابن أبي شيبة موقوفاً من طريق ليث، عن عطاء بن أبي رباح قال :
" لا تشارك اليهود والنصراني ، ولا يروا عليك في صلاتك ، فإن فعلوا فهم مثل الكلب " ؛ المغني ٤/٥ ، وصنف ابن أبي شيبة ٩/٦ ، (٢٥) (٢٢) ، والمدونة الكبرى ٧٠/٥ .

- (١) المغني ٤ ، ٣/٥ .
- (٢) الرجوع السابق .
- (٣) المعلى ١٢٥/٨ .
- (٤) الرجوع السابق .

(٥) أخرجه بالفاظ متعددة من حديث عبد الله بن عمر : البخاري ، وسلم ، وأبو داود ، والترمذي ، وابن ماجه ، وأحمد ، والدارمي ، والبيهقي ، وغيرهم ، صحيح البخاري ١١٣/٣ ، وصحيح مسلم ١١٨٦/٣ - ١١٨٨ ، (١٥٥١) ، وصن ابن داود ٢٦٢/٣ ، ٢٦٣ ، (٣٤٠٩ و ٣٤٠٨) ، وصن الترمذي ٦٦٦/٣ ، ٦٦٧ (١٣٨٣) ، وصن ابن ماجه ٨٢٤/٢ ، ٨٢٥ (٢٤٦٧) ، وسند أحمد ١٧/٢ و ٢٢٢ و ٣٧ ، وصن الدارمي ٢٧٠/٢ ، والصن الكبرى ١٣/٦ .

- (٦) المعلى ١٢٥/٨ .

وقد " ابتاع رسول الله - صلى الله عليه وسلم - طعاماً من يهودي
بالمدينة ، ورهنه درهمه ، فمات - عليه السلام - وهي رهن عنده " (٢)

(١) الرهن لغة يطلق على الثبوت والدوام ، وعلى الحبس . جمع : رهان
رهون ورهْن . وشرعاً : المال الذي يجعل وثيقة بنحو يمكن
استيفائه منه بشرطه ؛ المغرب ٢٠٣ رهن ، والمصباح الضير ١/٢٤٢ ،
والقاموس المحيط ٢٣١/٤ ، ٢٣٢ ، ومعجم لغة الفقهاء ٢٢٢ ، وطلبة
الطلبة ٢٩٧ ، وأنيس الفقهاء ٢٨٩ ، والإختيار ٢/٦٢ ، والبنائبة
٦٤٥/٩ ، وجمع الأنهر ومع بدرالمتقى ٥٨٤ /٢ ، وتكلمة شرح
فتح القدير ٦٤/٩ ، ٦٥ ، وكفاية الأخيار ١/١٦٢ ، ١٦٣ ، ومنهني
المحتاج ٢/١٢١ ، وإعانة الطالبين ٣/٤٨ ، وحا قلبه ٢/٢٦١ ،
والمغني ٤/٣٦١ ، والإنعاف ٥/١٣٧ ، والروض المربع ١٩١ ، ونيل
الأوطار ٥/٣٥٢ .

(٢) روي بالفاظ متعددة من حديث عائشة ، وأنس بن مالك ، وابن عباس ،
وأسماء بنت يزيد ، إلا أن الذي شمل حتى الوفاة إنما حديث ابن عباس
وأسماء برواية لحديث عائشة عند البيهقي ، ورواية لحديث أنس عند
أحمد ، واسم اليهودي : ((أبو الشعم الظفري)) ،
فحديث عائشة : أخرجه البخاري ، وسلم ، والنسائي ، وابن ماجه ،
وابن الجارود ، وأحمد ، والبيهقي .
وحديث أنس : أخرجه البخاري ، والنسائي ، والترمذي ، وابن ماجه ،
وأحمد ، والبيهقي .
وحديث ابن عباس : أخرجه النسائي ، والترمذي ، وأحمد ، والدارمي
والبيهقي .
وحديث أسماء : أخرجه ابن ماجه ، وأحمد . وغير هؤلاء أخرج هذا
الحديث ، وفي حديث أسماء : شهر بن حوشب كثير الإرسال والأوهام ؛
قال النسائي : ((ليس بالقوي)) ؛ صحيح البخاري ٣/٨٢ ، ١١٥ ، ١١٦ ،
وصحيح مسلم ٣/١٢٢٦ (١٦٠٣) ، وسنن النسائي ٧/٢٨٨ و ٣٠٣ ،
وسنن ابن ماجه ٢/٨١٥ (٢٤٣٦ - ٢٤٣٩) ، والسنن لابن الجارود
٢٢٣ (٦٦٤) ، والسنن الكبرى ٦/١٩ ، ٣٦ ، وسند أحمد ١/٢٣٦ ،
٣٠٠ و ٣٠١ و ٣٦١ ، و ١٠٢/٣ و ١٣٣ و ٢٠٨ و ٢٣٨ و ٤٢/٦ ،
و ١٦٠ و ٢٣٠ و ٤٥٣ و ٤٥٧ ، و سنن الترمذي ٣/٥١٩ ، ٥٢٠ =

فهذه تجارة اليهود جائزة ، ومعاملتهم جائزة ، ومن خالف
هذا فلا برهان له (١) .

المناقشة والترجيح :

المناقشة الأولى : مناقشة القول الأول :

توثق القول الأول : بأن قول ابن عباس محمول على معاملتهم
بالرأى، ومع الخمر والخنزير ، وهذا مثبت فيما حضره المسلم أو وليه،
فإن ابن عباس علق بكونهم يهود ، كما روي عنه (٢) أنه قال : " لا تشارك
يهودياً ولا نصرانياً ولا مجوسياً " - ثم بين العلة في ذلك بقوله : " لأنهم
يهود ، والرأى لا يحل " (٣) .

وهو قول واحد من الصحابة لم يثبت انتشاره بينهم (٤) ، وهم
لا يحتاجون به (٥) .

وقولهم : ((إن أموالهم غير طيبة)) : لا يصح (٦) ؛ فإن النبي
- صلى الله عليه وسلم - قد عاملهم (٧) ، ورهن درعه عند يهودي على شعير

= (١٢١٤ ، ١٢١٥) ، وسنن الداري ٢/٢٥٩ ، ٢٦٠ ، وسنن
الشافعي ٢/١٦٣ ، ١٦٤ ، ومصنف ابن أبي شيبة ٦/١٧ ، ١٨ ، وتقريب
التهذيب ١/٣٥٥ ، والضعفاء والمتروكين ١٣٤ .

(١) المحلى ٨/١٢٥ .

(٢) الدونة الكبرى ٥/٧٠ ، والمهذب ١/٣٥٢ ، والمغني ٥/٤ .

(٣) رواه الأثرم عن أبي حمزة - عمران بن أبي عطاء - عن ابن عباس ، وأخرجه

ابن أبي شيبة بلفظ : قلت لابن عباس : إن رجلاً جلاباً يجلب الفشم ،
وإنه ليشارك اليهودي والنصراني قال : " لا يشارك يهودياً ... الأثرم " .

والبيهقي ، كما أخرجه سحنون التنوخي من طريق : أشهل بن حاتم ؛
الرجع السابق ، ومصنف ابن أبي شيبة ٦/٨ (٢١) ، والسنن الكبرى

٥/٣٣٥ ، والدونة الكبرى ٥/٧٠ .

(٤) المغني ٥/٤ .

(٥) الرجع السابق .

(٦) الرجع السابق .

(٧) سبق تخريجه ؛ ص ٣٨٣ (٥) .

أخذه لأهله^(١) . وأرسل إلى آخر يطلب منه ثوبين إلى المسيرة^(٢) .
 وأضافه يهودي بخبز وإهالة^(٣) سِنَّخَة^(٤) .
 والنبي - صلى الله عليه وسلم - لا يأكل إلا طيباً^(٥) .
 وأما ما يأموه من الخمر والخنزير قبل شارة السلم : فثمنه
 حلال^(٦) ؛ لا اعتقادهم حله^(٧) ، ولهذا قال عمر بن الخطاب - رضي
 الله عنه - : « ولو هم بيوعها وخذوا أثمانها^(٨) » .

(١) سبق تخريجه ؛ ص ٣٨٤ (٢) .

(٢) أخرجه مطولاً من حديث عائشة وفيه ما في العلب : الترمذي ، والنسائي ،
 وفي الباب حديث عائشة ، وابن عباس ، وأنس بن مالك ، وأسامة بنت يزيد ،
 وتقدم تخريجها (١) هنا ، والمسيرة : الغني ؛ حنن الترمذي
 ٥١٨/٢ (١٢١٣) ، وسنن النسائي ٢٩٤/٧ ، والمعجم الوسيط
 ١٠٧٧/٢ مسر .

(٣) الإهالة : الدهن تكون على الرقعة رقيقة ، وقيل : « ما أذيب من
 الشحم والإلية » ، وقيل : « كل دسم جامد » ، وقيل : « ما يؤتمم به
 من الأدهان » ؛ المعجم الوسيط ٣١/١ ، أهل ، وعارضه
 الأحوزي ٢١٧/٥ ، وفتح الباري ١٤١/٥ .

(٤) أخرجه أحد من حديث أنس أن يهودياً دعا النبي - صلى الله عليه
 وسلم - إلى خبز شعير وإهالة سِنَّخَة فأجابه . بدون ذكر
 « يهودياً » واليهيقي ، وذلك بلفظ : « دعني نبي الله » . وانظر حديث أنس
 ص ٣٨٤ (٢) .

والسِنَّخَة : المتغيرة الرائحة ؛ سند أحمد ٢١٠/٣ ، ٢١١٠ ، ٢٧٠
 و ٢٣٨ ، والسنن الكبرى ٣٦/٦ ، ٣٧ ، وعارضه وفتح (٣) هنا .

(٥) المغني ٤/٥ .

(٦) الرجوع السابق .

(٧) الرجوع السابق .

(٨) أخرجه عبدالرزاق مطولاً في حنيفة عن سويد بن غفلة وفيه الشطر
 الأول أما الثاني فالمعنى ؛ ١٩٥/٨ (١٤٨٥٣) .

فأما ما يبيعه أو يشتريه من الخمر بمال الشركة أو المضاربة؛ فإنه يقع فاسداً ، وعليه الضمان^(١) ؛ لأن عقد الوكيل يقع للموكل، والمسلم لا يثبت ملكه على الخمر والخنزير^(٢) ، فأشبهه ما لو اشترى به مئة أو قائل بالربا ، وما خفي أمره فلم يُعلم فالأصل إباحته وجله^(٣) .

كما نُوقش في القول الأول قول أبي يوسف : ((بأن لا يتصرف في الخمر والخنزير إذا كان مفاوضاً للمسلم))^(٤) : بأن المعنى الذي لأجله كان ينفذ تصرفه في الخمر والخنزير إذا كان مفاوضاً للمسلم هو اعتقاد المالية والتقوّم فيه، وذلك لا ينعدم بالمفاوضة مع المسلم، فلا بد من القول بنفوذ التصرف عليه ، وهذا بخلاف المفاوضة بين الكتابي والمجوسي ؛ لأن من جعل الموقوذة مالاً متقوّمًا في حقهم لا يفعل بين الكتابي والمجوسي فيتحقق المساواة بينهما في التصرف^(٥) .

فإن قيل : لا يتحقق المساواة فإن الكتابي يُؤاجر نفسه للذبح والنضحية والمجوسي لا يؤاجر نفسه لذلك ؛ لأن ذبيحته لا تحل^(٦) .

قلنا : لا كذلك، بل كل واحد منهما يتقبل ذلك العمل على أن يقيه بنفسه أو بنائبه، وإجارة المجوسي نفسه للذبح صحيح يستوجب به الأجر ، وإن كان لا تحل ذبيحته ، فأما بين الحنفي والشافعي فتتحقق المساواة ؛ لأن الدلالة قامت على أن متروك التسمية عدلاً ليس بمال متقوم، ولا يجوز التصرف فيه من الحنفي والشافعي جميعاً ؛ لثبوت ولاية الإلزام بالمحاجة له ، والدليل فيتحقق المساواة بينهما في المال والتصرف، وإنما كرهه أبو يوسف

(١) المغني ٤/٥ .

(٢) الرجوع السابق .

(٣) الرجوع السابق .

(٤) ص ٣٧٩ سطر : (٩٤٨) .

(٥) المسوط ١١/١٩٧ .

(٦) الرجوع السابق .

لأن في المفاوضة الوكالة، وبكره للمسلم توكيل الذي بالتصرف له (١).

كما نُوقش في القول الأول قول أبي يوسف : ((كالمفاوضة بين
الحنفي والشافعي مع التفاوت فيما يملكان . وكذا بين الكناهي والمجوسي؛
فإن المجوسي يتصرف في المؤونة ؛ لأنه يعتقد ماليتها دون الكناهي، وكذا
الكناهي يُؤاجر نفسه للذبح دون المجوسي)) (٢).

بأن ضمهم من جعل المؤونة مالاً متقوماً في حقهم، فلا فصل بين
المجوسي والكناهي، فتتحقق المساواة في التصرف (٣).

وأما مؤجرة نفسه للذبح فكل منهما من أهل أن يتقبل ذلك العمل،
على أن يعمل بنفسه أو نائبه، وإجارة المجوسي نفسه للذبح جائزة ليستوجب
بها الأجر، وإن كان لا يعمل ذبيحته (٤).

وأما الحنفي والشافعي فالمساواة ثابتة ؛ لأن الدليل على كونه ليس
مالاً متقوماً قائم ، وولاية الإلزام بالمعاجة ثابتة باتحاد الملة، والاعتقاد، فلا
يجوز التصرف فيه للشافعي كالحنفي (٥).

وقد جُوز أبو حنيفة ومالك معاطة اليهود والنصارى ، وإن أعطوه
دراهم الخمر والربا ، وكراهة شاركتهم حيث لا يُوقن بأنهم يعطون بما لا يحل .
مع العلم بأنهم يستحلون الحرام ، كما أن في المسلمين من لا يُبالى
من أين أخذ المال ، إلا أن معاطة الجميع جائزة مالم يوقن حراماً ، فإذا
أيقن حرم أخذه من كافر أو مسلم (٦).

ويمكن مناقشة القول الأول : بالدليل العقلي في القول الثالث وهو
العلة في الكراهة، إلا أنه منقوض بما أذكر من شعور الكافر بعلو المسلم ما

(١) الرجوع السابق ص ١٩٢ ، ١٩٨ .

(٢) ص ٣٧٩ (١) و ٣٨٠ ص (٣-١) و ٣٨٧ (٦) الموضح فتح القدير ٣٨٣/٥ .

(٣) الرجوع السابق .

(٤) الرجوع السابق .

(٥) الرجوع السابق .

(٦) المحلى ١٢٥/٨ .

يؤدي إلى انهيار الشركة ودخول الخيانة فيها .

المناقشة الثانية : مناقشة القول الثاني :

يُرد على القول الثاني قول أبي حنيفة ومحمد بما ورد في القول

الأول .

المناقشة الثالثة : مناقشة القول الثالث :

يُمكن مناقشة القول الثالث : بأن شرط تولي المسلم يؤدي إلى

عدم الشركة ، وشعور الكافر بالمهانة ، ما قد يسبب الضرر للمسلم ،
فقد يحتاج إلى الشركة .

وأثر عطاء : يحمل على التجارة في دار الإسلام ، وما يستغنى

فيه عن شراكة الكافر بالمسلم .

المناقشة الرابعة : مناقشة القول الرابع :

يُمكن مناقشة القول الرابع بما أوردته على القول الثالث ، وأدلة القول

الرابع يدل على جواز المعاطة لا الشركة ، إلا أنها لا يدل على أنه لا يحمل
لها من البيع والتصرف إلا ما يحمل للمسلم .

والشطر الثاني من القول الرابع يُمكن مناقشته بهذا ، وما ذكرت من

مناقشة القول الثالث .

وهذا أميل إلى جواز شراكة اليهودي والنصراني مع الكراهة ، إلا إذا

كانت في دار الحرب فيجوز للمسلم أن يشارك الكافر ، خاصة إذا كان لا يوجد

بين المسلمين من يستطيع أن يحل محل الكافر ، لا سيما في عصرنا هذا ، ومثاله :

ما إذا شارك مسلم كافرًا في صنع في أمريكا مثلاً؛ لصناعة الطيران والصواريخ

على فرض إمكانه وحالنا المعاصر، ونحوه، ما يُعجز عنه في ديارنا ، مع توفر

الخبرات في تلك الديار الكافرة .

ثم الشركة ليست فيما هو محرم عند المسلمين فقد تكون في غير الخمر ،

والخنزير ، بل قد يكون هذا اليهودي أو النصراني لا يتعامل بذلك .

المحك الثاني : أثر الشبهة في المضاربة (١)

وقيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : شبهة الكذب .

المطلب الثاني : شبهة الحطيطة .

المطلب الثالث : شبهة الزيادة .

(١) المضاربة في اللغة : مأخوذة من الضرب في الأرض ، وهو السفر للتجارة ، تقول : ((ضرب)) : سار ، ((وضارب)) : انجر ، والضرب : الخروج ، والإسراع ، والذهاب ، ونسى قراضاً ومعاطة ؛ فمضاربة عند العراقيين ، وقراضاً عند الحجازيين . وفي الشرع : عقد على المال الذي يتجر به المخصوص ببعض ربحه . وهي نوع من شركة العقود عند الحنابلة ، في حين أفردوا الحنفية والمالكية والشافعية بكتاب مستقل، إلا أن المالكية والشافعية سموه : ((كتاب القراض)) ، وقد أجمع أهل العلم على جوازها في الجملة ؛ المغرب ٢٨١ ضرب ، والقاموس المحيط ٩٨/١ ، ٩٩ ، ومعجم لغة الفقهاء ٤٣٤ ، وطلبه الطلبة ٣٠١ ، وأنيس الفقهاء ٢٤٧ ، والنهاية ٦٥٣/٧ ، ومجمع الأنهر ومعه بدر المتقى ٢ / ٣٢١ ، وجواهر الإكليل ١٧١/٢ ، ومنح الجليل ٣١٦/٧ - ٣١٩ ، وروضة الطالبين ١١٧/٥ ، وكفاية الأخيار ١٨٦/١ ، ومنغني المحتاج ٣٠٩/٢ ، ٣١٠ ، والمنغني ١٤/٥ و ٢٦ ، والروض السبع ٢٠٩ ، ٢١٠ ، وأحكام الشركات ٦٣ ، والمعاملات المدنية والتجارية ١٧٦ .

المطلب الأول : شبهة الكذب .

وذلك فيما إذا اشترى المضارب المتاع بألف درهم، ثم قال لرجل: أبيعك هذا المتاع مراهجة بريح مائة على ألفي درهم ، ولم يسم رقماً ولا غيره ، فاشتراه برقمه ، ثم علم أن المضارب كان اشتراه بألف درهم .

ذهب الحنفية : إلى أن البيع لازم بألفي درهم ومائة درهم ، ولا بأس للمضارب بما صنع^(١) ؛ لأنه ما باعه مراهجة على رأس ماله فيه ، بل باعه مراهجة على ألفي درهم ، وإنما يكره أن يتكلم بالكذب أو بما فيه شبهة الكذب . فأما إذا خلا كلامه عن ذلك فلا بأس ببيعه، وقد باعه بثمن مُسَمَّى معلوم فيجوز .^(٢)

(١) المسوط ٧٤/٢٢ و ٧٥ .

(٢) الرجوع السابق .

المطلب الثاني : شبهة الحطيطة .

وذلك إذا دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة، فاشترى بها جارية،
ثم باعها بألفين، واشترى بألفين جارية تُساوي ألفي درهم من الغريم^(١) .
قال الحنفية : لا بأس بأن يبيعها مرابحة ولا يبيّن أن شبهها
كان ديناً^(٢) ، فليس فيه شبهة الحطيطة ، بخلاف ما إذا صالحه على هذه الجارية صلحاً ،
فإنه لا يبيعها مرابحة حتى يبيّن^(٣) ؛ لأن الشراء سني على الاستقراء ، والملح
سني على التجاوز بدون الحق على ما بينت^(٤) ، فعند ذلك لفظ الملح
يُمكن شبهة الحطيطة ، والشبهة كالحقيقة في النع من بيع المرابحة ؛
لأنه سني على الأمانة^(٥) .

(١) أي الديون ، فالغريم : الدائن والديون ضد ؛ القاموس المحيط

١٥٨/٤ فرم ، والمعجم الوسيط ٦٥٢/٢ .

(٢) المسوط ٧٥/٢٢ .

(٣) الرجوع السابق . وتقدم توضيح مسألة الملح ص ٣١٤ .

(٤) ص ٣١٤ .

(٥) مرجع (٢) هنا .

المطلب الثالث : شبهة الزيادة .

وذلك فيما إذا اشترى بألف المضاربة جارية نسبية سنة وأراد

أن يبيعها مراهقة .

وفي مقصدان :

المقصد الأول : اشترى بألف المضاربة جارية نسبية سنة .

اختطف أهل العلم - رحمهم الله - في هذا المقصد :

القول الأول : جائز .

وهو قول الحنفية^(١) ؛ لأن في يده من مال المضاربة مثل

شعبها ، فلا يكون هذا استمداً على المضاربة ، والشراء بالنسيئة من

عادة التجار كالشراء بالنقد^(٢) .

القول الثاني : لا يتصرف العامل نسيئة بلا إذن من المالك ،

فإن أذن جاز .

وهو قول الشافعية^(٣) ؛ لأنه ربما هلك رأس المال ، فتهبى

العهد متعلقة بالمالك فيتضرر^(٤) .

القول الثالث : لا يجوز للعامل أن يشتري بنسيئة ولو

أذن له رب المال في ذلك .

وهو قول المالكية^(٥) ؛ لأنه يكون ضامناً ، فالربح له ولا شيء

منه لرب المال ؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - : " نهى عن ربح مالم يضمن^(٦) .

فكيف يأخذ رب المال ربح ما يضمنه العامل في ذمته^(٧) .

(١) المرجع السابق ، والهداية ٣ / ٢١٠ ، والإختيار ٣ / ٢٠ ، والنهاية ٢ / ٢٠٢ .

(٢) المسوط ٢٢ / ٧٥ .

(٣) مغني المحتاج ٢ / ٣١٥ .

(٤) المرجع السابق .

(٥) الخرشي ٦ / ٢١٦ .

(٦) سبق تخريجه ؛ ص ١٠٥ (٢) .

(٧) الخرشي ٦ / ٢١٦ .

القول الرابع : إن اشترى في الذمة لزم العامل دون رب المال
إلا أن يجيزه فيكون له .

هذا ظاهر كلام الخرقي (١)

وقال القاضي (٢) : إن أطلق الشراء ولم يذكر رب المال فكذلك .

وإن صرح للبائع أنني اشتريته لفلان فالبيع باطل أيضاً (٣)

والمصواب : القول الأول ، وهو ما قرره الحنفية ؛ لما ذكر ضمن

أدلتهم ، وبها يمكن مناقشة القول الثاني .

وأما القول الثالث فيمكن مناقشته بأن الريح بينهما على ما شرطناه ،

واستحقاق كل الريح لا يكون إلا بعد أن يصير رأس المال ملكاً له (٤)

وأما القول الرابع فلا يخرج عن القول الثاني .

صناه على هذا القول الأول :

(١) المغني ٤٣/٥ .

وهو : أبو القاسم ، عمر بن الحسين بن عبدالله الخرقي . فقيه حنبلي ،

من أهل بغداد ، رحل عنها لما ظهر فيها سب الصحابة . توفي بدشق

سنة أربع وثلاثين وثلاثمائة هـ ، مؤلفاته كثيرة احترقت وتبقى منها : ((مختصر

الخرقي)) . ونسبه الخرقي : إلى بيع الخرق ؛ تأريخ بغداد ٢٣٤/١١

و ٢٣٥ ، وطبقات الحنابلة ٢/٧٥ - ١١٨ ، والأعلام ٤٤/٥ ، واللباب

في تهذيب الأنساب ٤٣٥/١ .

(٢) هو: أبو يعلى ، محمد بن الحسين بن محمد بن خلف بن الفراء . ولد سنة

ثمانين وثلاثمائة هـ ، عالم صره في الأصول والفروع وأنواع الفنون ، زاهد ،

ورع ، خفيف ، قنوع ، شيخ الحنابلة ، من أهل بغداد ، توفي سنة ثمان وخمسين

وأربعمائة هـ . من مصنفاته الكثيرة : ((الأحكام السلطانية ، والعدة في

أصول الفقه)) ؛ تأريخ بغداد ٢/٢٥٦ ، وطبقات الحنابلة ٢/١٩٣ - ٢٤٠ ،

وشرحات الذهب ٣/٣٠٦ ، ٣٠٧ ، والأعلام ٦/٩٩ ، ١٠٠ .

(٣) المغني ٤٣/٥ .

(٤) مجمع الأنهر ٢/٣٢١ ، ٣٢٢ .

العقد الثاني : هل له أن يبيعها مرابحة على الألف ؟ .

- لا يبيعها مرابحة على الألف مالم يبين عند: الحنفية^(١) ، والمالكية^(٢) ، والشافعية^(٣) ،
والحنابلة^(٤) على ما ذكرت في البيع موضحاً ضمن شبهة الخيانة^(٥) ، لما في
الـشـراء بالنسيئة من شبهة الزيادة على ثمن الشئ^(٦) .

(١) المسوط ٢٢٢ / ٧٥٠ . وبنأ على قولهم في : ((الشراء نسيئة ثم البيع بريح)) ؛ ص ٢٨١ (١) .
ضمن بحث : شبهة الخيانة ؛ ص ٢٧٢ .
(٢) بنأ على ما في الرقم السابق ؛ لكن رقم (٢) هناك .
(٣) كالسابق لكن رقم (٣) هناك .
(٤) كالسابق لكن رقم (٤) هناك .
(٥) ص ٢٧٢ (البحث الخامس) .
(٦) المسوط ٢٢٢ / ٧٥٠ .

المبحث الثالث : أثر الشبهة في المزارعة (١)
وفيه مطلبان :

- المطلب الأول : شبهة الخبث .
- المطلب الثاني : شبهة العقد .

(١) بضم الميم ، مفاعلة من النزاعة ، تقول : «زرع الله الحرث» أنبتته وأنماه ، والزرع ما استتبت بالبذر ، تقول : «حصدت الزرع أي النبات. والمزارعة من ذلك، وهي المعاملة على الأرض ببعض ما يخرج منها . هذا لغة أما عند الفقهاء فهي عند الحنفية : عقد على الزرع ببعض الخارج . وعند المالكية : عبارة عن الشركة في الزرع . وعند الشافعية : المعاملة على الأرض ببعض ما يخرج منها والبذر من المالك . وعند الحنابلة : دفع الأرض إلى من يزرعها أو يعمل عليها والزرع بينهما . وتسمى مخابرة ، ومحاولة ، وتسمية أهل العراق القراح . وقال بعض الحنفية وظاهر نص الشافعي : أن المزارعة والمخابرة عقودان مختلفان، وهو المواب ، فالمخابرة عند الشافعية : المعاملة على الأرض ببعض ما يخرج منها والبذر من العامل . وذهب بعض الشافعية إلى أنها بمعنى واحد . والمزارعة جائزة في قول كثير من أهل العلم . وهو قول المالكية ، والحنابلة ، وأبي يوسف ومحمد من الحنفية، وطلبه الفتوى عندهم ، وابن خزيمة وابن المنذر والخطابي وغيرهم من علماء الشافعية . ومأثلة عند أبي حنيفة ، والشافعي ، والمختار الجواز ؛ المغرب ٢٠٧ زرع ، والمصباح المنير ٢٥٢/١ ، والقاموس المحيط ٣/٣٥ ، ومعجم لغة الفقهاء ٤٢٣ ، وطلبه الطلبة ٣٠٤ ، وأنيس الفقهاء ٢٧٣ ، والإختيار ٣/٧٤ ، ٧٥ ، والبنية ٦٩٨/٨ - ٧٠٠ ، ومجمع الأنهر وسعه بدر المتقى ٤٩٨/٢ ، ٤٩٩ ، وحا ابن عابد بن ٢٧٤/٦ ، وقوانين الأحكام الشرعية ٣٠٧ ، ولفظة السالك ١٧٨/٢ ، والشر الداني ٥٣٢ ، وحا العدوي على كفاية الطالسب ١٩٦/٢ ، هروضة الطالبين ١٦٨/٥ ، وكفاية الأخيار ١٩٤/١ ، والمغني ٤١٦/٥ ، ٤١٧ ، والإتصاف ٤٨١/٥ ، والروض المربع ٢١٣ .

المطلب الأول : شبهة الخسب .

وذلك فيما إذا استحق العامل الخراج .

قال الحنفية : صاحب البذر يستحق الخراج بسبب أنه

نماه ملكه لا بالإجارة ، والذي ليس بصاحب البذر يستحق الخراج

بالشرط ، وهو عقد الزراعة^(١) ؛ فإن هذا العقد إذا كان صحيحاً

يجب البدل التام ؛ فالخراج على الشرط ، وإن لم تخرج الأرض شيئاً

فلا شيء للعامل .

وإذا كان العقد فاسداً فيكون الخراج كله لصاحب البذر ؛

لأنه نماه ملكه ، ولا يستحق البدل التام ، ولكن يجب أجر المثل

بمقابلة منفعة الأرض ، وذلك لصاحب الأرض ، فله مثل أجر أرضه عندما

يكون البذر من قبل العامل .

أو منفعة العامل ، وذلك إذا كان البذر من قبل رب الأرض ؛ لأن

العامل لم يرض ببذل المنفعة من غير عوض ؛ فللعامل أجر مثله لا يزداد

على مقدار ما شرط له من الخراج .

وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف .

لكن عند محمد : يجب أجر المثل بالتمام ما بلغ^(٣) .

وعليه : فالزراعة إذا فسدت على ثلاثة أحوال : إما أن يكون

البذر جميعه من صاحب الأرض ، أو من الزارع ، أو منهما .

فإذا كان البذر من صاحب الأرض فيستحق الخراج ؛ لأن البذر

له ، فيكون الزرع (الخراج) كله له طيباً ، ولا يتصدق بشيء ؛ لأنه

(١) تحفة الفقهاء ٢٦٤/٣ .

(٢) ص ١٧٠ (١) .

(٣) المرجع السابق ص ٢٦٥ منه أيضاً ، والهداية ٥٦٦/٤ ، وإختيار ٧٧٥٧٦/٣ ،

والهناية ٧٢١/٨ - ٧٢٥ ، ومجمع الأنهر ٥٠٢/٢ ، وما ابن عابد بن

نماء ملكه ، وقد حصل في أرضه ، وعليه مثل أجر المزارع .
 وإن كان البذر من العامل (المزارع) فيستحق الخارج ؛ لكون البذر
 له ؛ فإن الزرع (الخارج) كله له بقدر بذره وقدر ما غرم من أجر مثل
 الأرض والمؤن يطيب له (فيأخذ قدر بذره وقدر أجر الأرض) ؛ لأنه أدى
 عوضه ، ويتصدق بالفضل على ذلك ؛ لأنه وإن تولد من بذره لكن في
 أرض غيره بمقد فاسد ، فأورث شبهة الخبث ، ففساد الملك في منافع
 الأرض أوجب خبثاً فيه ، فمأسلم له بمعوض طاب له ، وما لا عوض له
 تصدق به ، وهو الفضل .

وإذا كان البذر خبثاً جميعاً فالزرع جميعاً نعمة لرب الأرض ونعمة
 للمزارع ، فما كان لرب الأرض فهو طيب له ويدفع من ذلك نصف أجر
 مثل المزارع .

وأما المزارع فيأخذ بذره من نصيبه ، وما أنفق فيه ، وعليه أجر
 مثل الأرض التي دفع فيها بذره وبأخذه من نصيبه أيضاً ، ويتصدق
 بالفضل (١) .

(١) المراجع السابقة ، والنتف في الفتاوى ٥٥٣/٢ ، ٥٥٤ .

المطلب الثاني : شبهة العقود .

قال الحنفية : إذا دفع الرجل إلى رجل أرضاً وذرّاً بزرعهما سنة هذه على أن للمزارع ثلث الخارج ثلثه من نصيب أحدهما بعينه ، والثلثان من نصيب الآخر فهذا جائز^(١) ، وله ستة من ثمانية عشر سهماً ، والباقي بين صاحبي الأرض ، خمسة أسهم منه للذي شرط للمزارع الثلثين من نصيبه وسبعة للآخر^(٢) .

وإذا اشترط للمزارع الثلث ولم يزد على هذا كان الزرع بينهما
أثلاثاً^(٣) .

وإذا اشترط الثلث للمزارع ثلثه من نصيب هذا بعينه ،
والثـلـث من نصيب الآخر ، وما بقي بين صاحبي الأرض نصفين للمزارع
الثلث ستة من ثمانية عشر ، والباقي بينهما ، لأحدهما خمسة وللآخر سبعة^(٤) ،
كما خرّجنا^(٥) ، واشترط الناصفة فيما بينهما فيما باطل^(٦) ؛ لأن الذي شرط
للمزارع ثلثي الثلث من نصيبه باشرط الناصفة في الباقي يستوجب من نصيب
صاحبه سهماً واحداً ليكون ستة له من الباقي ، ولصاحبه ستة ، واستيهاب المعدوم
باطل ، وهو طمع منه في غير مطمع ، ولأنه طمع في شيء من نصيب
صاحبه من الخارج من غير أن يكون له أرض ولا بذر ولا عمل ، وقد المزارعة إنما
كان بينهما وبين المزارع ، والشرط الباطل فيما بينهما لا يؤثر في العقد الذي بينهما
وبين المزارع^(٧) .

أما إذا دفع رجل إلى رجلين أرضاً بينهما نصفين ليزرعها ببذرهما
وعظهما ، على أن لصاحب الأرض ثلث الخارج ثلثه من نصيب أحدهما بعينه وثلاث

(١) المسوط ٨٩/٢٣ .

(٢) الرجوع السابق ، ودليل ذلك مطروح فيه .

(٣) كالمسابق ، وص ٩٠ منه .

(٤) الرجوع السابق .

(٥) قبل قليل .

(٦) مرجع (٤) .

(٧) الرجوع السابق .

من نصيب الآخر فهو جائز^(١)؛ لأنه أجر الأرض منهما بجزء معلوم من الخارج، وفاوت بينهما ذلك الأجر، وذلك مستقيم؛ فإنه لا تتفرق الصفقة في حقه بهذا التفاوت، فإذا حصل الخارج كان له الثلث ستة من ثمانية عشر، والباقي بين العاطلين على اثني عشر سهماً خمسة للذي شرط لرب الأرض ثلثي الثلث من نصيبه؛ لأن نصيبه كان تسعة، وقد أوجب للمزارع من ذلك أربعة فبقي له خمسة، والآخر إنما أوجب لرب الأرض سهمين من نصيبه، فبقي له سبعة^(٢).

فإذا كانا اشترطا أن الباقي بعد الثلث بينهما نصفان، فهذه مزارعة فاسدة^(٣)؛ لأن الذي شرط ثلثي الثلث من نصيبه لرب الأرض شرط لنفسه سهماً من نصيب صاحبه؛ ليستوي به، وكان صاحبه عاقده عقد المزارعة في نصيبه بهذا السهم الذي شرط له وشرط عليه معه، وذلك يفسد لعقد المزارعة، بخلاف الأول فهناك ليس بين صاحبي الأرض شبهة عقد كهذه^(٤)، فاشتراط أحدهما لنفسه سهماً من نصيب صاحبه استيهاب للمعدوم، وإذا فسد العقد كان الخارج بين المزارعين نصفين ولرب الأرض أجر مثل أرضه أخرجت الأرض شيئاً أولم تُخرج^(٥).

فإن قيل: كان ينبغي أن لا يفسد العقد بينهما حين رب الأرض؛ لأن الفساد ممكن فيما بينهما، ولم يتمكن في العقد الذي فيما بينهما حين رب الأرض^(٦).

(١) الرجوع السابق .

(٢) الرجوع السابق .

(٣) الرجوع السابق .

(٤) الرجوع السابق .

(٥) الرجوع السابق .

(٦) الرجوع السابق .

قلنا : العقد كله صفقة واحدة، بعضه شروط في البعض،
 فيمكن المفسد منه، وفي جانب منه يفسد الكل، ثم قد يمكن المفسد
 بينهما وبين رب الأرض من وجه، وهو أن الذي شرط الثلثين لرب الأرض
 من نصيبه كأنه شرط ربع ذلك على صاحبه ليستوي به فيما بقي،
 واشتراط شيء من الأجر في الإجارة على غير المستأجر يكون مفسداً
 للإجارة (١).

(١) الرجوع السابق و ص ٩١ منه .

المبحث الرابع : أثر الشبهة في الإجارة (١).
وفيه أربعة مطالب :

المطلب الأول : شبهة الحرمة .

المطلب الثاني : شبهة الربا .

المطلب الثالث : شبهة العقد في استيفاء المنافع .

المطلب الرابع : شبهة الملك .

(١) بكسر الهمزة في المشهور ، وُحكي ضمها وفتحها ، وهي في اللغة : اسم للأجرة ، من أجره إذا أعطاه ، والأجرة : كراه الأجير ، وما يستحق على عمل الخير ، ومنه الأجر ، وهي شذقة منه ، وهو العوض ، ومنه سعي الثواب أجراً . وقيل : الإجارة اسم للإثابة . ثم اشتهرت في العقد ، فهي في اللغة بيع المنافع ، تقول : ((أجر زيد داره من محمد)) إذا عقدا عقداً بينهما على أن لزيد عوض مقابل منفعة محمد منها . وشرعاً : عقد على منفعة بعوض بشروط مخصوصة . وهذا عند الشافعية ، وهو يشمل تعريفات الفقهاء ؛ المغرب ٢٠ أجر ، ولسان العرب ١٠/٤ ، والمعجم الوسيط ٦/١ ، ومعجم لغة الفقهاء ٤٢ ، ٤٣ ، وطلبة الطلبة ٢٥٣ ، وأنيس الفقهاء ٢٥٩ ، والإختيار ٥٠/٢ ، والبنابة ٨٦٧/٧ ، ٨٦٨ ، وجميع الأنهر ٢/٣٦٧ ، ٣٦٨ ، وجواهر الإكليل ١٨٤/٢ ، وضح الجليل ٤٣١/٧ ، وكفاية الأخيار ١/١٩١ ، ومغني المحتاج ٢/٣٣٢ ، وإعانة الطالبين ومعها فتح المعين ٣/١٠٩ ، وحا قلوب ومعها شرح الضعاج ٣/٦٧ ، والمغني ٥/٤٣٣ ، والإنصاف ٣/٦ ، والروض الربيع ٢١٤ .

المطلب الأول : شبهة الحرمة .

وذلك بأن استأجر أرضاً ليزرعها بزراعة أرض أخرى (١) .

اختلف أهل العلم - رحمهم الله - في هذا :

القول الأول : يجوز .

وهو قول المالكية (٢) ، والشافعية (٣) ، والحنابلة (٤) ؛ فإن

المنافع في الإجارة بمنزلة الأعيان في البيع ، حتى جازت الإجارة بأجرة دين على المؤجر ، ولو لم تكن المنافع بمنزلة الأعيان لكان ذلك ديناً بدين ، وهو لا يجوز ؛ فالإجارة بأجرة دين لا تصير ديناً بدين ، ثم الأعيان يجوز بيع

(١) المسألة أطلق عليها شبهة الحرمة بموجب عدم تجوز بيع بعض الفقهاء لها ، وهم الحنفية إلحاقاً لها بالنساء ، ففيه شبهة الحرمة ، والثابت بالدلالة كالثابت بالعبرة على ما يأتي بعد قليل ، فثبت بهذا الإلحاق شبهة الحرمة ، فحرمت الحنفية بموجب أنها مندرجة تحت ربا النساء ، ومن هذا المنطلق يمكن إلحاقها بشبهة الربا ، في حين أجازها الجمهور بدون حرمة على ما يأتي هنا .

(٢) بالرجوع إلى كتب المالكية لم أجد هذه المسألة منصوصاً عليها في مراجعهم وقد ذكر هذا القول لهم في النهاية ١٦٨/٧ ، ومجمع الأنهر ٣٨٩/٢ ، ولعل الأحناف ذكروها لهم بموجب قاعدة : ((الجنس بانفراده هل يحرم النساء)) . وهو الصواب .

فعند الأئمة الثلاثة : لا يحرم . وعند الحنفية : يحرم ؛ وقد سبق توضيحه ص ١٩٩ (١-٣) و ٢٠٤ (١) ، وقد قرر صاحب مدار

المتقى ((هذا الكلام حيث قال : ((والأصل : أن بيع الشيء بجنسه نسيئة حرام ، فإجارة المنفعة بالمنفعة إنما تجوز إذا اختلفا لا إذا اتحدا)) ٣٨٩/٢ . المذهب ٤٠٦/١ ، وانظر الرقم السابق ، وقد ذكر هذا القول لهم في : « الهداية مع تكملة شرح فتح القدير ٥٤/٨ ، والنهاية ١٦٨/٧ ، ومجمع الأنهر ٣٨٩/٢ » .

(٤) بالرجوع إلى كتب الحنابلة لم أجد هذه المسألة منصوصاً عليها في مراجعهم ، وقد ذكر هذا القول لهم في «مجمع الأنهر ٣٨٩/٢» ، ولعل الأحناف ذكروها لهم على ما في الرقم قبل السابق .

بعضها ببعض فكذلك النافع (١)

القول الثاني : لا يجوز أصلاً

وهو قول الحنفية (٢) ، فإن الجنس بانفراده يحرم النساء
 هندنا (الحنفية) (٣) ، فصار حكم هذه الإجارة كحكم بيع الثوب القوهي
 بالثوب القوهي نسيئة ، وإنما لم يجز البيع هنا ؛ لأن أحد وصفي علة
 الرها كافي في حرمة النساء وهو الجنس ، فكذا في النافع إذا وجد فيها
 الجنس يحرم ، وإلى هذين الحكمين ، وهما حكم استئجار الأرض لزراعتها
 بزراعة أرض أخرى وما أشبهها ، وحكم بيع القوهي بقوهي : أضاف محمد
 ابن الحسن ، وهو ما روي أن ابن ساعة (٤) كتب من بلخ إلى محمد
 ابن الحسن في هذه السألة : وقال : ((لم لا يجوز إجارة سكني دار
 بسكني دار)) ؟ فكتب محمد في جوابه : ((أنك أطلت الفكرة فأصابتك
 الحيرة ، وجالست الحنائي (٥) فكانت منك زلة ، أما علمت أن السكني
 بالسكني كبيع القوهي (الدين) بالقوهي (بالدين) نساء)) ، وقد كان

(١) المهذب ١/٤٠٦ ، والهداية مع تكملة شرح فتح القدير ٨/٥٤ ، والبنية
 ٩٦٨/٧

(٢) الجامع الصغير ٣٦٠ ، والهداية ٣/٢٤٣ ، والبنية ٧/٩٦٧ ، ٩٦٨ ،
 وتكملة شرح فتح القدير ٨/٥٤ ، والبحر الرائق ٧/٢٩٨ ، وتكملة ٨/٢٨
 ومجمع الأنهر ٢/٣٨٩ ، وحا ابن عابد بن ٦/٦٠

(٣) الهداية ، والبنية ، شرح فتح ، والبحر ، وتكملة ، وحا ابن عابد بن
 (٢) هنا وتقدم توضيح هذه السألة ؛ ص ١٩٧ - ٢٢٠

(٤) هو أبو عبد الله ، محمد بن ساعة بن عبد الله بن هلال بن وكيع بن بشر
 النسيبي ، ولد سنة ثلاثين ومائة هـ ، فقيه ، محدث ، أصولي ، حافظ ،
 ولي القضاء ببغداد ، من مؤلفاته : ((أدب القاضي)) ، و ((نوادر المسائل
 عن محمد بن الحسن)) في ألفوف من الأوراق . توفي سنة ثلاث وثلاثين
 ومائتين هـ ؛ الفهرست ٢٨٩ ، وتاريخ بغداد ٥/٣٤١ - ٣٤٣ ، وأخبار
 أبي حنيفة وأصحابه ١٥٤ ، ١٥٥ ، والفوائد البهية ١٧٠ ، ١٧١ ، والجواهر
 المضية ٣/١٦٨ - ١٧٠ ، ومعجم المؤلفين ١٠/٥٧

(٥) اسم محدث ؛ شرح فتح القدير ٨/٥٥ . ولم أقف على غيره هذا أو ما في الملب عنه .

الحنائي ينكر الخوض على ابن سماعه في هذه المسائل ويقول : ((لا برهان لكم عليها)) (١)

طريق آخر في فساد الإجارة المذكورة : وهو أن الأولى أن يقال : إن الإجارة إنما شرعت على خلاف القياس لحاجة الناس ، ولا حاجة إلى استتجار النعمة بمنفعة من جنسها ، فلا حاجة عند اتحاد الجنس ، لأنه كان متكباً من السكنى قبل ذلك العقد ، فلا يحصل بالعقد إلا ما كان متكباً منه باعتبار ملكه ، فمقصوده حصل بما هو له من غير مبادلة ، والكمال من باب الفضول ، والإجارة ما شرعت لا بتفناء الفضول ، فإذا استوفى أحدهما النعمة في المسألة فعليه أجر المثل في ظاهر الرواية عند الحنفية .

بخلاف ما إذا اختلف جنس النعمة بأن استأجر ركوباً بلبوس لنحقق الحاجة فيجوز . (٢)

المنافسة والترجيح :

مناقشة القول الثاني :

أولاً : نُوقِش الطريق الأول من استعمال القول الثاني : بأن فيه

بحث من وجهين :

الوجه الأول : أن النساء ما يكون عن اشتراط أجل في العقد ،

وتأخير النعمة فيما نحن فيه ليس كذلك .

والوجه الثاني : أن النساء إنما يتصور في مبادلة موجود في الحال

بما ليس كذلك ، وفيما نحن فيه ليس كذلك ، فإن كل واحد منهما ليس بموجود ، بل يحدثان شيئاً فشيئاً .

وأجيب عن الأول : بأنهما لما أقدا على عقد يتأخر المعقود عليه

فيه ، ويحدث شيئاً فشيئاً ، كان ذلك أبلغ في وجوب التأخير من الشروط ، فالحق

(١) النهاية ١٦٩/٧ ، وتكلمة شرح فتح القدير ٥٤/٨ ، ٥٥ ، وتكلمة البحر

الرائق ٢٨/٨ .

(٢) الهداية ٢٤٣/٣ ، والنهاية ١٦٩/٧ ، وتكلمة شرح فتح القدير ٥٦/٨ ،

وتكلمة البحر الرائق ٢٨/٨ .

به دلالة احتياطاً عن شبهة الحرمة . إلا أن فيه نظر ، وذلك لأن في النساء شبهة الحرمة، فبالإلحاق به تكون شبهة الشبهة، وهي ليست ببحرمة .
والجواب : أن الثابت بالدلالة كالثابت بالعبارة، فبالإلحاق تثبت شبهة لا شبهتها .

وهن الثاني : بأن الذي لم تصحبه الباء يقام فيه العين مقام النفعة ضرورة تحقق المعقود عليه دون ما تصحبه، لفقدانها فيه، ولزم وجود أحدهما حكماً وعدم الآخر فيتحقق النساء .

إلا أن في الجواب عن الوجه الثاني بحث من وجهين :

الأول : أنه إذا أقيم العين مقام النفعة في أحد الطرفين دون الطرف الآخر، واعتبر ذلك العين الموجود في الحال معقوداً عليه في العقد لا تتحقق المجانسة بين البدلين؛ إذ لا مجانسة بين العين والنفعة، فلا يوجد في العقد ما يحرم النساء فلا يتم المطلوب .

والثاني : أن هذا الجواب ينافي الجواب المذكور عن الوجه الأول ؛

لأن مقتضى هذا الجواب أن يكون المعقود عليه فيما نحن فيه هو العين القائم مقام النفعة ، ومقتضى ذلك الجواب أن يكون المعقود عليه فيه هو نفس النفعة؛ لأنها التي تتأخر وتحدث شيئاً فشيئاً، فكان بينهما كدافع .

فإن قيل : المعقود عليه فيه حقيقة نفس النفعة ، وحكما العين القائم مقام النفعة ، فمدار الجواب عن الأول على الحقيقة ، ومدار الجواب عن الثاني على الحكم فلا تنافي بينهما .

أجيب بأن : في جعل الحكم الأول مرتباً على الحقيقة، والثاني مرتباً على الحكم دون العكس تحكم، بل احتمال لفساد العقد ، ولم يجعل الأمر بالعكس تصحيحاً للعقد، حتى يكون أوفق بقاعدة الشرع وهي : ((وجوب تصحيح تصرف العاقل مهما أمكن)) .

ويجوز أن نسلط طريقاً آخر وهو أن يقال : الدمى أن هذه الإجارة فاسدة ؛ لأن المعقود عليه إما أن يكون موجوداً دون الآخر، أو لا ، فإن كان

لزم النساء وهو باطل ، وإن لم يكن فذلك لعدم المعقود عليه .
 إلا أن فيه كذلك بحث ؛ لأنه إن أراد بالمعقود عليه الذي رده ،
 ما هو المعقود عليه حقيقة ، وهو المنفعة يختار الشق الثاني من التردد ،
 ويكون القول : وإن لم يكن فذلك لعدم المعقود عليه غير صحيح ؛ لأن ما هو
 المعقود عليه حقيقة معدوم في كل عقد إجارة ، ولهذا كان القياس بأبسط
 جوارزه ، إلا أنا جوّزناه لحاجة الناس إليه ، فأقمنا الدار مثلاً مقام المنفعة
 في حق إضافة العقد إليها ؛ ليرتبط الإيجاب بالقبول ، فلم يكن عدم ما هو
 المعقود عليه حقيقة مطلقاً لعقد الإجارة قط ، وإن أراد بذلك ما هو
 المعقود عليه حكماً ، وهو العين القائم مقام المنفعة يختار الشق الأول من
 التردد ، ويكون القول : ((فإن كان لزم النساء وهو باطل)) (١) : غير تام ؛
 لأن النساء إنما يبطل عند اتحاد الجنس ، وعلى تقدير أن يجعل المعقود عليه
 هو العين القائم مقام المنفعة لا تتحقق المجانسة بين البديلين .

ويعترض أيضاً على القول : ((فإن كان لزم النساء وهو باطل))
 بوجه آخر ، وذلك بأن هذا لا ينتج إلزاماً على الباحث ؛ فإنه يختار هذا
 الشق وينع استلزامه للفساد ، مستنداً بأن مثله موجود في مبادلة السكنى
 بالزراعة مثلاً ، وهو جائز بالإجماع ، فليتأمل .

إلا أن هذا في غاية السقوط ؛ إذ ليس في مبادلة السكنى بالزراعة
 مبادلة الشيء بجنسه ، والذي يحرم النساء بانفراده عند الحنفية إنما
 هو الجنس لا غير ، فلا مجال لأن يقال : لأن مثل ما قيل فيما نحن فيه
 من بطلان النساء موجود في مبادلة السكنى بالزراعة ، وهذا مع ظهوره
 جداً كيف يخفى على بعض العلماء .

ثم استشكل أصل الدليل المذكور على القاعدة ؛ فإنه لو كان كذلك لما
 جاز بخلاف الجنس أيضاً ؛ لأن الدين بالدين لا يجوز وإن كان بخلاف
 الجنس ، ولأن العقد على الضافع ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوثها ،

(١) آخر سطر في الصفحة السابقة وأول سطر هنا .

على ما في القاعدة ، فقبل وجودها لا ينعقد عليها العقد، فإذا وجدت فقد استوفيت فلم يبق ديتاً، فكيف يتصور فيها النسبة، فعلم بذلك أن الاحتجاج به غير مخلص .

إلا أن كل واحد من هذين الوجهين من الاستدكال ساقط ، أما وجه الأول فلأن الدليل المذكور لا يقتضي عدم جواز العقد بخلاف الجنس ، أيضاً القول : إن الدين بالدين لا يجوز، وإن كان بخلاف الجنس مسلم ، ولكن ليس في مبادلة النافع مبادلة الدين بالدين؛ لأن النافع ليست بدين؛ إن الدين ما ثبت في الذمة والنافع لا يثبت في الذمة .

وأما وجه الثاني : فلأن الانعقاد في العقد على النافع، وإن حصل ساعة فساعة على حسب حدوث النافع، إلا أن نفس العقد وهو الإيجاب والقبول، الصادران عن المتعاقدين، مع ارتباط أحدهما بالآخر موجود بالفعل، وهو معلق معلولها الانعقاد ، وتأخر المعلول عن العلة الشرعية جائز ، فمعنى انعقاد عقد الإجارة ساعة فساعة: أن عمل العلة ونفاذها في العمل يحصل ساعة فساعة، لا أن نفس العقد يكون ساعة فساعة ؛ إذ لا شك أن الإيجاب والقبول لا يصدران عن المتعاقدين إلا مرة واحدة ، فقبل وجود النافع وإن لم يحصل الانعقاد إلا أنه يتحقق نفس العقد فحين أن يتحقق نفس العقد، وهو آن صدوره عن المتعاقدين تتحقق النسبة في النافع قطعاً، فيبطل العقد فيما إذا كان البدلان منفعة واتحد جنسهما، كما فيما نحن فيه ويبطل القول : ((فكيف يتصور فيها النسبة)) (١) .

ثانياً : وتؤقت الطريق الثاني من استدلال القول الثاني : بأننا لا نسلم انقضاء الحاجة عند اتحاد الجنس ولا حصول مقصوده بما هو له من غير مبادلة، إذ لا يخفى أن كثيراً من الناس قد يحتاج إلى سكتي بعض الدول دون بعضها، ولا يحصل مقصوده بسكتي بعضها دون بعض؛ لا اختلاف المقاصد باختلاف الأماكن بحسب تعدد البلاد ، بل بحسب تعدد الحال من بلد

(١) البنائة ١٦٩/٧ ، ١٢٠ ، وتكلمة شرح فيح القدير ٥٥/٨ ، ٥٦ ، وتكلمة

البحر الرائق ٢٨/٨ ، وما ابن عابدين ٦٠/٦ .

واحد فكم منهم يحتاج إلى السكنى في بلد آخر أو في محلة منه؛ لحصول
 حوائجه ومهامه في ذلك، ولا يحتاج إلى السكنى في بلد آخر أو في محلة أخرى
 من البلد الأول؛ لعدم حصول تلك الحوائج والمهمات هناك، اللهم إلا أن يقال:
 هذا القدر من الحاجة لا يكفي في ترك القياس، وكأنه يشار إليه بالقول:
 والحاجة لا تنس عند اتحاد الجنس، وإنما تنس عند اختلاف الجنس، والكمال من
 باب الفضول، والإجارة ما شرعت لابتغاء الفضول (١).

ثالثاً : كما يمكن أن يناقش القول الثاني - قول الحنفية - من الجنس
 ونحوه بأن الراجح أنه : لا يحرم النساء (٢).

وأما الحاجة فقد يحتاج الشخص مثل سألتنا .

وهذا أميل إلى ما قرره الجمهور، وهو القول الأول الجواز، بناءً
 على ما تقدم في مسألة : ((الجنس بانفراده هل يحرم النساء))، وهو
 ما قرره الجمهور، وهو أنه لا يحرم (٣).

فالنافع في سألتنا كالأعيان، فتجوز الإجارة بدين على المؤجر،
 وإلا لو لم تكن النافع بمنزلة الأعيان لكان ذلك ديناً بدين، ثم الأعيان
 تجوز بيع بعضها ببعض، فكذا النافع .

وهو هذا الخلاف المذكور إجارة السكنى بالسكنى، واللبس باللبس،
 والركوب بالركوب، بأن أجر داره ليسكنها يسكنى دار أخرى، يسكنها الآخر
 بمقابلتها، أو ثوباً ليلبسه بلبس ثوب آخر، ودابة ليركبها بركب دابة أخرى (٤).

(١) تكملة شرح فتح القدير ٥٦/٨ .

(٢) ص ٢١٧ قبل نهاية الصفحة .

(٣) كالسابق .

(٤) الهداية مع تكملة شرح فتح القدير ٥٤/٨ ، والنهاية ١٦٨/٧ ، ومجمع

الأنهر ٣٨٩/٢ ، والنافع الكبير ٣٦٠ ، والبحر الرائق ٢٩٨/٧ ،

وتكملة ٢٨/٨ .

المطلب الثاني : شبهة الرها .

وفيه مقصدان :

المقصد الأول : شبهة رها النساء .

تقدم فهو المطلب السابق .

المقصد الثاني : شبهة رها الفضل .

وذلك فيما إذا أجنسه داره على أن يسكنها شهراً ثم يسلمها إلى

المتأجر ، أو أرضاً على أن يزرعها ثم يسلمها إلى المتأجر ، أو دابة على أن يركبها شهراً ، أو ثوباً على أن يلبسه شهراً ثم يسلمه إلى المتأجر .^(١)

قال الحنفية : الإجارة فاسدة^(٢) ؛ لأن هذا شرط لا يقتضيه

العقد ، وأنه شرط لا يلائم العقد^(٣) ، وزيادة منفعة شروط في العقد

لا يقابلها عوض في معاوضة المال بالمال يكون رهاً ، أو فيها شبهة الرها ، وكل

ذلك مفسد للعقد .^(٤)

(١) بدائع الصنائع ٤/١٩٤ ، ١٩٥ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) تقدم كلام عن ما في الصلب ؛ ص ١٦٩ (٣) ، ثم الشرط الذي

يقتضيه العقد هو الذي يجب بالعقد بلا شرط ، كشرط الملك

للمشتري ، والذي لا يقتضيه العقد كشرط أن لا يبيع المشتري العبد

المبيع ، والداية المبيعة ، وأن يستخدم البائع العبد المبيع شهراً ،

أو يسكن الدار ، أو أن يقرضه المشتري درهماً ، أو يقطع البائع

الثوب ويخيطه قسيماً ، أو يطحن الحنطة . ولا يقتضيه العقد ؛

لأن قضية العقد الإطلاق في التصرف والتخيير لا الإلزام حتماً

والشرط يقتضي ذلك . والشرط الذي يلائم العقد هو الذي

يؤكد موجباً ، كشرط أن يعطي المشتري بالثمن رهناً أو قبلاً ،

وهو معلوم بالإشارة أو التسمية . وقيل الشرط الذي يلائم

العقد ؛ هو أن يكون راجعاً إلى صفة المبيع أو الثمن كاشتراط

الخبز والطبخ والكتابة ، والذي لا يلائم العقد مثل الخيار

والأجل ؛ النهاية ٦/٤٢٤ - ٤٣٥ ، وشرح فتح القدير ومعهد الهداية

والكفاية ٦/٧٧ - ٨٥ ، والبحر الرائق ٦/٩٢ ، ٩٣ .

(٤) بدائع الصنائع ٤/١٩٥ .

وعلى هذا يخرج أيضاً : شرط تطيين الدار ، وإصلاح ما وهى منها ، وإصلاح بئر الماء ، والبالوعة^(١) ، والمخرج ، وكبرى الأنهار ، ونحوه ، وفي إجازة الأرض وطعام العبد وعلف الدابة في إجازة العبد والدابة ونحو ذلك ؛ لأن ذلك كله شرط يخالف مقتضى العقد ولا يلائمه وفيه منفعة لأحد العاقدين^(٢) .

(١) ثقب يُعد لتصريف الماء ، جمع بواليع ولاليع ؛ المعجم الوسيط

٦٩/١ بلع .

(٢) بدائع الصنائع ١٩٥/٤ .

المطلب الثالث : شبهة العقد في استيفاء المنافع .

وذلك فيما إذا مات أحد من وقع له عقد الإجارة قبل انقضاء
المدة، وفي الأرض المستأجرة زرع لم يستحصد .
اختلف أهل العلم - رحمهم الله - في موت أحدهما قبل انقضاء
المدة :

القول الأول : الإجارة بحالها .

وهو قول المالكية^(١) ، والشافعية^(٢) ، والحنابلة^(٣) .

وبه قال : إسحاق بن راهويه^(٤) ، عثمان البتي^(٥) ، وأبو ثور^(٦) ،

وابن المنذر^(٧) .

-
- (١) الكافي ٧٤٥/٢ ، وقوانين الأحكام الشرعية ٣٠٥ .
(٢) مختصر المزني ١٢٦ ، والمهذب ٤١٤/١ ، ومغني المحتاج ٣٥٦/٢ ،
وحا البجيرمي ومعها الإقناع في ألفاظ أبي شجاع ١٧٨/٣ .
(٣) المغني ٤٦٧/٥ ، ٤٦٨ ، وإلنصاف ٦٤/٦ ، والروض المربع ٢١٧ .
(٤) المغني ٤٦٨/٥ .
(٥) المرجع السابق .

وعثمان هو : أبو عمر، عثمان البتي ، اختلف في اسم أبيه : قيل :
«سُلم» ، وقيل : «أسلم» ، وقيل : «سُلَيْمان» ، أصله من الكوفة ، وهو
من الطبقة الثالثة من فقهاء البصرة . حدث عن أنس بن مالك ،
والحسن البصري ، وعامر الشعبي ، وغيرهم ، وعنه : خلق ، قيل :
«توفي سنة ثلاث وأربعين ومائة هـ» . والبتي : بفتح الباء الموحدة
وفي آخرها التاء المثناة من فوقها ، نسبة إلى البت موضع قيل :
بنواحي البصرة ؛ التأريخ الكبير ٢١٥/٦ ، وسير أعلام النبلاء ١٤٨/٦ ،
١٤٩ ، وميزان الاعتدال ٥٩/٣ ، ٦٠ ، وتهذيب التهذيب ١٥٣/٧ ،
١٥٤ ، واللباب في تهذيب الأنساب ١٢٠/١ ، وإلحكام في أصول
الأحكام - لابن حزم - ٩٨/٥ .

(٦) المغني ٤٦٨/٥ .

(٧) المرجع السابق .

القول الثاني : تفسخ الإجارة بموت أحدهما .

وهو قول الحنفية^(١) .

وه قال : الثوري^(٢) ، والليث بن سعد^(٣) .

والصحيح الأول^(٤) ؛ فإنه عقد لازم فلا يفسخ بموت العاقد مع سلامة المعقود عليه ، كما لو زوج أمته ثم مات ، والمستأجر قد ملك النافع وملك عليه الأجرة كاملة في وقت العقد^(٥) ، فما ذكروه : ((بأن استيفاء النفعة يتعذر بالموت ؛ لأنه استحق بالعقد استيفاءها على ملك المؤجر ، فإذا مات زال ملكه عن العين فانتقلت إلى ورثته ، فالنافع تحدث على ملك الوارث ، فلا يستحق المستأجر استيفاءها ؛ لأنه ما عقد مع الوارث ، وإذا مات المستأجر لم يمكن بإيجاب الأجر في تركته)) : لا يصح^(٦) .

ثم يلزمهم : ما لو زوج أمته ثم مات^(٧) ، ولو صح ما ذكروه . لكن وجوب الأجر ههنا بسبب من المستأجر فوجب في تركته بعدموته ، كما لو حفر بئراً فوقع فيها شيء بعد موته ضمنه من ماله ؛ لأن سبب ذلك كان منه في حال الحياة كذا ههنا^(٨) .

وعلى القول الثاني الذي قرر فسخ الإجارة (وهو مذهب الحنفية) ، يترك ذلك في الأرض إلى أن يستحصد^(٩) ، ويكون على المستأجر أو على ورثته

(١) الهداية ٣/٢٥٠ ، ومجمع الأنهر ومعه بدر المتقى ٢/٤٠١ ، ٣٧٧ .

(٢) المغني ٥/٤٦٨ .

(٣) الرجوع السابق .

(٤) الرجوع السابق .

(٥) المهذب ١/٤١٤ ، والمغني ٥/٤٦٨ ، والروض المربع ٢١٧ .

(٦) المغني ٥/٤٦٨ .

(٧) الرجوع السابق .

(٨) الرجوع السابق .

(٩) بدائع الصنائع ٤/٢٢٣ ، والهداية ٤/٥٧ ، ومجمع الأنهر ومعه

بدر المتقى ٢/٣٧٧ ، وفتاوي قاضيخان ٢/٣٠٠ .

ما سقى من الأجر^(١) ، ويقسم على الشرط^(٢) ، فإن إبقائه على ما كان عليه أولى ما دامت المدة باقية^(٣) ؛ لأن في الحكم بالانفساخ وقلع الزرع ضرراً بالاستأجر ، وفي الإبقاء من غير عوض ضرراً بالوارث ، ويمكن توفير الحقين من غير ضرر بإبقاء الزرع إلى أن يستحصد بالأجر^(٤) ، فيجب القول به^(٥) . وإنما وجب السمسى استحساناً^(٦) ؛ فالتسمية تناولت هذه المدة ، فإذا مست الضرورة إلى الترك بعوض كان إيجاب العوض السمسى أولى ؛ لوقوع التراضي^(٧) .

والقياس : أن يجب أجر المثل^(٨) ؛ لأن العقد انفسخ حقيقة بالموت ، وإنما أبقيناه حكماً ، فأشبهه شبهة العقد ، واستيفاء المنافع بشبهة العقد ، فوجب أجر المثل ، كما لو استوفاهما بعد انقضاء المدة^(٩) .

المناقشة والترحيح :

يمكن أن يناقش هذا القياس: بأن الوجوب أجر المثل ؛ لانفساخ العقد : بما بينت قبل قليل من أن الصحيح أن الإجارة بحالها ، وهو قول الجمهور .

كما نوقش : ((بأن الترك بعد انقضاء المدة)) ؛ لأن التسمية لم تتناول ما بعد انقضاء المدة ، فتعذر إيجاب السمسى ، فوجب أجر

(١) المراجع السابقة عدا الهداية .

(٢) الهداية ٥٧/٤ .

(٣) مجمع الأنهر ٣٧٧/٢ .

(٤) بدائع الصنائع ٢٢٣/٤ ، والهداية ٥٧/٤ .

(٥) بدائع الصنائع ٢٢٣/٤ .

(٦) المرجع السابق

(٧) المرجع السابق .

(٨) المرجع السابق .

(٩) المرجع السابق .

المثل ، فإن الزرع يترك على الأرض بأجر المثل إلى أن يدرك ،
لأن له نهاية معلومة فيوجد في التأخير مراعاة للحقين (١) .

وهذا أميل إلى وجوب المُستق؛ بناءً على قول الجمهور ،
فقد تراضيا بالعوض المسمى ، وهو الاستحسان عند الحنفية ،
وهو قول الجمهور ، فالعقد لازم ، والمنافع ملكها الساتجر ، والأجرة
ملكها المؤجر كاملة وقت العقد .

(١) تحفة الفقهاء ٢٧١/٣ ، هداية الصنائع ٢٢٣/٤ ، ومجمع الأنهر
ومعه بدر المتقى ٣٧٧/٢ .

المطلب الرابع : شبهة الملك .

وذلك فيما إذا : زرع في أرض غيره بشبهة ملك .

قال المالكية : كان لربها كراؤها إذا استحقها ، ولم

يقطع الزرع منها (١) .

الفصل الرابع : أثر الشبهة في الغصب، والشفعة،
والوديعة، واللقيط ، والفرائض .

وفيه أربعة محات :

المبحث الأول : أثر الشبهة في الغصب .

المبحث الثاني : أثر الشبهة في الشفعة، والوديعة.

المبحث الثالث : أثر الشبهة في اللقيط .

المبحث الرابع : أثر الشبهة في الفرائض .

المبحث الأول : أثر الشبهة في الغصب (١)

وذلك في ثمانية مطالب :

- المطلب الأول : شبهة الملك .
- المطلب الثاني : شبهة المجانسة
- المطلب الثالث : شبهة عدم الملك
- المطلب الرابع : شبهة عدم الضمان
- المطلب الخامس : شبهة الإباحة .
- المطلب السادس : شبهة دفع الكراه
- المطلب السابع : شبهة عدم ضياع الحق .
- المطلب الثامن : شبهة البناء في أرض الغير .

(١) الغصب لغة : أخذ الشيء ظلماً . تقول : «غصب زيد مال عمرو» إذا أخذه قهراً وعدواناً ، و«زيد غصب جميلة» إذا زنى بها .
 أما اصطلاحاً : فهو استيلاء غير حربي على حق غيره قهراً بغير حق ؛
 الصحاح ١٩٤/١ غصب ، والقاموس المحيط ١١٥/١ ، والمعجم الوسيط ٦٦٠/٢ ، والإنصاف ١٢١/٦ ، ١٢٢ ، وانظر : روضة الطالبين ٣/٥ ، ومغني المحتاج ٢٧٥/٢ ، وشرح منهاج الطالبين وحا قليوبي وعميرة ٢٦/٣ ، والمغني ٢٣٨/٥ ، والروض العربع ٢٢١ .

المطلب الأول : شبهة الملك .
 وذلك في مقصدين :
 المقصد الأول : اشترى جارية معتقة فوطئها .

وذلك إذا قال : اشتريت الجارية من فلان فأقامت الجارية البينة

أن الأول كان أعتقها قبل أن يشتريها هذا من الغاصب :

قال الحنفية : تعتق^(١) ؛ لأنها أثبتت حرمتها بإعتاق من

كان يملكها بالحجة ، ثم يثبت بطلان البيع فيرجع المشتري على البائع

بالثمن ، وعلى المشتري العقر للجارية ؛ لأنه وطئها بشبهة الملك ، وهي

حرة ، والولد ولده بنغير قيمة ؛ لأن الولد يتبع الأم في الحرية ، وقد

ثبتت حرمتها بالبينة ، فينفصل الولد عنها حرراً بذلك السبب لا بالفروء ،

فلهذا لا يغرر قيمة الولد^(٢) .

(١) المسوط ٧١/١١ .

(٢) الرجوع السابق .

المقصد الثاني : كانت تحت يده أرض بوجه شبهة وهي فيها
سجداً أو غيره واستحققت الأرض .

قال المالكية : للمستحق أن يهدم البناء ، فله طلب الباني بأن يهدم
بناؤه وله إبقاؤه سجداً، وإذا هدمه الباني فإنه يلزمه أن يجعله في مسجد
آخر ، وعبارة «حاشية الدسوقي» : يجعل النقض في حبس مماثل للمسجد
في النفعة العامة ، سواء كان سجداً آخر ، أو قنطرة^(١) ، أو رباطاً^(٢) ،
أو سبيلاً ؛ لأن الباني داخل على التأبيد ، فقد خرج لله تعالى على
التأبيد ، فلو أخذ الباني قيمته كان ذلك بيعاً للحبس^(٣) .

أما من استحق أرضاً من يد مشتر أو غيره من ليس بغاصب - كوارث
وموهوب ولو كان ذلك المشتري اشتراها من الغاصب حيث لا علم عنده بالغصب -
بعد أن تصرف فيها بالبناء والفرس ونحوه، فإن المستحق يدفع لمن أمرها
قيمة العمارة قائماً، وذلك على التأبيد إن كان الباني المشتري مثلاً، وعلى التأبيد
المحدود إن كان الباني المستأجر أو المستعير للأرض ، ويأخذ المستحق أرضه
بما فيها، فإن أبي أن يدفع قيمة ما أمر فيها دفع إليه المشتري قيمة البقعة
لا شيء فيها . فإن أبي كانا شريكين بقيمة ما لكل واحد منهما، فالمستحق
بقية أرضه والذي أمر بقيمة عمارته ، وتعتبر القيمة في ذلك يوم الحكم على
الشهر لا يوم البناء^(٤) .

(١) هي جسر متقوس مني فوق النهر يُعبر عليه ؛ جمع قناطر ؛ المعجم
الوسيط ٧٦٨/٢ قنطر .

(٢) وهو ما يلجأ إليه الفقهاء ؛ المرجع السابق ٣٢٣/١ ربط .

(٣) المدونة الكبرى ٣٨٦/٥ ، والخرشي ومعها العدوي ١٥٧/٦ ، وحاشية
الدسوقي ١١/٤ .

(٤) حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني، وهذه ٣٢٧/٢ .

هذا إذا استحققت بطلك، وأما لو استحققت بحبس من يد صاحب
شبهة بعد أن بناها أو فرسها فليس للبانى أو الفارس إلا نقضه
أو شجره ؛ إن لا يجوز له دفع قبعة الأرض ، لأنه يؤدي إلى بيع
الوقف ، وليس لنا واحد معين يطالبه البانى بقية بناءه أو فرسه
قائماً، كان الحبس على معين أو غيره (١).

المطلب الثاني : شبهة المجانسة .

وذلك فيما إذا طحن الفاصب الحنطة .

وكذا إذا خبز الدقيق ، أو غزل القطن ، أو نسج الغزل ،
أو عصر السمسم ، أو زرع الحنطة (١) .

اختلف أهل العلم - رحمهم الله - في هذا :

القول الأول : لا يزول ملك المالك ، فلا ينقطع حقه ، بل له الخيار ،

إن شاء ترك الدقيق وضمنه حنطة مثل حنطته ، ودفع إليه الدقيق ، وإن شاء
أخذ الدقيق ولم يضمن شيئاً .

وهو رواية عن أبي يوسف (٢) ، فقد قال : أستحسن ذلك وأخالف فيه

أبنا حنيفة ؛ لأنه استصح أن يأتي غلس إلى كرحنطة إنسان ، فيطحنه ، ثم
يبب الدقيق لابنه الصغير ، فلا يتوصل صاحب الحنطة إلى شيء (٣) .

وعند أبي يوسف تضمن النعمان مع أخذه العين في أموال الرضا ،

لا يجوز (٤) ، كما هو مذهب الحنفية (٥) .

ودليل هذا أن الدقيق عين شئيه ، فيكون له أن يأخذه كما قبل

الطحن ، وهذا لأن عمل الطحن في تفريق الأجزاء لا لإحداث ما لم يكن

موجوداً ، وتفريق الأجزاء لا يبدل العين ، كالقطع في الثوب ، والذهب

والسلخ والتأريب (٦) في الشاة (٧) .

(١) المسوط ٨٦/١١ ، وتحفة الفقهاء ٩٣/٣ ، والإختيار ٦٢/٣ ، والبنية

٣٦٥/٨ ، ٣٦٦ ، ومجمع الأنهر ٤٦٠/٢ .

(٢) المسوط ٨٧/١١ ، والبنية ٣٦٧/٨ ، ومجمع الأنهر ٤٦٠/٢ .

(٣) المسوط ٨٧/١١ .

(٤) المرجع السابق .

(٥) المرجع السابق .

(٦) أي حقه وهو الحنطة .

(٧) أي التطبيع ، وهو تطبيع الشاة عضواً عضواً ؛ المعجم الوسيط ١٢/١ أرب

(٨) المسوط ٨٧/١١ .

والدليل عليه : أن الدقيق جنس الحنطة ولهذا جرى الرها بينهما ،
ولا يجري الرها إلا باقتدار المجانسة^(١) .

القول الثاني : على الغاصب مثل الحنطة ، والدقيق له ، فيملكه
وعليه الضمان ، حتى لو أراد المنصوب منه أن يأخذ عين الدقيق مثلاً
ليس له ذلك .

وهو قول الحنفية^(٢) ، ومذهب ابن القاسم من المالكية^(٣) .

وهو قول بعض الشافعية فإن منهم من قال : إن له أن يتركه
ويطالبه بمثل طعامه ؛ لأن مثله أقرب إلى حقه من الدقيق^(٤) .

روى محمد بن الحكم^(٥) عن أحمد ما يدل على أن الغاصب يملكها
بالقسيمة^(٦) .

إلا أنه قول قديم رجع عنه ؛ فإن محمداً مات قبل أبي عبدالله
بنحو من عشرين سنة^(٧) .

(١) المرجع السابق .

(٢) المسوط ٨٦/١١ و ١٧٢/١٢ ، ١٧٨ ، ونحفة الفقهاء ٩٣/٣ ،

والهداية ١٥/٤ ، والإختار ٦٢/٣ ، والبنية ٣٦٦/٨ ، ومجمع

الأنهر ٤٦٠/٢ ، والفتاوي الهندية ١٢١/٥ ، ١٢٤ ، ومعها

فتاوي قاضيخان ٢٥٥/٣ ، والبزاية ١٨٢/٦ .

(٣) بداية المجتهد ٣٢٠/٢ ، وجواهر الإكليل ١٤٩/٢ ، ونح الجليل

٩٥/٧ ، ٩٦ ، والخرشي ١٣٤/٦ ، ١٣٥ .

(٤) المهذب ٣٧٦/١ .

(٥) سمع من أحمد ، وكان شديد الفهم ، توفي سنة ثلاث وعشرين ومائتين هـ

قبل موت أحمد بثماني عشرة سنة ؛ طبقات الحنابلة ٢٩٥/١ ، ٢٩٦ .

(٦) المغني ٢٦٣/٥ .

(٧) المرجع السابق ؛ وطبقات الحنابلة ٢٩٥/١ .

وقد استعمل الحنفية بالسنة والمعقول :

أولاً : أما السنة فيما روي أن النبي - صلى الله عليه وسلم - كان في ضيافة رجل من الأنصار، فقدّم إليه شاة مصلية^(١)، فأخذ منها لقمة فجعل يلوّكها^(٢) ولا يسيغها ، فقال النبي - صلى الله عليه وسلم - : " إنها ذهبت بغير حق " ، فقال الأنصاري : ((كانت شاة أخسي ، ولو كانت أعزّ منها لم ينفس عليّ بها ، وسأرضيه بما هو خير منها - إذا رجع)) ، قال - صلى الله عليه وسلم - : " أطعموها الأسارى^(٣) .

- (١) لم أعرفه ، والأنصار الأوس والخزرج ، وراجع نسبهم في جمهرة أنساب العرب ص ٣٣٢ وما بعدها .
- (٢) أي مشوية ؛ المعجم الوسيط ١/٢٤٤ ص ٢٠٠ ، وطلبة الطلبة ٢٠٠ ، والمغني ٥/٢٦٣ .
- (٣) يصفها في فقه أهون المضغ ؛ المعجم الوسيط ٢/٨٥٣ لوك ، وطلبة الطلبة ٢٠٠ .
- (٤) روي بالفاظ متقاربة من حديث رجل من الأنصار ، ومن حديث أبي موسى ، فحديث الرجل أخرجه : أبو داود ، وأحمد ، والدارقطني ، ومحمد بن الحسن ، كلهم من طريق عاصم بن كليب ، عن أبيه - كليب بن شهاب - ، عن رجل من الأنصار ، قال : خرجنا مع رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في جنازة . . . وفي رواية عند الدارقطني عن رجل من مزيّنة . وحديث أبي موسى أخرجه الطبراني في الكبير والأوسط من طريق : عاصم ابن كليب ، عن أبي بردة ، عن أبي موسى : أن رسول الله زار قومًا . . . وفيه : ((بشر العريسي)) ضعيف . والأسارى : جمع أسير ، وهو الكافر الحربي يقع في يد المسلمين في حربهم إياهم ، ويطلق على : الأخذ ، والعقب ، والمسجون ، وهو المقصود هنا ، كما يجمع على أسراء ، وأسارى ؛ سنن أبي داود ٣/٢٤٤ (٣٣٣٢) ، وسند أحمد ٥/٢٩٣ ، ٢٩٤ ، وسنن الدارقطني ٤/٢٨٥ ، ٢٨٦ (٥٤ - ٥٦) ، والآثار لمحمد ص ١٤٨ ، والمعجم الأوسط ٢/٣٦٠ (١٦٢٥) ، ونص :
الراية ٤/١٦٨ ، ١٦٩ ، وجمع الزوائد ٤/١٧٢ ، ١٧٣ ،
وموسوعة النخعي ٢/٦٠ ، والصاحح ٢/٥٧٨ أسر ، ولسان العرب =

قال محمد بن الحسن : ((الأسارى عندنا : أهل السجن المحتاجين))^(١)
 فأمره بالتصدق بها ببيان منه أن الغاصب قد ملكها، وأن حق أصحابها
 انقطع عنها ؛ لأن مال الغير يحفظ عليه عينه إذا أمكن ، وشنه بعد البيع
 إذا تعذر عليه حفظ عينه ، ولم يأمر بردها عليهم ، وإنما أمر به أن يطعم
 للأسارى^(٢) .

ثانياً : وأما المعقول : فالمعنى فيه : أن هذا الدقيق غير الحنطة ،
 وهو وإنما نصب الحنطة فلا يلزمه رد الدقيق ، كمن ألتف حنطة لا يلزمه رد
 الدقيق^(٣) ، وإنما يلزمه مثله ؛ لأن مثله أقرب إلى حقه وهو الحنطة
 من الدقيق^(٤) .

وبیان المغايرة^(٥) : أنها غيران : اسماً، وهيئةً، وحكماً، ومقصوداً^(٦) .
 وكذلك يتعذر إعادة الدقيق إلى صفة الحنطة^(٧) .

وتحقيقه : أن الموجودات من المخلوقات تعرف بصورتها ومعناها،
 فتبدل الهيئة والاسم : دليل على أن المغايرة صورة . وتبدل الحكم والمقصود
 دليل على المغايرة معنى . وإذا ثبتت المغايرة فمن ضرورة ثبوت الثاني، وهو
 الدقيق انعدام الأول وهو الحنطة ؛ لاستحالة أن يكون الشيء الواحد
 شيئين ، وإذا انعدم الأول بفعله صار ضامناً مثله ، وقد ملكه بالضمان ،
 فيجعل هذا الدقيق حادثاً من ملكه، فيكون مطوكاً له ، أو يجعل حادثاً
 بفعله ، وفعله سبب صالح لحكم الطك فيصير مضافاً إليه ، ولكن بين

-
- == ١٩/٤ والقاموس المحيط ٣٧٧/١ والمعجم الوسيط ١٢/١ ولم
 أوقف على الحديث في المطبوع من المعجم الكبير للطبراني .
 (١) الآثار لمحمد ص ١٤٩ ، والمسوط ٨٧/١ ، وهنا الرقم السابق .
 (٢) المسوط في الرقم السابق ، والنهاية ٣٧٤/٨ ، ونصب الرابطة
 ١٦٨/٤ ، ١٦٩ ، والمغني ٢٦٣/٥ .
 (٣) المغني في الرقم السابق .
 (٤) المهذب ٣٧٦/١ .
 (٥) أي الدقيق غير الحنطة يختلف عنه ؛ المعجم الوسيط غير ٦٧٤/٢ .
 (٦) المسوط ٨٧/١ .
 (٧) المرجع السابق .

الدقيق والحنطة شبهة المجانسة من حيث الصورة ، وهو : أن عمل الطحن صورة تخريق الأجزاء ، صاب الربا جني على الاحتياط ؛ لبقاء شبهة المجانسة . من هذا الوجه جرى حكم الربا (١) .

القول الثالث : لا يزول ملك صاحبه عنه وبأخذه وأرش نقصه إن نقص ، ولا شيء للغاصب في زيادته ؛ فإنه لا يملك شيئاً من ذلك بل يرد على حاله وأرش النقص إن نقص . فإن ترك المصوب منه المصوب على الغاصب وطالبه بهدله لم يكن له ذلك .

وهو المذهب عند الشافعية (٢) ، والصحيح من مذهب الحنابلة (٣) ، فعين مال المصوب منه قائمة فلزم ردها إليه ، كما لو ذبح الشاة ولم يشوهها ، والشوب إذا تخرق فلا يملك المطالبة بهدله ، ولأنه لو فعله بملكه لم يزل عنه ، فإذا فعله بملك غيره لم يزل عنه ، كما لو ذبح الشاة أو ضرب النقرة دراهم ، ولأنه لا يزيل الملك إذا كان بغير فعل آدمي فلم يزله إذا فعله آدمي كالذي ذكرناه (٤) .

فعند الشافعي إن كانت قيمة الدقيق مثل قيمة الحنطة أو أكثر فلا شيء للغاصب في الزيادة ولا عليه ؛ لأنه لم ينقصه شيئاً .

وإن كانت أقل من قيمة الحنطة رجع على الغاصب بفضل ما بين قيمة الدقيق والحنطة ، فبأخذ الدقيق وبضنه النقصان إن كان ، ولا شيء للغاصب في الطحن ؛ لأنه إنما هو أثر لا عين (٥) .

وتضمن النقصان هذا عند الشافعي ؛ لأن على أصله تضمين النقصان مع

(١) الرجوع السابق ، وأيضاً ص ٨٨ منه ، والإختيار ٦٢/٣ ، والنهاية ٣٦٦/٨ .

(٢) الأم ٢٥٧/٣ ، والمهذب ٣٧٦/١ ، والوجيز ٢١١/١ ، وفتح العزيز

٣١١/١١ ، هروضة الطالبين ٤٦/٥ .

(٣) المغني ٢٦٣/٥ .

(٤) المهذب ٣٧٦/١ ، والمغني ٢٦٤/٥ .

(٥) الأم ٢٥٧/٣ .

أخذه العين في أموال الرها جائز^(١)، فهذا نقصان عين في يد الغاصب
نقصت به القيمة فوجب ضمانه كالتفويض من الطعام ، والذراع من الثوب^(٢).

القول الرابع : إن حق المنصوب منه لا ينقطع عن الدقيق، لا على
معنى أنه يتمكن من أخذ الدقيق مكان الحنطة ، ولكن يباع الدقيق فيشترى
له به حنطة مثل حنطته ، وإن مات الغاصب فالمنصوب منه أحق به من سائر
الغرماء^(٣).

وهو رواية عن أبي يوسف^(٤)؛ لأنه زال ملكه ويده بسبب لم يرض به ،
ولو زال ملكه بسبب هو راض به كالمبيع لا ينقطع حقه ، وإن أزيلت يده بغير
رضاه بأن قبض المشتري المبيع بغير إذن الباع فهنا أولى أن لا ينقطع حقه^(٥).

الناقشة والترجيح :

المناقشة الأولى : مناقشة القول الأول :

يمكن أن يناقش القول الأول في ((أنه يأخذ الدقيق دون ضمان شيء))
بضمان النقصان ودليله في القول الثالث .

وأما ما في القول الأول من القول بأن ذلك : ((كالقطع في الثوب ،
والذبح والسلخ والتأريب في الشاة))^(٦) فنؤقت بأن الدقيق غير الحنطة
بخلاف القطع في الثوب والذبح في الشاة ، فإن بالذبح لا يفوت اسم
العين ؛ فالاسم باق ، يقال : «شاة مذبوحة» ، و«شاة حية» ، فبقية
ملوكة لصاحبها . ثم بالسلخ والتأريب بعد ذلك لا يفوت ما هو المقصود بالذبح ،
بل تحقق ذلك المقصود ، فلا يكون ذلك دليل تديل العين ، فلهذا كان

(١) المسوط (١١/٨٢) ، ومجمع الأنهر ٢/٤٦٠ ، والأم ٣/٢٥٧ .

(٢) المهذب ١/٣٧٦ .

(٣) المسوط (١١/٨٦) ، والنهاية ٨/٣٦٦ ، ٣٦٧ .

(٤) الرجعان السابقان .

(٥) المسوط (١١/٨٦) ، ٨٧ .

(٦) من ٤٢٢ (٨) .

لصاحبها أن يأخذها (١).

الناقشة الثانية : مناقشة القول الثاني :

أولاً : مناقشة ماروي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - .

نُوقِشَ بِأَرْبَعَةِ وَجُوهِ .

الوجه الأول : يُمكن مناقشة ماروي عن النبي - صلى الله عليه

وسلم - بأن فيه : ((بشر العريسي)) (٢) ، وهو ضعيف على ما في تخريج الحديث (٣) .

والجواب : بأن ذلك إنما في رواية الطبراني (٤) ، وغيرها تعضدها .

الوجه الثاني : كما نُوقِشَ بأنه ليس بمعروف كما رووه ، وليس في

رواية أبي داود : * ونحن نرضيهم عنها * (٥) .

والجواب : بأنه معروف بمثل الرواية ، ففي رواية عند الدارقطني :

* وعلى أن أرضيه بأفضل منها * (٦) . وفي رواية الطبراني : * فنرضيه من لحمها * (٧) .
وعند محمد بن الحسن : * فنعطيه ثمنها * (٨) .

(١) المسوط ١١/٨٨ ، والإختيار ٣/٦٢ ، والبنية ٨/٣٦٦ .

(٢) هو: بشر بن غياث بن عبد الرحمن العريسي المعتزلي ، من أصحاب

أبي يوسف لازمه وأخذ عنه الفقه ، كان من أهل الورع والزهد ، توفي

سنة ثمان وعشرين ومائتين هـ ، والعريسي : نسبة إلى عريش قرية بمصر؛

أخبار أبي حنيفة وأصحابه ١٥٦ ، والفوائد البهية ٥٤ ، واللهاج في

تهذيب الأنساب ٣/٢٠٤ .

(٣) ص ٤٢٤ ح (٤) سطر : (٨) منها .

(٤) هو: أبو القاسم سليمان بن أحمد بن أيوب اللخمي ، ولد سنة ستين

ومائتين هـ بطبرية الشام ونسبه إليها ، كان ثقة ، صدوقاً ، واسع الحفظ ،

مميّزاً بالعلل والرجال والأبواب ، كثير المؤلفات ، من مؤلفاته : «المعاجم

الثلاثة الكبير والأوسط والصغير» ، سكن أصبهان إلى أن توفي بها سنة

ستين وثلاثمائة هـ ؛ سير أعلام النبلاء ١٦/١١٩ - ١٣٠ ، وشذرات

الذهب ٣/٢٠٠ .

(٥) المغني ٥/٢٦٤ . فذلك في مسوود في رواية أبي داود ، ص ٤٢٤ ح (٤) .

(٦) ص ٤٢٤ ح (٤) رقم (٥٥) عنده .

(٧) في السابق رقم (١٦٢٥) عنده .

(٨) في السابق عنده .

الوجه الثالث : كما يُمكن أن يُناقش : بأنه لم يأمر بالتصدق بها ، وإنما لم يجب الأكل منها ، فقال : " أطعموها الأسارى " . ولو أكل الرسول - صلى الله عليه وسلم - منها لاجترأ الناس على مثل هذا ، وذلك لأن الملك فيها خبيث ، فلا يدل على ملك الغاصب لها ، ولا يمكن ههنا أن نحفظ لمالكها فقد تغير عينها ، ثم لا يرضى بقبولها ، وأمر النبي - صلى الله عليه وسلم - : " بإطعامها الأسارى " يدل على ضمان ثمنها لا على ملكها من وقت الغصب .

الوجه الرابع : ثم إنه في غير محل النزاع ، فإنه لا يدل على أنها مفضية ، فإنها شاة أخيه ، أخذها بدون إذنه ، وله ذلك . ثم إنه مؤيد لقول الشافعي عند التسليم به .

ثانياً : مناقشة الدليل العقلي . وذلك من وجهين :

الوجه الأول : يمكن مناقشة الدليل العقلي بأنه : يؤيد أيضاً قول الشافعي ، فإن شطراً منه أنه يعطيه مثل حنطته ، ونحن نسلم المغايرة بين الدقيق والحنطة ، إلا أن الدقيق شبهه ، فله أن يأخذه بعد الطحن مثل قبله ، وإنما حدث فيه تفرق الأجزاء .

الوجه الثاني : ويُمكن أن يُناقش القول الثاني : بأن انعدام الحب بفعله ، فيضمن مثله عند اختيار المصوب منه ، ويضاف الطك في الدقيق إلى الغاصب عند أدائه الضمان . والحنطة والدقيق بينهما شبهة المجانسة ، لكن تغير عين شبهه من حنطة إلى دقيق فيخبر .

ثالثاً : مناقشة ما في القول الثاني (أنه ليس للمالك أن يأخذ عين الدقيق) : يُمكن أن يُناقش أيضاً : بضمان النقصان ودليله في القول الثالث .

المناقشة الثالثة : مناقشة القول الثالث .

يُمكن أن يُناقش القول الثالث : بأن الدقيق لا يلزمه للتغيير الذي دخلها ، وملكه باق إلا أنه بالخيار ، فإن له أيضاً أن يضمنه مثل حنطته ؛ لما في القول الثاني .

المناقشة الرابعة : مناقشة القول الرابع .

يُمكن مناقشة القول الرابع بأن بيع الدقيق ثم شراء حنطة له به نظير اختياره حنطة مثل حنطته ، وإذا زال ملكه ويده بسبب لم يرض به وهو الغصب ، فإن أحب أخذ مثل حنطته ، ونحن نقول بعدم انقطاع حقه . فالقول الرابع غير سليم ، وذلك لما في القول الثاني والثالث ، وإذا زال ملكه ويده بسبب لم يرض به فله أن يضمنه مثل حقه وله أن يأخذه مع النقص .

وهذا أميل إلى أن المالك بالخيار إن شاء ضمنه حنطة مثل حنطته ، وإن شاء أخذ الدقيق وضمنه النقصان إن كان فيه نقصان ، فإن الدقيق ملكه ، والضمان ؛ لأن النقصان حصل بسبب الغاصب . وإذا نقصت عنه وهي قاعة وأحب أن يأخذها فما المانع مع النقص .

أما ضمان الحنطة فلما في القول الأول والثاني .

وأما أخذ الدقيق وضمن النقصان فلما في القول الثالث . والمالك قد يربد بيع الحنطة فلا يرضى بالدقيق . وقد يرضى بالدقيق؛ فإنه يرفب أن يطحن الحنطة ويجعلها دقيقاً .

المطلب الثالث : شبهة عدم الملك .
 وذلك في ثلاثة مقاصد :
 المقصد الأول : انتفاع الغاصب بالمغصوب وعند حصول

فضل فيه .

اختلف أهل العلم - رحمهم الله - في أنه هل يباح له الانتفاع
 به، بأن يأكله بنفسه أو يطعمه غيره قبل أداء الضمان، فإذا حصل فيه
 فضل هل يتصدق بالفضل ؟

القول الأول : لا يحل له الانتفاع حتى يرضى صاحبه، فيؤدي
 بدله ، وإن كان فيه فضل يتصدق بالفضل فلا يطيب له .
 وهو قول أبي حنيفة ومحمد (٢) .

واستدل أبو حنيفة ومحمد بالسنة والمعقول :

أولاً : أما السنة فيما روي " أن النبي - عليه الصلاة والسلام - أضافه
 قوم من الأنصار ، فقدموا إليه شاة مصلية ، " فجعل - عليه الصلاة والسلام -
 يمضغه ولا يسيغه " ، فقال - عليه الصلاة والسلام - : " إن هذه الشاة
 لتخبرني أنها ذهبت بغير حق " ، فقالوا : « هذه الشاة لجار لنا ذهبناها
 لترضيه بثمنها » . فقال : - عليه الصلاة والسلام - : " أطعموها الأسارى (٣) .
 أمر - عليه الصلاة والسلام - بأن يطعموها الأسارى ، ولم ينتفع به ،
 ولا أطلق لأصحابه الانتفاع بها ، ولو كان حلالاً طيباً لأطلق مع خاصتهم
 وشدة حاجتهم إلى الأكل (٤) ، فأفاد أمره بالتصدق زوال ملك المالك وحرمة
 الانتفاع للغاصب قبل الإرضاء (٥) .

(١) وهو المثل أو القيمة ؛ النهاية ٣٦٦/٨ .

(٢) بدائع الصنائع ١٥٣/٧ ، والهداية ١٤/٤ ، ١٥ ، والإختيار ٦٢/٣ ،

والنهاية ٣٦٦/٨ ، ٣٦٧ ، ٣٧١ ، ٣٧٢ ، وفتاوي قاضيخان ٢٥٥/٣ ،
 والفتاوي الهندية ١٢١/٥ .

(٣) سبق تخريجه ؛ ص ٤٣٤ (٤) .

(٤) بدائع الصنائع ١٥٣/٧ ، والهداية ١٥/٤ .

(٥) المرجع السابق (الهداية) ، والإختيار ٦٢/٣ ، والنهاية ٣٧٤/٨ .

ثانياً : وأما التعمول : فلأن الطيب لا يثبت إلا بالملك المطلق،
وفي هذا الملك شبهة العدم ؛ لأنه يثبت من وقت الغصب بطريق الاستناد ،
والمستند يظهر من وجه ، ويقتصر على الحال من وجه ، فكان في وجوده من
وقت الغصب شبهة العدم ، فلا يثبت به الحل والطيب (١)
ولأن الملك من وجه حصل بسبب محظور أو وقع محظوراً بائتمامه
فلا يخلو من غيب (٢)

ولأن إباحة الانتفاع قبل الإرضاء يؤدي إلى تسليط السفهاء على أكل
أموال الناس بالباطل، فيفتح باب الغصب والظلم ، وفتح باب الظلم على
الظلمة ، وهذا لا يجوز - فيحرم قبل الإرضاء حسماً لمادة الفساد (٣)
وإذا أدى البذل يباح له ؛ لأن حق المالك صار موفى بالبذل
فحصلت مبادلة بالتراضي (٤)

القول الثاني : محل له الانتفاع ، ولا يلزمه التصديق بالفضل إن كان
فيه فضل ، فيطيب له .

وهو قول : أبي يوسف (٥) ، والحسن (٦) ،

-
- (١) بدائع الصنائع ١٥٣/٧ .
(٢) المرجع السابق .
(٣) المرجع السابق ، والهداية ١٥/٤ ، والإختيار ٦٢/٣ ، والبنية ٣٧٥/٨ .
(٤) المرجع الثلاثة السابقة (الهداية ، الإختيار ، والبنية) .
(٥) بدائع الصنائع ١٥٣/٧ ، والهداية ١٤/٤ .
(٦) المرجعان السابقان ، الهداية ص ١٥ ، والبنية ٣٧١/٨ .
ومافي الملب هو : أبو علي الحسن بن زياد اللؤلؤي ، الكوفي ، أخذ الفقه
عن أبي حنيفة وصحبه فكان عالم رواياته مع امتياز به حسن الخلق، إلا أنه
ضعيف الحديث . ولي القضاء بالكوفة سنة أربع وتسعين ومائة هـ إلى أن
استعفى ، أخذ عنه الفقه محمد بن سماعة ، ومحمد بن شجاع الثلجي ، وعلي
الرازي ، وغيرهم ، وقد كتب اثني عشر ألف حديث، يحتاجها أهل الفقه ،
من مؤلفاته : ((المجرد والأمال)) ، توفي سنة أربع ومائتين هـ ، ونسبته إلى
اللؤلؤ؛ الجوهر وينسب إليه من يبيعه ؛ الهداية والنهاية ٢٥٥/١٠ =

(١) وزفر ، وروي عن أبي حنيفة^(٢) ؛ لأن المصوب مضمون لا شك فيه ، وهو ملوك للغاصب من وقت الغصب على أصل الحنفية ، فلا معنى للمنع من الانتفاع، وتوقيف الحل على رضا غير المالك، كما في سائر أملاكه^(٣) .

ألا ترى: أنه لو وهبه أو باعه جاز ؛ لأنه ملكه بوجه محظور، فصار كالمقبوض على وجه بيع فاسد حيث يصح بيعه .^(٤)

ويطيب له الريح ؛ لأنه ربح ما هو مضمون وملوك ، وربح ما هو مضمون غير ملوك يطيب له عند أبي حنيفة^(٥) ، فربح الملوك المضمون أولى^(٦) .

الناقشة والترحيح :

الناقشة الأولى : مناقشة القول الأول .

يُمكن أن يُناقش الحديث (أطعموها الأسارى) بما نُوقش به في السألة السابقة .

الناقشة الثانية : مناقشة القول الثاني .

يُمكن أن يُناقش القول الثاني بأن (المصوب مضمون) نعم ، لكن لا يحل له الانتفاع إلا بعد التأكد من أداء الضمان ، لكلا تضع الحقوق ، بادعاء

= والفوائد البهية ٦٠ ، ٦١ ، وشدرات الذهب ١٢/٢ ، ومرآة الجنان ٢٩/٢ ، وميزان الإعتدال ٤٩١/١ ، والمغني في ضبط أسماء الرجال ٢١٨ ، واللباب في تهذيب الأنساب ١٣٦/٣ .

(١) المراجع السابقة ، والإختيار ٦٢/٣ ، وفتاوي قاضيخان ٢٥٥/٣ .
(٢) الهداية ١٥/٤ ، والإختيار ٦٢/٣ ، والبنية ٣٧١/٨ ، ٣٧٢ ، وفتاوي قاضيخان ٢٥٥/٣ .

(٣) بدائع الصنائع ١٥٣/٧ ، والمراجع السابقة عدا فتاوي قاضيخان .

(٤) الهداية ١٥/٤ ، والإختيار ٦٢/٣ .

(٥) بدائع الصنائع ١٥٣/٧ .

(٦) المرجع السابق .

كل أحد أداه الضمان ، وملكه فيه ناقص ، ففيه شبهة عدم الملك .
 وأنه (ملوك للغاصب من وقت الغصب على أصل الحنفية) : بأن
 بعض متقدمي الحنفية يقول : سبب الملك للغاصب تقرر الضمان عليه ؛
 لثلا يجمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد . وظلّ ؛ لأن الملك عند
 الحنفية بثوته من حين الغصب على ما تقدم .
 وأن بعض المتأخرين ذهب : إلى أن السبب الموجب للملك هو الغصب
 عند أداه الضمان ، فلو أبى المالك عن أخذ القيمة وأراد أخذ المغير لم يكن
 له ذلك .

وردّ بأنه وهم ؛ لعدم بثوته من وقت الغصب للغاصب حقيقة ،
 كيف ؟ وهو لا يملك الزوائد المتصلة والمنفصلة ، كالبيع الموقوف بملك
 فيه المشتري بالزوائد عند تمامه بالإجازة .

لذا قيل : إن الأسلم القول بأن الغصب موجب رد العين ، وإن لا
 فالقيمة قهراً مقصوداً بهذا السبب ، ثم الملك يثبت به للغاصب شرطاً ،
 للقضاء بالقيمة لا حكماً ثابتاً بالغصب مقصوداً .

فالمعكي أن الصحيح عند محققي الحنفية على قضية مذهبيهم أنه
 لا يملك إلا عند تراضي الخصمين بالضمان أو قضاء القاضي به أو أداه البدل^(١) .
 وأما الهبة والبيع فنغان بيع المنصوب وهبته مع العرة ؛ لقيام^(٢)
 الملك كما في الملك الفاسد ، وهو المقبوض في البيع الفاسد^(٣) .

وأما طيب الفضل فيجاب عنه بما ورد ضمن دليل القول الأول .
 وهذا أميل إلى القول الأول وهو أنه لا يحل له الانتفاع ، وعليه أن
 يتصدق بالفضل ؛ لما في هذا من الفساد ، والجرأة على الحقوق .

(١) كشف الأسرار للبخاري ٢٨٥/١ ، والبنية ٣٦٦/٨ ، ومجمع الأنهر

٤٦٠/٢

(٢) البنية ٣٧٥/٨

(٣) المرجع السابق

المقصد الثاني : غضب ألفاً فاشترى جارية فباعها بألفين،
ثم اشترى بالألفين جارية فباعها بثلاثة آلاف درهم .

اغطف أهل العلم - رحمهم الله - في هذا :

القول الأول : يتصدق بجميع الريح

وهو قول: أبي حنيفة، ومحمد (١) ورواية عن أحمد (٢)؛ لأن الطيب

كما لا يثبت بدون الضمان لا يثبت بدون الملك من طريق الأول، وفي هذا
الملك شبهة عدم الملك، فلا يفيد الطيب، فإنما يطيب بالضمان والملك
جميعاً، وقد تمكن الخلل في الملك (٤)

القول الثاني : الريح للغاصب ولا يلزمه التصديق بشيء

وهو قول المالكية (٥) وأبي يوسف (٦) وعند المالكية : لا يطيب

لغاصب المال ريحه حتى يود رأس المال على ربه، فإذا غضب مالاً فاتجر
فيه، وتما في يديه وتعلق بذمته، كان الريح له كما أن الضمان عليه، ولكنه
مكروه؛ لكونه نشأ عن مال لم يطيب قلب صاحبه به، فإنه إذا رد رأس
المال على وجهه واستحل من ربه جاز له وطاب بطيب نفس رب المال (٧)

وهذا القول الثاني؛ لأنه ربح مضمون سلوك؛ فالريح حصل على
ملكه وضمانه فيطيب له؛ لأنه عند أداء الضمان يملكه مستنداً إلى وقت الغصب،
ومجرد الضمان يكفي للطيب، فكيف إذا اجتمع الضمان والملك (٨)

(١) بدائع الصنائع ٢/١٥٤، والهداية ٤/١٤، والجامع الصغير ومعناه النافع

الكبير ٣٨٢ .

(٢) المراجع السابقة .

(٣) المغني ٥/٢٧٥، والإنصاف ٦/٢٠٨ .

(٤) بدائع الصنائع ٢/١٥٤، والنافع الكبير ٣٨٢ .

(٥) كفاية الطالب الرباني ومعناه العدوي ٢/٢٦٢ .

(٦) بدائع الصنائع ٢/١٥٤، والهداية ٤/١٤، والنافع الكبير مع الجامع الصغير

٣٨٢ .

(٧) كفاية الطالب الرباني ومعناه العدوي ٢/٢٦٢ .

(٨) بدائع الصنائع ٢/١٥٤، والنافع الكبير مع الجامع الصغير ٣٨٢ .

القول الثالث : الريح للمالك (المصوب منه) .
وهو الصحيح من الذهب عند الحنابلة^(١) .

وأدلتهم الآتي :

أولاً : احتج أحمد بن حنبل بحديث عروة بن أبي الجعد^(٢) ،
البارقي^(٣) ، وذلك " أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أعطاه ديناراً
يشترى به شاة ، فاشترى شاتين ، فباع إحداها بدينار ، فأناه بشاة
ودينار ، فدعا له بالبركة في بيعه^(٤) .
ثانياً : يُمكن أن يستدل لهم من المعقول بأنه نماه ملكه ، فصار
له كالشجرة والولد^(٥) .

القول الرابع : تصدق الغاصب بالريح أحب من أكله .
وهو قول : أشهب^(٦) من أصحاب مالك^(٧) ؛ لعل التصدق به

-
- (١) المغني ٢٧٥/٥ ، والإنصاف ٢٠٨/٦ .
(٢) المرجع السابق (الإنصاف) .
(٣) صحابي ، سكن الكوفة ، وهو أول من قضى بها ، والبارقي : بكسر
راءه ويقاف منسوب إلى بارق بن عوف بن عدي ؛ الكشاف ٢٢٨/٢ ،
وتهذيب التهذيب ١٧٨ / ٧ ، واللهاج في تهذيب الأنساب ١٠٧/١ ،
١٠٨ ، والمغني في ضبط أسماء الرجال ٤٤ .
(٤) أخرجه : أبو داود ، وابن ماجه ، وأحمد ؛ سنن أبي داود ٢٥٦/٣
(٢٣٨٤) ، وسنن ابن ماجه ٨٠٢/٢ (٢٤٠٢) ، ومسند أحمد ٣٧٦/٤ .
(٥) المهذب ٣٧٧/١ .
(٦) هو : أبو عمرو ، أشهب بن عبد العزيز بن داود القيسي العامري الجعدي ،
ولد سنة خمس وأربعين ومائة هـ ، فقيه الديار المصرية في عصره ، وكان
حسن الرأي والنظر ، صاحب الإمام مالك ، قيل اسمه : ((سكين)) ،
وأشهب لقب له . توفي في مصر سنة أربع ومائتين هـ ؛ الفهرست
٢٨١ ، وتهذيب التهذيب ٣٥٩/١ ، ٣٦٠ ، والأعلام ٣٢٣/١ .
(٧) كفاية الطالب الرباني وسعه حا العدوي ٢٦٢/٢ .

يكون كفارة لما اقترفه من إثم الغصب (١)

المناقشة والترجيح :

أولاً : مناقشة القول الثاني :

يُمكن أن يناقش دليل القول الثاني (لا يلزمه التصديق) بما نُوقش به القول الثاني في المقصد السابق .

ثانياً : مناقشة القول الثالث : أ - الحديث : (أعطاه ديناراً) .

يُمكن أن يُناقش بأن مقصدنا في الغصب والحديث في البيوع فهو في غير مانع فيه .

كما أنه برضى النبي - صلى الله عليه وسلم - ، وهذا بغير رضى المالك وإنما قهراً .

ثم إن الشائين قيمتها ديناراً فجاء عفويّاً، على غير إرادة عسرة، فنختلف القصة باختلاف الأزمان والأسواق والأحوال عنها في مقصدنا .
ب - الدليل العقلي :

يُمكن أن يُناقش (أنه نماء ملكه) بما ورد في أدلة القول الثاني .

وهذا أميل إلى القول الأول وهو أنه يلزمه التصديق به ، ففيه شبهة عدم الملك ، فلم يؤد الضمان ، ومجرد الضمان لا يكفي للطيب وإلا ضاعت الحقوق وانتشر الفساد ، فلا يحل له الانتفاع إلا بعد أداء الضمان صيانة للحقوق ، فالطيب لا يثبت بدون الملك ، وهذا ليس فيه ملك مطلق ، وإنما فيه شبهة عدم الملك ، وفي وجود الملك من وقت الغصب شبهة عدم الملك فلا يحل ويطيب .

والملك هنا إنما بسبب محظور ، ففيه خيب ، فالخلل متمكن في الملك ، وهذا فعل يُؤدّي إلى أكل الأموال بالباطل على ما بينت في المقصد السابق .

المقصد الثالث: اشترى بالدرهم المغصوة شيئاً هل يحمل

له الانتفاع به أو يلزمه التصدق ؟

جعل الكرخي^(١) ذلك على أربعة أوجه :

إما أن يشير إليها وينقد منها^(٢) .

وإما أن يشير إليها وينقد من غيرها^(٣) .

وإما أن يشير إلى غيرها وينقد منها^(٤) .

وإما أن يطلق إطلاقاً وينقد منها^(٥) .

لعلماء الحنفية في هذا ثلاثة أقوال :

القول الأول : لا يطيب في الوجوه كلها .

وهو ما ذكره أبو بكر الإسكافي^(٦) .

(١) هو: أبو الحسن ، عبد الله بن الحسين الكرخي ، الحنفي ، ولد سنة

ستين ومائتين هـ ، شيخ الحنفية بالعراق ، كان إماماً ، قانعاً ،

متعففاً ، عابداً ، صواماً ، كبير القدر ، توفي سنة أربعين وثلاثمائة هـ ،

والكرخي : نسبة إلى ((كرخ)) قرية بنواحي العراق ؛ الفوائد

البهية ١٠٨ ، ١٠٩ ، وشذرات الذهب ٣٥٨/٢ ، ومعجم المؤلفين

٢٣٩/٦ ، واللباب في تهذيب الأنساب ٩١/٣ .

(٢) بدائع الصنائع ١٥٤/٧ .

(٣) الرجوع السابق

(٤) الرجوع السابق

(٥) الرجوع السابق ، والهداية ١٤/٤ .

(٦) بدائع الصنائع ١٥٤/٧ ، والهداية ١٤/٤ .

وأبو بكر الإسكافي هو : محمد بن أحمد البلخي ، إمام كبير جليل القدر ،

من مؤلفاته: ((شرح الجامع الكبير)) ، توفي سنة ست وثلاثين

وثلاثمائة هـ ، بينما نقل في ((الفوائد البهية)) أنه توفي سنة

ثلاث وثلاثين وثلاثمائة هـ ؛ الجواهر الضية ١٥/٤ ، ١٦ ،

والفوائد البهية ١٦٠ ، ٢٣٤ ، ومعجم المؤلفين ٢٣٢/٨ ، ٢٣٣ .

وذلك : لأنه استغاد بالحرام ملكاً من طريق الحقيقة أو الشبهة
فيثبت الخبث ، وهذا لأنه إن أشار إلى الدراهم المغصوبة، فالشار إليه
إن كان لا يتعمّن في حق الاستحقاق يتعمّن في حق جواز العقد، بمعرفة
جنس النقد وقدره، فكان المنقود بدل المشتري من وجهه، نقد منها أو من
غيرها .

وإن لم يُشِر إليها ونقد منها فقد استغاد بذلك سلامة المشتري،
فتمكث الشبهة فيثبت الرجح (١) .

القول الثاني : يثبت الطيب في الوجوه كلها إلا في وجه
واحد ، وهو أن يجمع بين الإشارة إليها والنقد منها (٢) .
وهو ما ذكره الكرخي (٣) . ودليله يأتي بعد هذا .

القول الثالث : يثبت في الوجوه كلها (٤) . وهذا ما ذكره
أبو نصر الصفار (٥) ، والفتية أبو الليث (٦) ؛ فإن الواجب في ذمة المشتري
دراهم مطلقة والمنقودة بدل عما في الذمة (٧) .

أما عند عدم الإشارة فظاهر (٨) . وكذا عند الإشارة ؛ لأن الإشارة
إلى الدراهم لا تغني التعيين فالتحقت الإشارة إليها بالعدم، فكان الواجب

(١) بدائع الصنائع ١٥٤/٧ ، ١٥٥ .

(٢) الرجوع السابق ص ١٥٤ .

(٣) الرجوع السابق ، والهداية ١٤/٤ .

(٤) بدائع الصنائع ١٥٤/٧ .

(٥) الرجوع السابق .

وأبو نصر الصفار : هو أحمد بن إسحاق بن شيث ، كان من أهل بخارى،
فقيه ، أديب ، وسكن بمكة ، وكثرت تصانيفه ، وانتشر علمه بها ،
ومات بالطائف ؛ الفوائد البهية ١٤ ، ١٥ و ٢٣٨ ، والجواهر

المضية ١٤٢/١ ، ١٤٣ .

(٦) بدائع الصنائع ١٥٤/٧ .

(٧) الرجوع السابق .

(٨) الرجوع السابق .

في ذمته دراهم مطلقة ، والدراهم المنقودة بدلاً عنها فلا يخفى
المُشْتَرَى (١) .

والكرخي : كذلك يقول إذا لم تتأكد الإشارة بمؤكد، وهو النقد
نهما ، فإذا تأكدت بالنقد منها تعين المشار إليه ، فكان المنقود
بدل المُشْتَرَى فكان خبيثاً (٢) .

وهذا أميل إلى القول الأول، وهو أنه لا يطيب في الوجوه كلها .

قال في بدائع الصنائع : ((وهو الصحيح)) (٣) .

وقال في الهداية : ((وهو المختار)) (٤) .

ودليل صحته إطلاق الجواب في كتب الحنفية (٥) ، وهو عدم الطيب

بدون تقييد بإشارة ونحوها ، فإن فيه شبهة الخبث ، وأوحقيقة الخبث ،
فما استفاده إنما بالحرام ، وفي حالة ما إذا أشار إليها ونقد من غيرها
شبهة الخبث ؛ لما ذكر ضمن دليل القول الأول .

وعند القول بالطيب يؤدي إلى الفساد والاكل للأموال بالباطل

وانتعال الحيل .

ويمكن مناقشة القول الثاني والثالث بما ورد في القول الأول .

ومن مشايخ الحنفية من اختار الفتوى في القرن السادس الهجري بقول (٦)

الكرخي (القول الثاني) ؛ تيسيراً للأمر على الناس لازدحام الحرام ، وإطلاق

الجواب في بعض كتب الحنفية نُوقِش : بأنه أقرب إلى التنزه والاحتياط (٧) .

(١) المرجع السابق .

(٢) المرجع السابق .

(٣) ج ٧ ص ١٥٤ .

(٤) ج ٤ ص ١٤ .

(٥) بدائع الصنائع ١٥٥/٧ ، والهداية ١٤/٤ .

(٦) بدائع الصنائع ١٥٥/٧ .

(٧) المرجع السابق .

ولأن دراهم الغصب ستتحقق الرد على صاحبها ، وعند
الاستحقاق يفسخ العقد من الأصل ، فتبين أن المشتري
كان مقبوضاً بعقد فاسد فلم يحل الانتفاع به .^(١)

(١) المرجع السابق .

المطلب الرابع: شبهة عدم الضمان .

وذلك بأن اشترى من سوق المسلمين شيئاً مفصوباً
غير عالم بأنه مفصوب كجارة مفصوبة ولا علم له فتلف، فما القول
في ضمان المشتري غير العالم من الغاصب .
اختلف أهل العلم - رحمهم الله - في هذا المطلب على
قولين :

القول الأول : إن غصب عيناً، وباعها، وقبضها المشتري، وتصرف
فيها وتلفت عنده، فالمشتري يضمن .

وهو قول : الشافعية^(٢)، والصحيح من المذهب عند الحنابلة^(٣) .

فعندهم للمالك : أن يُضْمَنَ الغاصب ؛ أو المشتري
سواء كان المشتري عالماً أو جاهلاً ؛ فإن يد الغاصب سبب يـد
المشتري ، فيضمن الغاصب ؛ لأنه غصبها ، والمشتري ؛ لأنه
قبض مالم يكن له قبضه فصار كالغاصب .^(٥)

(١) أما إن علم فإنه يضمن باتفاق؛ المالكية، والشافعية، والحنابلة ؛ وللمزيد

راجع : الكافي ٨٤٩/٢ ، وجواهر الإكليل ١٥٢/٢ ، ومنح الجليل
١٣٤/٧ ، ١٣٥ ، والخرشي ١٤٦/٦ ، والشرح الصغير مع بلغة المالك
٢١٧/٢ ، ٢١٨ ، والمهذب ٣٨٠/١ ، ومغني المحتاج ٢ / ٢٧٩ ،
والمغني ٢٧١/٥ ، والإنصاف ١٢٠/٦ ، ١٢٣ .

(٢) الأم ٢٤٧/٣ - ٢٤٩ ، والمهذب ٣٨٠/١ ، ومغني المحتاج
٢ / ٢٧٩ ، ٢٩٥ .

(٣) المغني ٢٧٠/٥ ، والإنصاف ١٧١/٦ ، ١٧٣ ، ١٧٤ ، ١٧٧ .

(٤) المغني ٢٧٠/٥ .

(٥) المهذب ٣٨٠/١ .

أما كيفية الضمان ورجوع كل من المشتري والغاصب على الآخر
فانظره عند: الشافعية، والحنابلة في الأم ٢٤٧/٣ - ٢٤٩ ، والمهذب
٣٨٠/١ ، ومغني المحتاج ٢ / ٢٧٩ ، والمغني ٢٧١/٥ ، والإنصاف
١٧٢ / ٦ - ١٧٣ .

القول الثاني : من اشترى من الغاصب ما غصبه وهو غير عالم بالغصب فأتلفه كما لو أكل الطعام أو أبلى الثوب أو هدم البناء فإنه يضمن المشتري قيمة ما اشتراه للمغصوب منه يوم جنايته، إن كان عدداً باتفاق ، وعلى أحد التأويلين في الخطأ ؛ لأن العمد والخطأ في أموال الناس سواء . والتأويل الثاني في الخطأ : لا ضمان عليه كالمساوي الآتي (١) .

أما إذا هلك عند المشتري ما اشتراه من الغاصب بأمر مساوي

- لا دخل لأحد فيه - كذهاب عين ، أو ذهاب يد : فإنه لا ضمان على المشتري من الغاصب غير العالم ما تلف عنده بأمر مساوي للمالك (٢) ، إذا كان ما يُغاب عليه وثبت التلف ببينة . أو كان ما لا يُغاب عليه ولم يظهر كذبه في دعواه التلف ؛ لصدوره (٣) من غير تعيب المشتري فيه (٤) .

وأما إذا لم يثبت التلف ببينة في الأول، أو ظهر كذبه في الثاني فإنه يغيرم القيمة لآخر رؤية (٥) .

(١) المدونة الكبرى ٣٤٣/٥ - ٣٤٥ ، وجواهر الإكليل ١٥٢/٢ ، ومنح الجليل ١٣٤/٧ ، والخرشي ١٣٥ ، والشرح الصغير مع بلغة السالك ٢١٧/٢ ، ٢١٨ .

(٢) المدونة الكبرى ٣٤٤/٥ ، وجواهر الإكليل ١٥٢/٢ ، ومنح الجليل ١٣٥/٧ ، والخرشي ١٤٧/٦ ، والشرح الكبير وحاً الدسوقي ٤٥٧/٣ ، والشرح الصغير مع بلغة السالك وهي ٢١٧/٢ ، ٢١٨ .

(٣) الخرشي ١٤٧/٦ ، وبلغت السالك ٢١٧/٢ ، وحاً الدسوقي ٤٥٧/٣ .

(٤) جواهر الإكليل ١٥٢/٢ ، ومنح الجليل ١٣٥/٧ .

(٥) بلغة السالك ٢١٧/٢ ، وحاً الدسوقي ٤٥٧/٣ .

أما الغلة التي استغلها إذا استحقها المالك فإن المشتري غير
العالم بالغصب لا يضمن في غلة استغلها ما اشتراه فهي له ^(١) ؛ لأنه
صاحب شبهة في الحالتين (الساموي والغلة) ؛ لعدم علمه بالغصب ^(٢)،
فيفوز بالغلة ^(٣) ، والغلة لذي الشبهة للحكم به لره ؛ فالمشتري صاحب شبهة ^(٤) .
وهذا القول : قول المالكية ^(٥) .

فقد اتفق الجميع على تضمين المشتري في حالة تلفه بفعله .

أما في حالة تلفه بساموي فأميل إلى القول الأول وهو
ما قرره الجمهور وهو تضمين المشتري ؛ وذلك لأنه بدون حق لحق
غيره . وهذا فعل يؤدي إلى أكل أموال الناس بالباطل ، ويحتال به
ويتعاون به على الإثم والعدوان النهي عنه في قوله تعالى : " وَلَا
تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ " ^(٦) .

أما الغلة فعدم تضمينه صواب ؛ لما ذكرته في المبحث
الأول من الفصل الأول ^(٧) .

-
- (١) جواهر الإكليل ١٥٢/٢ ، ومنح الجليل ١٣٥/٧ ، والخروشي ١٤٦/٦ ،
١٤٨ ، والشرح الكبير مع حا الدسوقي ٤٥٧/٣ ، والشرح الصغير
مع بلغة السالك ٢١٧/٢ .
- (٢) الشرح الكبير مع حا الدسوقي ٤٥٧/٣ .
- (٣) جواهر الإكليل ١٥٢/٢ ، ومنح الجليل ١٤٥/٧ ، وحا الدسوقي
٤٥٧/٣ .
- (٤) الشرح الصغير مع بلغة السالك ٢١٧/٢ .
- أما الرجوع على الغاصب أو المشتري فانظره عند المالكية فسي :
المرجع السابق ، وبلغة ، والشرح الكبير مع حا الدسوقي ، وهي ٤٥٧/٣ .
- (٥) المراجع السابقة لهم من أول القول .
- (٦) المادة (٢) .
- (٧) ص ٨١ .

المطلب الخامس : شبهة الإباحة

وذلك في ثلاثة مقاصد :

المقصد الأول : زرع أرضاً بوجه شبهة .

الزراع في غير ملكه إما غاصب أو متعدي أو ذو شبهة .

أما الغاصب والمتعدي فطرحهما في غير هذا البحث^(١) ، لعدم

وجود شبهة التي هي محل بحثي .

أما صاحب شبهة : فكشتر، ووارث ومكتر، منهما، أو من غاصب

ولم يعلموا بالغصب^(٢) .

فمن زرع أرضاً بوجه شبهة، بأن اشتراها، أو ورثها، أو اكراها

من غاصب، ولم يعلم بغصبه ثم استحقها ربهما قبل فوات ما تُراد له تلك

الأرض لزراعته .

قال المالكية : الزرع للمزارع وليس للمستحق إلا كراء تلك السنة،

وليس له قلع الزرع ؛ لأن الزراع غير متعدي، وإنما زرع فيها بوجه شبهة .^(٣)

فإن فات الإبان فليس للمستحق على الزراع شيء من كراء تلك السنة ؛

لأنه قد استوفى منفعتها^(٤) ، والغلة : لصاحب شبهة^(٥) .^(٦)

(١) انظر : الفتاوي الهندية ١٤٣/٥ ، وقوانين الأحكام ٣٦٠ ، وجواهر

الإكليل ١٥٤/٢ ، وضع الجليل ١٥١/٧ ، وحا الدسوقي ٤٦١/٣ ،

والإنصاف ١٢٩/٦ ، ١٣١ .

(٢) جواهر الإكليل ١٥٤/٢ ، وضع الجليل ١٥٥/٧ ، والشرح الكبير مع

حا الدسوقي ٤٦٢/٣ ، والشرح الصغير مع بلغة السالك ٢٢١/٢ ،

٢٢٣ ، والخرشي ١٥٢/٦ .

(٣) المراجع السابقة ، والكافي ٨٨٤/٢ ، ٨٨٥ .

(٤) أي الأوان ؛ المعجم الوسيط ١/١ و ٣/١ ، وأب، وأبن .

(٥) الشرح الكبير مع حا الدسوقي ٤٦٢/٣ ، والشرح الصغير مع بلغة السالك

٢٢١/٢ ، ٢٢٢ ، والخرشي ١٥٢/٦ .

(٦) المراجع السابقة ، وجواهر الإكليل ١٥٤/٢ ، وضع الجليل ١٥٥/٧ .

- أما وارث غاصب علم بأن مورثه غاصب أو لم يعلم فلا غلة له عند

المالكية فليس بصاحب شبهة ؛ وضع الجليل والشرح الصغير من المراجع

السابقة .

أما إن جهل حال الزارع هل هو غاصب أم لا ؟ أو هو مشترى
غاصب أو من غير غاصب ثم استحقها شخص في إبان الزرع فقال المالكية:
«هي كالتي قبلها» أي فإن استحقها ربها قبل فوات الإبان فليس للمستحق
إلا كراهة السنة كان الزرع بلغ حد الانتفاع به أم لا ؟ وإن استحقها
بعد فوات الإبان فليس للمستحق على الزارع شيء ، حملاً له على أنه
ذو شبهة ؛ إذ الأصل في الناس عدم العداة^(١).

(١) العراجع السابقة .

المقصد الثاني : أجر الأرض من هي في يده وهو صاحب شبهة^(١)
 مدة سنين أو شهر ثم استحققت بعد ما زرعت بعض السنين وفات الإبان،
 وهي هنا شبهة استحقاق الفلة .

قال المالكية : لاشيء للمستحق من الأجرة فيما مضى ؛
 لأن ذا الشبهة يفوز بالفلة ، ويفسخ المستحق العقد إن شاء
 أو يمضي في الباقي وجواز إضائه العقد في الباقي، إن عرف نسبة
 ما ينوب الباقي من الأجرة بقول أهل المعرفة ؛ بأن اكترى الأرض ثلاث
 سنين بتسعين درهماً، وقال أهل المعرفة؛ أجرتها في السنة الأولى تسواوي
 أربعين درهماً ؛ لقوة الأرض في تلك السنة وفي السنين الباقيتين تسواوي
 خمسين فله أن يمضي العقد في السنين الأوليتين، وله أن يفسخ العقد فيهما؛
 لتكون الإجارة بثمن معلوم ، فإن لم تُعلم بأن كانت تختلف الأجرة لاختلاف
 الأرض في تلك السنين، ولم يوجد من يعرف التعديل، تعين الفسخ ولا يجوز
 الإضاءة^(٢) ، ولا خيار للمكثري- وهو دافع الشيء المستحق - بل يلزمه
 العقد ؛ لأجل خوف عهدة الاستحقاق الطارئ بعد الاستحقاق الأول ،
 فالمستحق إذا أمضى الكراء فلا كلام للمكثري في فسخه خوفاً من طرو
 استحقاق آخر ، فعليه أمضى المستحق الإجارة فيما بقي من المدة
 بعد الاستحقاق، فإنه يقضى له بأخذ أجرة ذلك الباقي حالاً من المكثري،
 فينتقد المستحق حصته من المكثري لما بقي من المدة^(٣) .

والفلة لذي الشبهة : وهو : وارث من غير غاصب بل من ذي شبهة

(١) قال المالكية : أما الغاصب إذا أكرها سنين ثم استحققت من المكثري بعد

زرعها بعض المدة فلا شيء له من الكراء ؛ حا الدسوقي ٤٦٣/٣ .

(٢) جواهر الإكليل ١٥٤/٢ ، ومنح الجليل ١٥٥/٧ ، ١٥٩ ، ١٦٠ ، والخرشي

١٥٣/٦ ، والشرح الصغير مع بلغة السالك ٢٢٢/٢ ، والشرح الكبير

مع حا الدسوقي ٤٦٣/٣ .

(٣) المراجع السابقة .

أو مجهول ، وشتر ومكتر من غاصب لم يعلم بغصبه لا وارثه؛ فإن
لا غلة له مطلقاً، كان الغاصب موسراً أو معسراً، علم بغصب مورثه أم لا،^(٢)
وكم هو به إن أعسر الغاصب^(٣)، ولا من أحيا أرضاً يظنها مواتاً فتبيّن أنها
ملوكة، فلا غلة لهم، وإن كانوا ذوو شبهة ؛ فالغلة لا تكون لكل ذي شبهة^(٤).

(١) المرجع السابقة ، وأيضاً ص ١٥٥ من جواهر ، و ١٦١ - ١٦٤ من ضح ،
و ١٥٤ من الخرخشي ، و ٢٢٣ من الشرح الصغير ، و ٢٦٤ من الشرح
الكبير .

(٢) فإذا مات الغاصب عن سلعة مفضوية واستغلها مورثه أخذها المستحق
وأخذ غلتها أيضاً منه ؛ ضح الجليل ١٥٥/٧ ، ١٥٦ ، والشرح الصغير
مع بلغة السالك ٢٢٣/٢ ، وحا الدسوقي ومعها الشرح الكبير ٤٦٣/٣ ،
٤٦٤ .

(٣) أما لو كان موسراً فالغلة تؤخذ منه ويفوز الموهوب بما استغله ؛ جواهر
الإكليل ١٥٥/٢ ، وضح الجليل ١٦٣/٧ ، والشرح الصغير مع بلغة
السالك ٢٢٣/٢ ، وحا الدسوقي ومعها الشرح الكبير ٤٦٤/٣ .

(٤) بل إنما تكون لمن أدى ثمناً أو نزل منزله فالثلاثة المذكورة ذوو شبهة،
لا يقطع غرس واحد منهم ولا يهدم بناءه، لكنه لا غلة له، فذو الشبهة الذي
له الغلة أخص من ذي الشبهة الذي لا يقطع غرسه ولا يهدم بناؤه ؛ المرجع
السابق (حا الدسوقي ومعها الشرح) ، والشرح الصغير مع بلغة السالك

المقصد الثالث : غرس ذو الشبهة كالمشتري أو المكتري من الغاصب والموهوب له منه والمستعير منه ولم يعلم واحد منهم بغصبه ، أو بنى ، وقام^(١) عليه المستحق .

قال المالكية : على المالك وهو مستحق الأرض أن يعطيه قيمته قائماً منفرداً عن الأرض ، فإن أبى المالك فللغارس أو الباني دفع قيمة الأرض بغير غرس وبناء ، فإن أبى فشريكان بالقيمة ، هذا بقيمة أرضه ، وهذا بقيمة غرسه ، أو ببناءه ، ويعتبر التقويم يوم الحكم بالشركة لا يوم الغرس والبناء ، إلا أن تكون الأرض المحبسة^(٢) على معينين أو غيرهم تستحق بعد غرسها أو بنائها وحاصله؛ أن من بنى أو غرس في أرض بوجه شبهة، ثم استعقت بحبس فليس للباني إلا نقضه ؛ فالنقض متعين لره بأن يقال له : اهدم بناءك وخذه ودع الأرض لمستحقها ؛ إذ ليس ثم من يعطيه قيمته قائماً، إلا أن يكون في بقاءه منفعة للوقف، ورأى الناظر إبقائه، فله دفع قيمته منقوضاً من ريع^(٣) الوقف، إن كان له ريع ، فإن لم يكن له ريع ودفعها من عنده كان متبرعاً ولحق الغرس أو البناء بالوقف^(٤) .

قال الحنابلة : للمالك قلع الغرس والبناء من غير ضمان النقص ولا الأخذ بالقيمة .

-
- (١) أما إن غرس أو بنى الغاصب فانظر : الهداية ١٧/٤ ، والإختيار ٦٣/٣ ، والبنية ٣٨٧/٨ ، والمدونة الكبرى ٣٦٨/٥ ، وقوانين الأحكام ٣٥٩ ، وجواهر الإكليل ١٥٠/٢ ، ١٥١ ، وضح الجليل ١٠٣/٧ ، والأم ٢٤٩/٣ ، والمهذب ٣٧٨/١ ، ومغني المحتاج ٢٩١/٢ ، والإنصاف ١٣٤/٦ ، والروض المربع ٢٢٢ ، ٢٢٤ .
- (٢) أي الموقوفة ؛ المعجم الوسيط ١٥٢/١ حبس .
- (٣) أي من غلة الوقف ؛ المرجع السابق ٣٨٧/١ راع .
- (٤) المدونة الكبرى ٣٦٩/٥ ، ٣٧٠ ، وجواهر الإكليل ١٥٥/٢ ، وضح =

وفي رواية عندهم : لرب الأرض قلعه إن ضمن نقمه
ثم يرجع به على البائع .
وفي أخرى : لا يقلع بل يأخذ به بقيمنه^(١).

= الجليل ١٦٨/٧ ، والشرح الكبير مع حا الدسوقي والحاشية
٤٦٦/٣ ، ٤٦٧ .
(١) الإنصاف ٦/١٨٤ و ١٣٧ .

المطلب السادس : شبهة دفع الكراء

وذلك فيما إذا حرك الأرض صاحب الشبهة ولم يزرع فاستحقها

رهبها .

قال المالكية : يأخذها رهبها ويدفع لعارضها صاحب

الشبهة كراء الحرت (١) .

(١) منح الجليل ١٥٨/٧ ، والشرح الصغير مع بلغة السالك ٢٢٢/٢ ،

وفا الدسوقي ٤٦٣/٣ .

المطلب السابع : شبهة عدم ضياع الحق .

وذلك فيما إذا هدم مكرر من ذي شبهة داراً أو قلع الغرس مثلاً
تعدياً بأن كان بخير إذن المكري^(١) فاستحققت بعد الهدم وقلع الغرس .
قال المالكية : للمستحق على المتعدي بالهدم النقص إن وجد
وقيمة نقص الهدم وهو ما نقصه الهدم، فيقال «ما قيمة الدار مثلاً قائمة ؟» .

فإن قيل : «عشرة» .

قيل : «وما قيمة البقعة والأنقاض ؟» .

فإن قيل : «خسة» رجع المستحق على المتعدي بخسة بعد أخذ
الأنقاض والبقعة . فإن باع النقص هادمه كان عليه للطالب إن شاء
الشن الذي أخذه فيه أو قيمته . وهذا إن فات عند المشتري وإلا فله
نقص البيع وأخذ الأنقاض مع ما نقصه الهدم وإجازته وأخذ ثمنه مع
ما نقصه الهدم . فللمستحق النقص وقيمة الهدم حتى إن أبرأ المكري
المكثري من قيمة البناء الذي هدمه قبل الاستحقاق .

والبرائة هذه لا تنفع مثل من سرق عبداً من ذي شبهة
فأفاته بوجه من وجوه المفونات، فأبرأ المالك ذمة السارق من قيمة العبد
ثم استحق ، فإن المستحق يتبع السارق بقيمة العبد ولا عبرة بإبراء
المالك^(٢) .

(١) فإن هدمها بإذن المكري كان كهدم المكري فيأخذ المستحق النقص
فقط إن لم يبعه الهادم، فإن باعه فليس للمستحق إلا ثمنه ؛
الرجع السابق (حا الدسوقي) ص ٤٦٨ .

(٢) الرجع السابق .

المطلب الثامن : شبهة البناء في أرض الفير .

قال المالكية : للمستحق قطعة أرض هدم مسجد بُني فيها ،

ولو طال الزمن واشتهر بالمسجدية .

ولمستحق الأرض إبقاؤه مسجداً وأخذ قيمة أرضه ، وليس لمستحق

الأرض دفع قيمة البناء للبانى ؛ لما فيه من بيع الحبس ؛ لأن البناء

خرج لله وقفاً .

وسواء بناء بشبهة أو كان غاصباً عند ابن القاسم (١) .

فإذا هدم المستحق للأرض المسجد جعلت الأناقض في مسجد آخر

أو حبس وليس للبانى بيعها ولا جعلها في غير ذلك عند المالكية (٢) .

وخص ذلك الهدم محتون بما إذا كان البانى غاصباً (٣) .

وأما إن كان البانى ذا شبهة فليس له هدمه . ويقال للمستحق: أمطه

قيمة بنائه قائماً ، فإن أبى قيل للبانى : أمطه قيمة أرضه (٤) .

(١) المرجع السابق (الشرح) وأيضاً ص ٤٦٩ منه .

(٢) المرجع السابق .

(٣) هو: عبدالسلام بن سعيد بن حبيب التنوخي ، قاضٍ ، فقيه ، انتهت إليه

هياة العلم في المغرب ، كان زاهداً لا يهاب سلطاناً في حق يقوله ،

رفيع القدر ، عفيفاً ، أصله شامي من حمص ، ولد في القيروان

سنة ستين ومائة هـ ، وولي القضاء بها سنة أربع وثلاثين

وما ثنتين هـ ، واستمر إلى أن مات ، من رواياته : ((الدونة)) في

فروع المالكية ، توفي سنة أربعين ومائتين هـ في الأعلام

٤ / ٥ .

(٤) الشرح الكبير مع حاشية الدرقي ، وهي ٣ / ٤٦٩ .

البحث الثاني : أثر الشبهة في الشفعة والوديعة .

المطلب الأول : أثر الشبهة في الشفعة .

المطلب الثاني : أثر الشبهة في الوديعة .

المطلب الأول : أثر الشبهة في الشفعة (١).

وهي شبهة إثبات الغلة للمشتري.

وهي غلة الشقص التي استغلها المشتري قبل الأخذ

بالشفعة (٢).

للمشتري المأخوذ منه بالشفعة غلة الشقص المشفوع فيه،

التي استغلها قبل أخذ الشفيع منه بالشفعة إلى وقت الأخذ

بالشفعة .

وهذا باختصار : _____

(١) بإسكان الفاء وحكي ضمها . لغة : الضم ، من الشفع وهو الزوج

ضد الوتر ، فكان الشفيع يجعل نفسه أو نصيبه شفعا بضم نصيب

شريكه إليه . أو من الشفاعة ، فقد كان الأخذ بها في الجاهلية ،

أو من الزيادة والتقوية ، فهي أن تشفع فيما تطلب فتضه إلى ما عندك،

فتشفعه أي تزيده ، فهي اسم للملك المشفوع ، وتطلق الشفعة

أيضا على الجنون ، ومن الضحى ركعتاه . وشرعا : حق تملك

قهري يثبت للشريك القديم على الشريك الحادث فيما ملك بعوض ؛

المغرب ٢٥٣ شفع ، والمصباح النير ٣١٧/١ ، والقاموس المعيبط

٤٧/٣ ، وطلبه الطلبة ٢٤٥ ، وأنيس الفقهاء ٢٧١ ، وكفاية الأخيار

١٨٤/١ ، ومغني المحتاج ٢٩٦/٢ ، ٢٩٨ ، ٢٩٩ ، وإعانة

الطالبين ١٠٧/٣ ، وحا قلميبي ومعها شرح الشهاج ٤٢/٣ ، وحا

بجيري ١٤٥/٣ ، ١٤٦ .

(٢) وهو القطعة من الأرض ، والجزء من الشيء ؛ المغرب ٢٥٤ شقص،

والمعجم الوسيط ٤٩١/١ ، ومعجم لغة الفقهاء ٢٦٥ .

(٣) أما إن أشرقي يد المشتري فيأخذه الشفيع عند الحنفية والمالكية ،

ووافقهم الشافعية والحنابلة إذا لم يهر الطلع في يد المشتري، وكذا

إذا تأهر في وجه عند الحنابلة . أما إذا تأهر الطلع في يد المشتري

فتكون الثمرة له عند الشافعية، والصحيح من الذهاب عند الحنابلة . وكذا

الثمرة الظاهرة عند الشافعية والحنابلة ؛ الهداية ٣٤/٤ ، ومجمع الأنهر

٤٧٩/٢ ، والكافي ٨٦٣/٢ ، ومغني المحتاج ٢٩٧/٢ ، والمغني

٣٤٦/٥ ، والإنصاف ٢٩١/٦ ، ٢٩٢ .

الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤).

فإذا اشترى أرضاً وفيها ما يستغل كمر على نخل ، أو حدث في يد المشتري فأخذه ثم جاء الشفيع لا يأخذ الغلة في هذين الأمرين جميعاً ، فإن أخذه المشتري فيحط قبة ما أخذ منه عن الشفيع في الأمر الأول ، أما في الأمر الثاني فيأخذ الشفيع ما سوى الغلة بجميع الثمن .

وهذا باتفاقهم^(٥).

وكون الغلة للمشتري ؛ لأنه في ضمانه قبل الأخذ بها والغلة بالضمان^(٦) . فقد حدثت في ملكه ، وظاهره ؛ لاحق للشفيع فيها ، ولو علم أن له شفيعاً ، وأنه يأخذ بالشفعة ؛ لأنه مجوز لعدم أخذه فهو صاحب شبهة^(٧) .

فما استغله المشتري من ضروب الغلات قبل قيام الشفيع فهي له دون الشفيع ولا يسقط عن الشفيع لذلك شيء من الثمن^(٨) .

(١) تحفة الفقهاء ٥٩/٣ ، والهداية ٣٤/٤ ، والإختيار ٥٠/٢ ، والنهاية

٥٤٠/٨ - ٥٤٢ ، ومجمع الأنهر ومعه بدر المتقى ٤٧٩/٢ ، ٤٨٠ .

(٢) الكافي ٨٦٣/٢ ، ٨٥٦ ، وجواهر الإكليل ١٦٣/٢ ، وضع الجليل

٢٣٦/٧ ، والخرشي ١٧٨/٦ ، والشرح الصغير مع بلغة السالك ، وهي

٢٣٦/٢ ، ٦٧/٢ ، وحا الدسوقي ومعها الشرح الكبير ٤٩٣/٣ .

(٣) شرح ضهاج الطالبين مع حا قليوبي ٤٣/٣ ، ومغني المحتاج ٢٩٧/٢ ،

والإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع مع حا بجيري وهي ١٤٨/٣ ، ١٤٩ ،

وضعاً الأم ٤/٤ ، وكذا مختصر الزني ٨٣ .

(٤) المغني ٣٤٦/٥ ، والإنصاف ٢٩١/٦ ، والروض العربع ٢٢٨ ، وشرح

ضئيب الإرادات ٤٤٣/٢ .

(٥) المراجع السابقة في رقم (١) و (٢) و (٣) و (٤) .

(٦) سبق تخرجه حديثاً والخراج بالضمان في ٧٧ (٤) .

(٧) جواهر الإكليل ١٦٣/٢ ، وضع الجليل ٢٣٦/٧ ، والخرشي ١٧٨/٦ ،

والشرح الصغير مع بلغة السالك وهي ٢٣٦/٢ ، وحا الدسوقي ومعها

الشرح الكبير ٤٩٣/٣ ، والمغني ٣٤٦/٥ .

(٨) الكافي ٨٦٣/٢ .

وعدم أخذه الغلة ؛ لأنه لم يبق تبعاً للعقار وقت الأخذ
حتى صار مفصلاً عنه فلا يأخذه^(١) ؛ لأن التبعية كانت فيه وقد زال^(٢) .
وسقوط حصة الغلة عن الشفيع إذا أخذها المشتري فيما إذا
كان فيها ما يُستغل كتمر على نخل ؛ لأنه دخل في البيع مقصوداً^(٣)
فيقاله شيء من الثمن .
ويأخذ الشفيع ما سوى الغلة إذا وجدت في يد المشتري بجميع
الثمن ؛ لأن الغلة لم تكن موجودة عند العقد فلا تكون مبيعة إلا تبعاً^(٤)
فلا يقابلها شيء من الثمن .
وما ذكرت عند الحنفية في الأخذ بجميع الثمن في ظاهر الرواية^(٥) ؛
فعن أبي يوسف في قوله الأول : يأخذها بحصتها من الثمن فسي
الأمر الثاني^(٦) .

-
- (١) الهداية ٣٤/٤ ، وشرحها النهاية ٥٤١/٨ .
(٢) المرجع السابق (البناءة) .
(٣) تحفة الفقهاء ٥٩/٣ ، والهداية ٣٤/٤ ، والإختيار ٥٠/٢ ، والبناءة
٥٤١/٨ ، ومجمع الأنهر ومعه بدر المتقى ٤٧٩/٢ ، ٤٨٠ .
(٤) المرجع السابقة .
(٥) النهاية ٥٤٢/٨ .
(٦) المرجع السابق .

المطلب الثاني : أثر الشبهة في الوديعة (١).

وهي : شبهة النكاح .

ويُمكن أن تُسميها : شبهة الشراء .

ويُمكن : شبهة انتقال الوجوب إلى وجوب آخر .

ويُمكن : شبهة وجوب العقر .

وذلك فيما إذا كانت الوديعة أمة فوطئها المودع فولدت .

قال الحنفية : الولد ملوك لصاحب الأصل ، وعلى المودع الحد ، (٢)

ولا يثبت نسب الولد منه (٣) ؛ لأن فعله زنى محض ، وكونها وديعة عنده لا يمكن

في شبهة الحمل ، إلا أن يدعي شبهة نكاح أو شراء فحينئذ يسقط الحد عنه ،

ويغرم العقر ؛ للشبهة (٤) .

(١) الوديعة فعيلة بمعنى مفعولة ، تقول «ودعته أدعه ودعاً» : تركته فهي

متروكة عند المودع ، وأودعت زهداً مالاً دفعته إليه ليكون عنده

وديعة ، وجمعها ودائع ، أو أخذته منه وديعة فيكون الفعل من

الأضداد ، لكن الفعل في الدفع أشهر . واستودعته مالاً دفعته

له وديعة يحفظه . فهي لغة : الشيء الموضوع عند غير

صاحبه للحفظ . وشرعاً : تطلق على الإيداع وعلى العين المودعة .

فعل العين المودعة شرعاً ولغة ، من ودع الشيء يدع إذا سكن؛

لأنها ساكنة عند المودع ، وقيل : «من قولهم : فلان في دعه»

أي راحة ؛ لأنها في راحة المودع ومراعاته وحفظه . والأصح أنها

عقد ، فحقيقتها شرعاً : توكيل في حفظ ملوك أو محترم مختص على

وجه مخصوص ؛ المغرب ٤٧٨ ، ٤٧٩ ودع ، والمصباح المنير

٦٥٣/٢ ، ومعجم لغة الفقهاء ٥٠١ ، وطلبة الطلبة ٢٠٢ ،

وأنيس الفقهاء ٢٤٨ ، وروضة الطالبين ٣٢٤/٦ ، وكفاية الأعيان

٧/٢ ، ومعني المحتاج ٧٩/٣ ، وإعانة الطالبين ٢٤٣/٣ ، وحام

قلبي ١٨٠/٣ ، وحام جيري ٢٤٦/٣ ، والمعني ٣٨٢/٦ .

(٢) الصسوط ١٣٣/١١ ، والفتاوي الهندية ٣٦١/٤ .

(٣) المرجعان السابقان .

(٤) المرجعان السابقان .

- المبحث الثالث : أثر الشبهة في اللقيط (١).
وفيه أربعة مطالب:
- المطلب الأول : شبهة إسقاط الحكم .
 - المطلب الثاني : شبهة إلحاق النسب .
 - المطلب الثالث : شبهة إثبات النسب .
 - المطلب الرابع : شبهة منع الاستيفاء .

(١) تقول : «لقط الشيء لقطاً» أخذه من الأرض، فهو لاقط ولقاط ولقاطة، والمفعول مقوط، ولقيط، فاللقيط في اللغة : ما يلقط أي يرفع من الأرض، وغلب على الصبي المنبون، فاللقيط : الوليد الذي يوجد ملققاً على الطريق لا يعرف أبواه . شرعاً : طفل وجد لا يعرف نسبه ولا رقه ؛ التعريفات ١٩٣ لقط، والمعجم الوسيط ٨٤١/٢، ومعجم لغة الفقهاء ٣٩٣، وأنيس الفقهاء ١٨٨، والروض المربع ٢٢٦ .

المطلب الأول : شبهة إسقاط الحكم .

وذلك في مقصدين :

المقصد الأول : حُكْم من حُكِم له بالإسلام^(١) تبعاً لغيره

ثم أدرك كأنه كافر ؟

اختلف أهل العلم - رحمهم الله - في هذا :

القول الأول : يُقتل إن أبى أن يُسلم .

وهو القياس عند الحنفية^(٢) ، وقول المالكية^(٣) ، والنصوص عند

الشافعية^(٤) ، وقول الحنابلة^(٥) ، إلا أن بعض الشافعية ذكره قولاً

(٦)

عندهم .

وهذا القول ؛ لأنه كان محكوماً بإسلامه قطعاً ، فهو مسلم

ظاهراً وباطناً ، فيقتل على الردة ، كما لو وصف الإسلام بنفسه قبل

(٧)

البلوغ ثم ارتد .

القول الثاني : يُجبر على الإسلام ولا يقتل ، وهو الاستحسان

عند الحنفية^(٨) ، كالمولود بين المسلمين إذا بلغ مرتداً^(٩) ، فلا يُقتل ،

(١) الإسلام : الخضوع والانقياد لما أخبر به الرسول - صلى الله عليه

وسلم - لا المطلق ؛ التعريفات ٢٣ ، وأصول السرخسي ١/٣٥٢ .

(٢) المرجع السابق ، والمسوط ١٠/٢١٤ .

(٣) الخرشبي ٨/٦٩ .

(٤) المهذب ١/٤٤٥ ، والغاية القصوى ٢/٦٧٠ ، ومغني المحتاج

٢/٤٢٣ .

(٥) بناء على أن عندهم : اللقيط إذا بلغ حداً يصح فيه إسلامه وردته

فوصف الكفر فإنه مرتد ، لا يقر على كفره ؛ المغني ٥/٧٤٩ .

(٦) المهذب ١/٤٤٥ .

(٧) المسوط ٢٠/٢١٤ ، والمهذب ١/٤٤٥ ، ومغني المحتاج

٢/٤٢٣ .

(٨) المسوط ١٠/٢١٤ ، ونحفة الفقهاء ٣/٣٠٩ .

(٩) المرجع السابق .

لأن حقيقة الإسلام تكون : ((بالاعتقاد بالقلب والإقرار باللسان))^(١) . وقد انعدم ذلك منه فيصير هذا شبهة في إسقاط القتل الذي هو نهاية في العقوبة في الدنيا . وهذا لأن ثبوت حكم الإسلام له بطريق التبعية^(٢) كان لتوفير المنفعة عليه ، وليس في القتل معنى توفير المنفعة ، وهو نظير ما نقول في الصبي العاقل : إذا أسلم يحسن إسلامه ثم إذا بلغ مرتداً يُحبس ويُجبر على الإسلام ولا يقتل^(٣) ؛ لأنه لا يجب القتل بهذه الردة^(٤) .

القول الثالث : يُقر على الكفر .

ذكره بعض الشافعية قولاً عندهم^(٥) ، وه قال القاضي من الحنابلة^(٦) ؛ لأنه لما بلغ زال حكم التبع فاعتبر بنفسه^(٧) ، ولأن قوله أقوى من ظاهر الدار^(٨) .

-
- (١) هذا قول أبي حنيفة في تعريف الإيمان شرعاً . أما عند محققي الحنفية فالإيمان : التصديق بالقلب والإقرار باللسان شرط لإجراء الأحكام في الدنيا . وقول أبي حنيفة مقتصر على الركبتين الأولين ، وزاد الجمهور عمل الجوارح ، وكلاهما لا يستغنى عنهما ، وهذا أصح ؛ التعريفات : ٤ ، وأصول الدين ٢٤٨ ، ٢٤٩ ، وشرح الطحاوية ٢٨٤ ، ٢٨٥ ، وكشف الأسرار للبخاري ١٨٥/١ .
- (٢) تقول : ((تبعت فلاناً)) إذا اقتضيت أثره ، والصلة تابعة لأصحابها ، وهذه الجفرة تابعة لهذه العنزة ، فالتابع التالي ؛ لسان العرب ٢٧/٨ تبع ، والمعجم الوسيط ٨١/١ .
- (٣) المسبوط ٢١٤/١٠ ، وتحفة الفقهاء ٣٠٩/٣ .
- (٤) المرجع السابق (تحفة) .
- (٥) المهذب ٤٤٥/١ .
- (٦) المغني ٧٤٩/٥ بناءً على وجه عند الحنابلة ذكره القاضي في اللقيط إذا بلغ حداً يصح فيه إسلامه وردته فوصف الكفر ، فإنه يقر على كفره ؛ المرجع السابق .
- (٧) المهذب ٤٤٥/١ .
- (٨) المغني ٧٤٩/٥ .

وتوضيح قول القاضي هذا : أنه إن وصف ككراً يُقر أهله عليه بالجزية : عُقدت له الذمة ، فإن امتنع من التزامها أو وصف ككراً لا يُقر أهله عليه : ألحق بمأمنه (١) .

المناقشة والترجيح :

المناقشة الأولى : مناقشة القول الثاني .

يُمكن مناقشة القول الثاني بدليل القول الأول .

المناقشة الثانية : مناقشة القول الثالث ،

أ - يُمكن مناقشته بأنه ضعيف ؛ فإنه يعتبر بنفسه في

الإسلام فيجبر على الإسلام، فإن أبي فيقتل .

كما أنه قول مظلوم ؛ لأن دليل الإسلام وجد عربياً عن المعارض

وثبت حكمه واستقر فلم يحز إزالة حكمه بقوله كما لو كان ابن مسلم . وقوله

لا دلالة فيه أصلاً ؛ لأنه لا يعرف في الحال من كان أبوه ولا ما كان دينه ،

وإنما يقول هذا من تلقاء نفسه (٢) .

ب - وأما توضيح قول القاضي فنوقش بأن هذا بعيد جداً ،

فإن هذا اللقيط لا يخلو من أن يكون ابن وثني حربي، فهو حاصل في يد المسلمين

بغير عهدة ولا عقد، فيكون لواجده، وبصير مسلماً بإسلام ساهبه، أو يكون ابن ذميين،

أو أحدهما ذمي فلا يقر على الانتقال إلى غير دين أهل الكتاب أو يكون ابن مسلم

أو ابن مسلمين فيكون مسلماً (٣) .

وهذا أميل إلى القول الأول وهو قاطع إن لم يسلم ؛ لما ذكر في ذلك القول

فهو قوي ، وإن أمكن مناقشته بأنه حكم بإسلامه تبعاً ، وحقيقة الإسلام عند من

فيه ؛ ففيه شبهة العدم التي تسقط حكم القتل عنه وتمنعه .

ثم لا فرق بينه وبين ابن المسلم فنشأ في بلد الإسلام وفي أسرة

مسلمة .

(١) المرجع السابق .

(٢) المرجع السابق .

(٣) المرجع السابق .

المقصد الثاني : حُكْمُ بِإِسْلَامِهِ ثُمَّ بَلَغَ وَلَمْ يَصِفِ الْإِسْلَامَ
وَلَا الْكُفْرَ فَقَتَلَهُ قَاتِلٌ .

فِيهِ خِلَافٌ :

القول الأول : لا قود على قاتله .

وهو النصوص عند الشافعية (١)

القول الثاني : يجب القود .

وهو قول بعض الشافعية (٢) لأنه محكوم بإسلامه ، فأشبهه

ما قبل البلوغ (٣) .

قال في المهذب : ((وهذا خطأ)) (٤) . وظله : بأنه يحتمل

أن يكون غير راض بإسلامه ، والقصاص يسقط بالشبهة فسقط (٥)

ويخالف ما قبل البلوغ فإن إسلامه قائم قطعاً وبعد البلوغ

لا نعلم بقاء الإسلام (٦) .

(١) المهذب ١/٤٤٥ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) المرجع السابق .

(٤) الجزء والصفحة على ما في الرقم السابق .

(٥) المرجع في الرقم السابق .

(٦) المرجع السابق .

المطلب الثاني : شبهة إلحاق النسب .
وذلك في مقصدين :

المقصد الأول : إذا وطئ رجلان امرأة في طهر واحد وطئاً يلحق النسب بمثله فأنت بولد يمكن أن يكون منهما، مثل أن يطأها بشبهة في طهر واحد، كان يطأ رجل امرأة آخر أو أمه بشبهة في الطهر الذي وطئها زوجها أو سيدها فيه، بأن يجدها على فراشه فيظنها زوجته أو أمه ، أو يدعو زوجته في ظلمة فتجسبه زوجة آخر أو جاريتة ، أو يتزوجها كل واحد منهما تزويجاً فاسداً، أو يكون نكاح أحدهما صحيحاً والآخر فاسداً مثل أن يطلق رجل امرأته فينكحها آخر في عدتها ووطئها، أو يبيع جاريتة فيطؤها المشتري قبل استبراءها، وتأتي بولد يمكن أن يكون منهما (١) .

بأني توضيحه في أثر الشبهة في الفرائض (٢) .

(١) المرجع السابق ص ٢٢٦، ٢٢٧ منه ، والإنصاف ٤٥٩/٦ .

(٢) ص ٤٨٢ .

المقصد الثاني : استلحق اللقيط عبد .

لحق به عند الحنفية ، (١) ، والمالكية ، (٢) ، والشافعية ، (٣) ، والحنابلة ؛ (٤)
لأنه في النسب كالحرة ؛ لإمكان حصوله منه بنكاح أو وطء شبهة ؛ (٥)
فالعبد كالحرة في السبب الذي يلحق به النسب ، (٦) فثبتت نسبته منه ينفعه ؛ (٧)
وهو أولى من الانتفاء بالكلية . (٨)

إلا أن المالكية ذكروه ضمناً إن لم يثبت كذبه ؛ (٩) وصححه في
الكافي ؛ (١٠) وقيل عندهم : بشرط أن يكون رماه ثم التقطه رجاءً
أن يعيش له . (١١)

وفي قول عند الشافعية : لا يلحق به إن كذبه السيد . (١٢) وقيل :
لا يلحق قطعاً . (١٣) وقيل : يلحق قطعاً إن كان مأذوناً له في النكاح
ومضى زمان إمكانه ؛ (١٤) والأفقولان . (١٥)

(١) الهداية ١٧٤/٢ ، والإختيار ٣١/٣ ، ومجمع الأنهر ومعه بدر المتقى
٠ ٧٠٢/١

(٢) الكافي ٩٣١/٢ ، والخرشي ١٣٢/٧ - ١٣٤

(٣) مختصر العزني ١٣٧ ، ٣١٧ ، والمهذب ٤٤٣/١ ، وروضة الطالبين

٤٣٧/٥ ، والغاية القصوى ٦٧١/٢ ، ومغني المحتاج ٤٢٧/٢

(٤) الإنصاف ٤٥٤/٦ ، والروض العربع ٢٣٧

(٥) مغني المحتاج ٤٢٧/٢

(٦) المهذب ٤٤٣/١

(٧) الهداية ١٧٤/٢ ، والإختيار ٣١/٣

(٨) مجمع الأنهر ٧٠٢/١

(٩) الكافي ٩٣١/٢

(١٠) على ما في الرقم السابق

(١١) الرقم السابق

(١٢) روضة الطالبين ٤٣٧/٥

(١٣) الرجوع السابق

(١٤) الرجوع السابق

(١٥) الرجوع السابق

- المطلب الثالث : شبهة إثبات النسب .
- وذلك فيما إذا ادعت امرأة اللقيط أنه ابنها .
- اختلف أهل العلم - رحمهم الله - في هذا على خمسة أقوال :
- القول الأول : لا يثبت النسب بدعواها بحال .
- وهو قول الحنفية^(١) ، والمالكية في قول^(٢) ، والشافعية في وجه^(٣) ، وهو ظاهر النص عندهم^(٤) ، والأصح^(٥) ، واحتمال عند الحنابلة^(٦) .
- وه قال : الثوري^(٧) ، وأبو ثور^(٨) .
- قال ابن المنذر : ((أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن النسب لا يثبت بدعوى المرأة))^(٩) .
- وهذا ، لأن المرأة تستطيع أن تُقيم البينة على ولادتها^(١٠) ، وذلك من طريق الشهادة ، فلا يقبل قولها بمجرد ، فلا يحكم فيها بالدعوى ، كما لو علق زوجها طلاقها بولادتها^(١١) .

-
- (١) البسوط ٢١٧/١٠ ، وتحفة الفقهاء ٣٥٢/٣ ، ومجمع الأنهر ١/٧٠٣ .
- (٢) العقد النظم ١٤١/٢ .
- (٣) المهذب ٤٤٤/١ ، ومغني المحتاج ٤٢٧/٢ .
- (٤) المهذب ٤٤٤/١ .
- (٥) مغني المحتاج ٤٢٧/٢ .
- (٦) الإنصاف ٤٥٤/٦ .
- (٧) المغني ٧٦٥/٥ .
- (٨) مغني المحتاج ٤٢٧/٢ ، والمغني ٧٦٥/٥ ، والإنصاف ٤٥٤/٦ .
- (٩) المغني ٧٦٥/٥ .
- (١٠) المرجع السابق ، ومغني المحتاج ٤٢٧/٢ .
- (١١) المهذب ٤٤٤/١ ، ومغني المحتاج ٤٢٧/٢ ، والمغني ٧٦٥/٥ .

وعلى هذا القول الأول إذا ادعت امرأة اللقيط أنه ابنها لم تصدق إلا بشهود عند الحنفية^(١) ، والشافعية^(٢) .

وعلى قول الحنفية هذا : إن أقامت رجلاً وامرأتين على الولادة : يثبت النسب منها^(٣) ؛ لأن النسب ما يثبت مع الشبهات فيثبت بشهادة الرجال مع النساء^(٤) ، فأثبتت دعواها بالحجة^(٥) .
وعند المالكية : يثبت النسب بشهادة المرأتين على الولادة^(٦) .

القول الثاني : دعوتها تقبل ويلحقها نسبه .

وهو قول عند المالكية^(٧) ، ووجه عند الشافعية^(٨) ،

والمذهب عند الحنابلة^(٩) ؛ لأنها أحد الأبوين ، فثبت النسب بدعواها كالأب ، والنسب يثبت مع الشبهة ؛ فإنه يمكن أن يكون منها كما يمكن أن يكون ولد الرجل بل أكثر ؛ لأنها تأتي به من زوج ، ووطء بشبهة ، ويلحقها ولدها من

(١) المسوط ٢١٧/١٠ ، وتحفة الفقهاء ٣٥٣/٣ ، ومجمع الأنهر ١/٧٠٣ .

(٢) مختصر المزني ١٣٧ ، ومغني المحتاج ٢/٤٢٧ .

(٣) المسوط ٢١٧/١٠ ، وفتاوي قاضيخان ٣/٣٩٨ .

(٤) المسوط ٢١٧/١٠ .

(٥) المرجع السابق ٨١/١٢ . والحجة : البرهان والدليل ، وتطلق على

ما يدافع به الخصم ، ويظفر به عند الخصومة وفسرها «أبو زيد» عبید الله

الدبوسي بقوله : ((اسم من حج إذا ظب يقال : حجّ فحج أي ظب ،

وحاججته فحججته أي ظبته أي ألزمت بالحجة حتى صار مغلوباً

بالحجة ، فسميت الحجة حجة ؛ لأن حق الله يلزمنا بها ويجعلنا

مغلوبين ، بالمناظرة مع الله تعالى ، بإنقطاع العذر بها ، ويحتمل أن يقال :

بأن الاسم مأخوذ من معنى وجوب الرجوع إليه)) ؛ لسان العرب ٢/٢٢٨

حجج ، والمعجم الوسيط ١/١٥٧ ، وأنيس الفقهاء ٢٣٧ ، وتقويم أصول

الفتاوى ٧ .

(٦) الشرح الصغير مع بلغة السالك ٣/٣٦٠ .

(٧) العقد المنظم ٢/١٤١ ، والسألة السابقة .

(٨) المهذب ١/٤٤٤ ، ومغني المحتاج ٢/٤٢٧ .

(٩) المغني ٥/٧٦٤ ، والإنصاف ٦/٤٥٣ ، والروض المربع ٢٣٦ ، ٢٣٧ .

الزنى دون الرجل (١) . ولأن في قصة داود وسليمان (٢) عليهما السلام -
حين تحاكم إليهما امرأتان كان لهما ابنان فذهب الذئب بأحدهما ،
فادعت كل واحدة منهما أن الباقي ابنها وأن الذي أخذه الذئب ابن الأخرى ،
فحكّم به داود للكبرى ، وحكم به سليمان للأخرى ، بمجرد الدعوى منهما (٤) .
فعلى هذا القول عند الحنابلة : يلحق بها دون زوجها ؛ لأنه (٥)
لا يجوز أن يلحقه نسب ولد لم يقر به . وكذلك إذا ادعى الرجل نسبه
لم يلحق بزوجه . (٦) (٧)

القول الثالث : يلحق الخلية دون المزوجة .
وهو وجه عند الشافعية (٨) ، ورواية عند الحنابلة (٩) ، فإن كان لها
زوج لم يثبت النسب بدعواها ؛ لإفضائه إلى إلحاق النسب بزوجها بغير
إقراره ولا رضاه ، أو إلى أن امرأته وطئت بزنى أو بشبهة ، وفي ذلك ضرر عليه
فلا يقبل قولها فيما يلحق الضرر به . (١٠)
وإن لم يكن لها زوج قبلت دعواها ؛ لعدم هذا الضرر ، فلا يتضمن (١١)

-
- (١) المهذب ١/٤٤٤ ، ومغني المحتاج ٢/٤٢٧ ، والمغني ٥/٧٦٤ .
(٢) النبي - عليه السلام - ؛ انظر الرقم اللاحق .
(٣) النبي - عليه السلام - وهو ابن داود ، انظر قصتهما في الحرث في
سورة الأنبياء آية (٧٨ ، ٧٩) . وقصة سليمان في السحر في سورة
البقرة آية (١٠٢) .
(٤) أخرجه من حديث أبي هريرة : البخاري ، والنسائي ، وعبد الرزاق ،
صحيح البخاري ٤/١٣٦ ، ١٣٧ ، و٨/١٢ ، وسنن النسائي ٨/٢٣٤ ،
٢٣٥ ، وأيضاً ٢٣٦ ، ومصنف عبد الرزاق ٧/٣٦٢ ، ٣٦٣ ، (١٣٤٨٣) .
(٥) المغني ٥/٧٦٤ .
(٦) المرجع السابق .
(٧) المرجع السابق .
(٨) المهذب ١/٤٤٤ ، ومغني المحتاج ٢/٤٢٧ .
(٩) المغني ٥/٧٦٥ .
(١٠) المهذب ١/٤٤٤ ، ومغني المحتاج ٢/٤٢٧ ، والمغني ٥/٧٦٥ .
(١١) المرجع السابق (المغني) .

إلحاق النسب بغيرها^(١) .

القول الرابع : إن كان لها إخوة أو نسب معروف لا تصدق إلا
ببينة . وإن لم يكن لها دافع لم يحل بينها وبينه .

وهو رواية عند الحنابلة^(٢) ؛ لأنه إذا كان لها أهل ونسب معروف
لم تخف ولادتها عليهم، ويتضررون بإلحاق النسب بها؛ لما فيه من تعبيرهم
بولادتها من غير زوجها ، وليس كذلك إذا لم يكن لها أهل^(٣) .

القول الخامس : يلحق بها إن قالت إنه من زنى. وتعد وتصدق
في ذلك .

وهو قول عند المالكية^(٤) .

المناقشة والترجيح :

المناقشة الأولى : مناقشة القول الأول .

يمكن أن يناقش : بأنها أحد الوالدين فأشبهت الأب ،
وإمكان البينة لا يمنع قبول القول كالرجل ، فإنه تمكن إقامة البينة أن هذا ولد
على فراشه^(٥) .

ويمكن أن يجاب : بأنها تخالف الرجل ، فإنه لا يمكن إقامة البينة
على ولادته من طريق الشهادة ، فقبلت فيه دعواه ، ولهذا قال الشافعية :
أنه إذا قال لامرأته : إن دخلت الدار فأنت طالق لم يقبل قولها في دخول
الدار إلا ببينة ، ولو قال لها : إذا حضت فأنت طالق، قبل قولها في
الحيض من غير بينة ؛ لما ذكرته من الفرق، فكذلك ههنا^(٦) .

(١) المهذب ١/٤٤٤ .

(٢) المغني ٥/٧٦٥ ، والإنصاف ٦/٤٥٤ .

(٣) المغني ٥/٧٦٥ .

(٤) العقد المنظم ٢/١٤١ .

(٥) المغني ٥/٧٦٥ .

(٦) المهذب ١/٤٤٤ ، ومغني المحتاج ٢/٤٢٧ .

المناقشة الثانية : مناقشة القول الثاني :

أما الأب فعلى ماورد في المناقشة السابقة .

وأما أنها تأتي به من زوج ووطء شبهة : فيمكنها إقامة

الهيئة .

وأما قصة داود وسليمان فكل حكم بما يخصه . أما داود فقربنة

الشبه ، أو ترجيح الكبرى حسب شريعته ، أو لأنه في يدها^(١) .

وأما سليمان : فهالحيطة والملاطفة ؛ فأوهمهما أنه يريد قطعه ؛

لمعرفة من يشق عليها ذلك فتكون أمه^(٢) .

ثم هذا شرع من قبلنا أو اجتهد منهما^(٣) ، وهو يخالف ما في شرعنا ،

وهو الهيئة على ماورد في آخر القول الأول .

كما نُوقش هذا القول : بأن الرجل يمكن أن يكون له ولد من امرأة أخرى

أو من أمه والراة لا يحل لها نكاح غير زوجها ولا يحل وطؤها لغيره .

وأجيب : بأنه يمكن أن تلد من وطء شبهة أو غيره، وإن كان الولد

يحتمل أن يكون موجوداً قبل أن يتزوجها هذا الزوج أمكن أن يكون من زوج آخر .

كما نُوقش : بأنه إنما قبل الإقرار بالنسب من الزوج لما فيه من

المصلحة بدفع العار عن الصبي وصيانته عن النسبة إلى كونه ولد زنى ،

ولا يحصل هذا بإلحاق نسبه بالراة، بل في إلحاقه بها دون زوجها

تطرق العار إليه وإليها .

وأجيب : بل قبلنا دعواه ؛ لأنه يدعي حقاً لا منازع له فيه،

ولا مضرة على أحد فيه فقبل قوله فيه كدعوى المال ، وهذا متحقق في

دعوى الراة^(٤) .

(١) شرح سنن النسائي ٨ / ٢٢٥ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) انظر الكلام في شرع من قبلنا في روضة الناظر وجنة الناظر ٨٢ - ٨٤ .

(٤) المغني ٥ / ٢٦٤ ، ٢٦٥ .

المناقشة الثالثة : مناقشة القول الثالث والرابع .

يُمكن مناقشتها : بأنه يمكنها إقامة البينة .

وأنه قد يكون من وطء شبهة فلا ضرر ولا عار .

وهذا أميل إلى القول الأول، وهو ما قرره الجمهور، وهو

أنه لا يثبت النسب بدعواها بحال ؛ للإجماع ، فإنها تستطيع

إقامة البينة .

المطلب الرابع : شبهة ضع الاسنيفاء .

وذلك فيما إذا وجد الرجل لقيطاً فأقر بذلك، ثم قتله هو أو غيره .
لا يخلو إما أن يكون خطأ أو عمداً .

أولاً : إن كان خطأ فالدية على عاقلة القاتل لهيبت المال .

وهذا عند الحنفية (١) ، والشافعية (٢) ، والحنابلة (٣) .

وذلك ؛ لقوله تعالى : * وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْنَةٌ وَبِرَّةٌ مُسَلَّةٌ إِلَىٰ آلِهِ (٤) .

واللقيط حر مؤمن فيجب على قاتله الدية على عاقلة إذا كان خطأ (٥) .
والطليقت وغيره في ذلك سواء (٦) .

إلا أن قياس من قال بالتوقف في أحكامه : أن لا يوجب الدية الكاملة (٧) .

لكني لم أراه، وقبلني النووي (٨) .

-
- (١) المسوط ٢١٨/١٠ ، وفتاوي قاضيخان ٣٩٩/٣ .
(٢) روضة الطالبين ٤٣٥/٥ ، ومغني المحتاج ٥٥/٤ ، ٩٥ .
(٣) المغني ٧٥٠/٥ ، والروض المربع ٣٣٢ .
(٤) النساء (٩٢) .
(٥) المسوط ٢١٨/١٠ .
(٦) المرجع السابق .
(٧) روضة الطالبين ٤٣٥/٥ .
(٨) المرجع السابق .
والنووي : أبو زكريا . يحيى بن شرف بن مري بن حسن الحزامي ،
الحوراني ، الشافعي . لقبه : يحيى الدين . ولد في «نوا» سنة
واحد وثلاثين وستمائة هـ ، تعلم في دمشق ، وأقام بها زمناً طويلاً ،
علامة في الفقه والحديث ، توفي في «نوا» سنة ست وسبعين وستمائة هـ ،
من مؤلفاته : «المجموع» و «روضة الطالبين» و «شرح صحيح مسلم» .
ونسبته إلى «نوا» وهي من قرى حوران بسوريا ؛ طبقات الشافعية الكبرى
١٦٥/٥ - ١٦٨ ، وشدرات الذهب ٣٥٤/٥ - ٣٥٦ ، والأعلام
١٤٩/٨ ، ١٥٠ ، ومعجم البلدان ٣٠٦/٥ .

والصواب : الجزم بالدية الكاملة ، كما ذكر النووي^(١) ، ولما
ذكرت في القول بها قبل قليل .

ثانياً : إن قتله عدواً فقد اختلف أهل العلم - رحمهم الله -
في ذلك على قولين :

القول الأول : الإمام مخير بين استيفاء القصاص أو العمدول
إلى الدية . أيهما يُرى أحظ للملاقيط .

وهو قول : الشافعية^(٢) ، والحنابلة^(٣) ، وابن النذر^(٤) ، وكذا
أبي حنيفة ومحمد^(٥) ، إلا أن عندهما : يُخير بين القصاص والمصالحة
على الدية^(٦) .

وقد استدلوا بالكتاب والسنة والمعقول :

أما الكتاب والسنة فبالعمومات الموجبة للقود^(٧) .

أولاً : الكتاب ، كقوله تعالى : " كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ " ^(٨) .
ثانياً : السنة :

أ - قال النبي - صلى الله عليه وسلم - : " العمد قود^(٩) .

(١) روضة الطالبين ٤٣٦/٥ .

(٢) مختصر المزني ١٣٢ ، وروضة الطالبين ٤٣٦/٥ ، والغاية القصوى ٢/٦٢٠ .

(٣) المغني ٥/٧٥٠ .

(٤) المرجع السابق .

(٥) الصسوط ١٠/٢١٨ ، وتحفة الفقهاء ٣/١٠١ ، والإختيار ٣/٣٠ ، وفتاوي

قاضيخان ٣/٣٩٩ .

(٦) المرجع السابقة .

(٧) الصسوط ١٠/٢١٩ .

(٨) البقرة (١٧٨) .

(٩) روي من حديث ابن عباس . ونحوه حديث أبي هريرة وعائشة وعثمان . أما

حديث ابن عباس فلفظ قال : قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - :

" العمد قود إلا أن يعفو ولي المقتول " . ولفظ : " العمد قود اليد "

والخطأ عقل لا قود فيه . . . وأما حديث أبي هريرة ففيه : " ومن قتل =

- ب - ولأن من لا يُعرف له ولي فالإمام وليه ^(١)، كما قال صلى الله عليه وسلم: " السلطان ولي من لا ولي له " ^(٢).
- وإذا ثبت أن السلطان هو الولي تمكن من استيفاء القصاص ^(٣)؛ لقوله تعالى " فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطَانًا " ^(٤).
- والمراد : سلطان استيفاء القود . وهو القصاص من القاتل ^(٥)؛ ألا ترى أنه عقبه بالنهي عن الإسراف في القتل ^(٦)، بقوله تعالى : " فَلَا يُسْرِفَ فِي الْقَتْلِ " ^(٧).

- = عمداً فهو قود يده . . . " . وأما حديث عائشة فنحو حديث عثمان الآتي : أخرجها الدارقطني . وأما حديث عثمان فقال : سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول : " لا يحل دم امرئ مسلم : إلا بإحدى ثلاث . . . وفيه : " أو قتل عمداً فعليه القود " . أخرجهم : أحمد ؛ سنن الدارقطني ٩٤/٣ و ٩٣ (٤٥ ، ٤٧ ، ٤٨ ، ٤٣) و ٨١ (١) ، وسند أحمد ٦٣/١ .
- (١) المسوط ٢١٩/١٠ .
- (٢) أخرجهم مطولاً وفي آخره : فالسلطان . . من حديث عائشة : أبو داود ، والترمذي ، وابن ماجه ، والدارمي ، وأحمد ، كما أخرجهم مختصراً بلفظ : " لا نكاح إلا بولي والسلطان . . . " . وأخرجهم من حديث ابن عباس عن النبي - صلى الله عليه وسلم - بهذا اللفظ الأخير : أحمد ؛ سنن أبي داود ٢٢٩/٢ (٢٠٨٣) ، وسنن الترمذي ٤٠٧/٣ ، ٤٠٨ (١١٠٢) ، وسنن ابن ماجه ٦٠٥/١ (١٨٢٩) ، وسنن الدارمي ١٣٧/٢ ، وسند أحمد ٤٧/٦ و ٦٦ و ١٦٥ ، ١٦٦ و ٢٦٠ و ٢٥٠/١ ، وكشف الخفاء ٤٥٦/١ .
- (٣) المسوط ٢١٩/١٠ .
- (٤) الإسراء (٣٣) .
- (٥) التفسير الكبير للفخر الرازي ٢٠٠/٢٠ ، والمسوط ٢١٩/١٠ .
- (٦) المرجع السابق .
- (٧) الإسراء (٣٣) .

وهذا يتضح في الذي أسلم وكذلك في اللقيط ؛ لأن ما لا يوقف عليه في حكم المعدوم^(١) ، ولأن وليه لما كان عاجزاً عن الاستيفاء نـاب الإمام منابه في ذلك ، وليس هنا شبهة عفو ؛ لأن ذلك الولي غير معلوم حتى يُتوهم العفو منه^(٢) .

ثالثاً : وأما المعقول فلأن هذا اللقيط سلم معصوم فوجب القصاص^(٣) .

وحدِيث الهُرْمُزَانِ^(٤) حجة لأبي حنيفة ومحمد كذلك^(٥) ؛ فإن عبد الله ابن عمر - رضي الله عنهما - لما قتله بتهمة دم أبيه واستقر الأمر على

(١) المسوط ٢١٩/١٠ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) روضة الطالبين ٤٣٦/٥ ، والغاية القصوى ٦٧١/٢ .

(٤) بضم هاء ، وسكون راء ، وض ميم ، ومزاي ونون ، علم رجل من العجم ، هو ملك الأهواز، وهو صاحب قُستَر - مدينة الأهواز -، أسلم وقتله عبد الله بن عمر بن الخطاب، حين طعن غلام المغيرة بن شعبه، فيروز الفارسي ، (أبو لؤلؤة المجوسي)؛ عمر بن الخطاب بخنجر في خاصرته، وهو في صلاة الصبح ، فاتهم عبد الله الهُرْمُزَانِ، أنه قاتل أبيه أو الأمر به . وقُستَر : مدينة شهيرة في إقليم خوزستان ؛ المغرب ٥٠٢ ، هرمز ، والمصباح المنير ٥٠٤/٢ قصب ، وشذرات الذهب ٤٦/١ ، والأعلام ٤٥/٥ ، ٤٦ ، والمغني في ضبط أسماء الرجال ٢٧٠ ، وآثار البلاد وأخبار العباد ١٦٥ و ١٧٠ - ١٧٢ ، ولدان الخلافة الشرقية ٢٦٨ - ٢٧٠ ، ٢٨١ ، ٢٨٢ .

(٥) المسوط ٢١٩/١٠ .

(٦) هو عبد الله بن عمر بن الخطاب ، العدوي ، القرشي ، ولد في عهد الرسول - صلى الله عليه وسلم - ، سكن المدينة ، وكان من غزاة إفريقية ، ورحل إلى الشام في أيام علي، فشهد ((صفين)) مع معاوية، وقتل فيها، سنة سبع وثلاثين هـ ؛ شذرات الذهب ٤٦/١ ، والأعلام ١٩٥/٤ .

عثمان - رضي الله عنه - طلب منه علي - رضي الله عنه - أن يقتصر
 منه ، فقال عثمان - رضي الله عنه - : هذا رجل قتل أبوه بالأمس
 فأنا أستحي أن أقتله اليوم ، وإن الهزئزان رجل من أهل الأرض ، وأنا
 وليه أعفو عنه وأؤدي الدية ^(١) .

فقد اتفقا على وجوب القصاص ^(٢) . ثم القصاص شروع لحكمة
 الحياة ^(٣) ، كما قال الله تعالى : " وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ " الآية ^(٤) .
 وذلك بطريق الزجر فإنه إذا تخكر في نفسه أنه متى قتل غيره
 قُتل به انزجر عن قتله فيكون حياة لهما جميعاً ^(٥) .

وهذا المعنى متحقق في اللقيط والذي أسلم كتحققه في غيرها ،
 فكان للإمام أن يستوفي القصاص إن شاء ، وإن شاء عدل إلى الدية
 عند الجمهور ، أو صالح على الدية ^(٦) عند أبي حنيفة ومحمد على ما ذكرت
 في أول المطلب ؛ لأنه مجتهد ، وله أن يميل باجتهاده إلى
 المطالبة بالدية ، ولأنه ناظر للمسلمين فرأى ما يكون استيفاء الديّة

(١) لم أفتأ عليه إلا في المسوط ٢١٩/١٠ .

(٢) الرجوع السابق .

(٣) الرجوع السابق .

(٤) البقرة (١٢٩) .

(٥) المسوط ٢١٩/١٠ .

(٦) الرجوع السابق .

أنفع للمسلمين ، لكن ليس له أن يعفو بغير مال ، لأنه نصَّب
لاستيفاء حق المسلمين لا لإبطاله^(١) ، فليس له أن يعفو مجاناً ؛^(٢)
لأنه خلاف مصلحة المسلمين^(٣) .

القول الثاني : تجب الدية في مال القاتل ولا يقتل به .
وهو قول أبي يوسف^(٤) ، وقول عند الشافعية^(٥) .

والحري إذا أسلم في دار الحرب وخرج إلى دارنا ثم

قتله إنسان عمداً فعلى قاتله القصاص .

وهو قول أبي حنيفة ومحمد^(٦) .

وفيه روايتان عن أبي يوسف^(٧) .

وهذا القول الثاني في مطلبنا ؛ لأننا نعلم أن للقيط ولياً فسي

دار الإسلام من عصبه أو غير ذلك وإن بَعُد ، إلا أنا لا نعرفه

بمعينه ، وحق استيفاء القصاص يكون إلى الولي^(٨) ، كما قال الله تعالى :

« فَكَفَّ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطَانًا »^(٩) .

فيصير ذلك شبهة مانعة للإمام من استيفاء القصاص ، وإذا

تعدر استيفاء القصاص بشبهة وجبت الدية في مال القاتل ؛ لأنها

وجبت بعمد محض^(١٠) .

-
- (١) الرجوع السابق ، روضة الطالبين ٤٣٦/٥ .
(٢) الرجوع السابق (روضة) .
(٣) الرجوع السابق .
(٤) المسوط ٢١٨/١٠ ، وتحفة الفقهاء ١٠١/٣ ، والإختيار ٣٠/٣ ، ومجمع
الأنهر ٦٢١/٢ ، وفتاوي قاضيخان ٣٩٩/٣ .
(٥) روضة الطالبين ٤٣٦/٥ ، والغاية القصوى ٦٧١/٢ .
(٦) المسوط ٢١٨/١٠ ، وفتاوي قاضيخان ٣٩٩/٣ .
(٧) الرجوعان السابقان .
(٨) المسوط ٢١٨/١٠ ، والإختيار ٣٠/٣ .
(٩) الإسراء (٣٣) .
(١٠) المسوط ٢١٨/١٠ .

وعلى هذا الطريق نقول : في الذي أسلم من أهل الحرب يجب

القصاص ؛^(١) لأننا نعلم أنه لا ولي له في دار الإسلام .

والطريق الآخر : أن القصاص عقوبة مشروعة [لتشقي]^(٢) الغيظ^(٣)،

ودرك^(٤) الثأر ، وهذا المقصود يحصل للأولياء ولا يحصل للمسلمين ، والإمام

نائب عن المسلمين في استيفاء ما هو حق لهم وحقهم فيما ينفعهم وهو الدية ؛^(٥)

لأنه مال مصروف إلى مصالحهم، فلماذا أوجبنا الدية دون القصاص .^(٦)

وعلى هذا الطريق، الذي أسلم من أهل دار الحرب واللقيط سواء^(٧) .

المناقشة والترجيح :

يمكن مناقشة القول الثاني (وجوب الدية) بأدلة القول الأول ، فإن

للقيط ولياً ، وهو الإمام ، وهي شبهة ، لكنها لا تمنع من الاستيفاء إلا إذا

اختار الدية .

وهذا أميل إلى القول الأول، وهو أن الإمام بالخيار إن شاء قتل

قاتل اللقيط عمداً، وإن شاء عدل إلى الدية .

فالقيط حر مؤمن ، ومن قتل حرّاً مؤمناً وجب عليه القصاص بنص

الكتاب والسنة ، فقد أجمع العلماء على أن القود يجب بالعقد ، ولا يعلم

(١) المرجع السابق وأيضاً ص ٢١٩ منه .

(٢) في المرجع السابق بالتحنية ، والصواب ما أثبتته ، تقول : « تشقيت من

غيظي » و : « تشقى من غيظه » ، ولأن العبارة لا تستقيم إلا بها ؛

لسان العرب ١٤ / ٤٣٧ ، ٤٣٨ شقى ، والقاموس المحيط ٤ / ٣٥١ .

(٣) الغيظ : ما يدل على كرب لحق الإنسان من غيره ؛ معجم مقاييس اللغة

٤ / ٤٠٥ غيظ .

(٤) الدَّرْكُ : التهمة ، يقال : « مالحك من دَرَكٍ فعليّ خلاصه » ؛ المعجم

الوسيط ١ / ٢٨١ درك .

(٥) الثأر : الطلب بالدم ، وقيل : الدم نفسه ؛ لسان العرب ٤ / ٩٧ ثأر .

(٦) المسووط ١٠ / ٢١٩ .

(٧) المرجع السابق .

(٨) المرجع السابق .

بينهم في وجهه بالقتل العمد خلاف (١) ، وقد دلت عليه الآيات والأخبار
بعمومها ، فقال الله تعالى : " وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا
فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ " (٢) .

وقال تعالى : " كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ " (٤) .

وقال تعالى : " وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ " (٥) .

فوجوب القصاص يمنع من يورد القتل منه شفقة على نفسه من
القتل ، فتبقى الحياة فيمن أريد قتله (٦) ، كما أن القاتل تقوم
العداوة بينه وبين قبيلة المقتول فيريد قتلهم خوفاً منهم ويوردون قتله
وقتل قبيلته استيغافاً ، ففي الاقتصاص منه بحكم الشرع قطع لسبب الهلاك
بين القبيلتين . (٧)

وقال الله تعالى : " وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ " (٨) .

وقال النبي - صلى الله عليه وسلم - : " من قُتِلَ له قَتِيلٌ فهو
بخير النظرين : إما أن يقتل وإما أن يُفدى " (٩) .

فالإمام وليه ، فينوب عن وليه في الاستيغاف للقصاص ، على ما ذكروا ،
فإن أحب أن يعفو إلى الدية فيأخذ الدية ؛ على ما في حديث الهرمزان ،
فيقتصر من قاتل اللقيط في حالة العمد ، ففيه تحقق الحكمة ،

(١) المغني ٦٤٧/٧ .

(٢) الرجوع السابق .

(٣) الإسراء (٣٣) .

(٤) البقرة (١٧٨) .

(٥) البقرة (١٧٩) .

(٦) المغني ٦٤٧/٧ .

(٧) الرجوع السابق .

(٨) المائدة (٤٥) .

(٩) أخرجه من حديث أبي هريرة مطولاً : البخاري وسلم ، وأبو داود .

ومختصراً على ما في الملب : النسائي ؛ صحيح البخاري ٣٨/٨ ،
وصحيح مسلم ١/٢ ، ٩٨٨ ، ٩٨٩ ، (١٣٥٥) ، وسنن أبي داود ١٧٢/٤

(٤٥٠٥) ، وسنن النسائي ٣٨/٨ .

وهي حكمة الحياة ، بشرعية القصاص على ما ذكرنا ، وقد دل قول النبي - صلى الله عليه وسلم - قبل قليل على أن للولي أن يأخذ الدية ، فقد نقل الحكم من القصاص إلى الدية عارض ، فله ولغيره ذلك .
 فالقصاص أنفع ، إلا أن يعفو ، فالدية أنفع للمسلمين ، إلا أن يقتصر عليها ، فالقصاص أنفع ، لئلا تضيق حكمة الحياة ، بشرعية القصاص .

ويمكن مناقشة القول الثاني : بأن عدم الولي بعدم القصاص شبهة ضعيفة تؤدي إلى الفساد في الأرض ، فمن علم بوجوب الدية أقدم على قتل اللقيط .
 ومثل هذا يقال في الذي أسلم .

- (١) البحث الرابع : أثر الشبهة في الفرائض .
 وذلك في ثلاثة مطالب :
- المطلب الأول : شبهة إلحاق النسب .
 - المطلب الثاني : شبهة استحقاق الإرث .
 - المطلب الثالث : شبهة منع القبول .

(١) الفرائض : جمع فريضة ، فعيلة بمعنى مفعولة ، مأخوذة من الفرض ، وهو في اللغة : التقدير والقطع والبيان والإنزال والإحلال والعطاء والإيجاب ونحو ذلك . تقول : ((فرض القاضي النفقة فرضاً)) قدرها وحكم بها . والفرضُ جنس من التمر بضمان . والفرض مصطلح أصولي . وشرعاً في هذا الباب : النصيب المقدر للوارث شرعاً . ثم نقل الجمع علماً لهذا العلم كالأنصار؛ المغرب ٣٥٧ فرض ، والمصباح الخير ٢/٤٦٨ ، ٤٦٩ ، ومعجم لغة الفقهاء ٣٤١ ، وطلبية الطلبة ٣٤٤ ، والإختيار ٥/٨٤ ، ومجمع الأنهر ومعه بدر المتقى ٢/٧٤٥ ، ٧٤٦ ، وكفاية الأختار ٢/١١ ، ومغني المحتاج ٣/٢ ، وإعانة الطالبين ومعها فتح المعين ٣/٢٢٤ ، وحا قليب ٣/١٤٣ .

المطلب الأول : شبهة إلحاق النسب .

وذلك فيما إذا وطئ رجلان امرأة في طهر واحد وطئاً يلحق النسب من مثله فأنت بولد يُمكن أن يكون منهما، مثل أن يطأ الجارية رجلان بشبهة ، أو يطأ إنسان جارية آخر ، أو امرأته بشبهة في الطهر الذي وطئها فيه سيدها أو زوجها ، أو يطأ البائع الجارية، فيبيعهما، فيطأها المشتري في ذلك الطهر قبل أن يستبرئها ثم تأتي بولد يمكن أن يكون منهما :

اختطف أهل العلم - رحمهم الله - في هذا :

القول الأول : يُرى القافة^(١) معهما، فلحقه بمن ألحقته به

منهما، يورثهما ويورثانه .

وهو قول جمهور العلماء : المالكية^(٢) ، والشافعية^(٣) ، والحنابلة^(٤) ،

لكه الأصح عند الشافعية إن كانت منكوحة لغيره^(٥) ، ورواية عن مالك^(٦) .

(١) القافة في اللغة : التتبع . تقول : قاف أثره اتبعه .

وفي الاصطلاح : الذين يعرفون النسب بالفراصة والنظر إلى أعضاء المولود، وهذا المراد هنا . أو الذين يحسنون معرفة الأثر وتتبعه : المعجم

الوسيط ٧٧٢/٢ ، قوف ، والتعريفات ١٧١ ، والمغني ٥/٧٦٩ .

(٢) الكافي ٢/٩٣٠، ٩٣١ ، والخرشي ٨/١٦٠ ، وفتح الجليل ٩/٤٨٩ ،

و ٦/٤٩٥ ، وبلغت السالك ٢/٤٦١ .

(٣) الأم ٨/٦٠ ، ومختصر العزني ١١٥ ، ٣١٧ ، ٢٢٤ ، والمهذب ١/٤٤٤ ،

والغاية القصوى ٢/١٠٣٩ ، ومغني المحتاج ٤/٤٨٩ ، ٤٩٠ ، ٥٤٤ .

(٤) المغني ٥/٧٦٦ ، ٧٦٧ ، ٧٧٦ ، ٧٧٧ ، ٣٤٣/٦ ، والإنصاف

٦/٤٥٥ ، ٤٥٩ ، والروض المربع ٢٣٧ .

(٥) مغني المحتاج ٤/٤٩٠ .

(٦) لم أقف عليه إلا في شرح النووي على صحيح مسلم ١٠/٤١ ،

والمغني ٦/٣٤٣ .

وهذا القول الأول : قول : أنس ، (١) ، وعطاء (٢) ، ويزيد بن عبد الملك (٣) ،
والأوزاعي (٤) ، والليث (٥) ، وأبي ثور (٦) .
وفعل : عمر (٧) ، وأنس (٨) .

فإن الحقته بأحدهما لحق به وهو ابنه ، وإن نفته عن
أحدهما لحق الآخر ، سواء ادعياه أو لم يدعياه أو ادعاه أحدهما
وأنكره الآخر (٩) .

واستدلوا بالآتي :

أولاً : حديث عائشة - رضي الله عنها - قالت : دخل رسول الله
ذات يوم مسروراً تبرق أسارير وجهه فقال : " ألم تـتـري أن

(١) المرجع السابق ٧٦٦/٥ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) المرجع السابق . ويزيد : هو أبو خالد، يزيد بن عبد الملك بن مروان ،
ولد في دمشق سنة واحد وسبعين هـ ، من ملوك الدولة الأموية نسي
الشام ، ولي الخلافة بعد وفاة عمر بن عبد العزيز سنة واحد ومائة هـ .
كان أبيض جسيماً مثقلاً للمال ، توفي في إربد من بلاد الأردن سنة خمس
ومائة هـ . وقيل «بالجولان»؛ شذرات الذهب ١/١٢٨ - ١٣٠ ، والأعلام
١٨٥/٨ .

(٤) المغني ٧٦٦/٥ و ٣٤٣/٦ .

(٥) المرجع السابق .

(٦) المرجع السابق ٥ ص ٧٦٧ و ٣٤٣/٦ .

(٧) مختصر المزني ٣١٧ . أخرجه: البيهقي عن عبد الله بن عبيد بن عمير قال :

باع عبد الرحمن بن عوف - رضي الله عنه - جارية كان يقع عليها قبل أن
يسبرئها، فظهر بها حمل عند المشتري، فخاصموه إلى عمر - رضي الله عنه -
قال : فدعا عمر - رضي الله عنه - القافة فنظروا إليه فألحقوه به ؛ السنن
الكبرى ١٠/٢٦٣ .

(٨) مختصر المزني ٣١٧ . أخرجه: البيهقي عنه أنه شك في ابن له فدعا له

القافة . وأخرج مثله ؛ السنن الكبرى ١٠/٢٦٤ ، ٢٦٥ .

(٩) الكافي ٢/٩٣٠ ، والخرشي ٨/١٦٠ ، ومختصر المزني ٣١٧ ، وشرح =

مجزراً المدلجى نظر آنفاً إلى زيد بن حارثة^(٢) وأسامة بن زيد^(٣) فقال :
« إن هذه الأقدام بعضها من بعض »^(٤).

ووجه الاستدلال : أن الحديث يدل على اعتبار القافة في ثبوت النسب وصحة قولهم ، فبُرى القافة ، فلولا جواز الاعتماد على القافة لما سُرب به النبي - صلى الله عليه وسلم - ولا اعتمد عليه ، فإنه لا يظهر السرور إلا بما هو حق عنده ، فيقام أمر القافة^(٥).

النووي على مسلم ٤٢/١٠ ، والمغني ٣٤٣/٦ و ٧٧٧/٥ ، والإنصاف ٤٥٥/٦ ، والروض المربع ٢٣٧ .

(١) هو مجزّب بن الأعور بن جعدة بن معاذ بن عتّارة بن عمرو بن مدلج ، وابنه علقمة بن مجزّب له صحبه ، وهو من بني مدلج ، وفيهم القيافة والعيافة (الزجر ، والحدس ، والظن) ، ومدلج من ولد مرة بن عبد مناة ؛ جمهرة أنساب العرب ١٨٧ ، واللباب في تهذيب الأنساب ١٨٣/٣ ، ولسان العرب ٢٦١/٩ عيف .

(٢) هو زيد بن حارثة بن شراحيل الكلبى ، صحابى ، اختطف في صغره في الجاهلية ، واشترته خديجة بنت خويلد ، فوهبته إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - حين تزوجها ، فتهناه النبي - صلى الله عليه وسلم - قبل الإسلام ، وأعتقه ، وكان يحبه ويقدمه ، استشهد في غزوة مؤتة سنة ثمانى هـ ؛ شذرات الذهب ١٢/١ ، والأعلام ٥٧/٣ .

(٣) هو أبو محمد ، أسامة بن زيد بن حارثة ، صحابى جليل ، ولد سنة سبع ق . هـ بمكة ، وكان النبي - صلى الله عليه وسلم - يحبه حباً جماً ، ويقدمه على فضلاء الصحابة وجملة المهاجرين والأنصار ، توفي في الجرف بالمدينة المنورة سنة أربع وخمسين هـ ؛ المرجعان السابقان (شذرات ص ٥٩ ، والأعلام ٢٩١/١) .

(٤) أخرجه : البخارى ، وسلم ، وأبو داود ، والترمذى ، والنسائى ، وابن ماجه ، وأحمد ؛ صحيح البخارى ٢١٣/٤ ، وصحيح مسلم ١٠٨١/٢ ، ١٠٨٢ ، (١٤٥٩) ، وسنن أبي داود ٢٨٠/٢ (٢٢٦٧) ، وسنن الترمذى ٤٤٠/٤ (٢١٢٩) ، وسنن النسائى ١٨٤/٦ ، ١٨٥ ، وسنن ابن ماجه ٧٨٧/٢ (٢٣٤٩) ، وسنن أحمد ٨٢/٦ ، ٢٢٦ .

(٥) سنن الترمذى ٤٤١/٤ ، ومعالم السنن ٢٧٥/٣ ، وشرح النووي على صحيح مسلم ٤١/١٠ ، والمغني ٧٦٧/٥ .

ثانياً : قضاة عمر - رضي الله عنه - باعتبار القافة بحضرة
الصحابة (١) فلم ينكره منكر (٢) فكان إجماعاً (٣).

ويدل على ذلك قول النبي - صلى الله عليه وسلم - في ولد الملاعنة
" انظروها فإن جاءت به حمش الساقين، كأنه حجرة (٤) فلا أراه إلا قد
كذب عليها، وإن جاءت به أكعل، جعداً (٥)، جمالياً (٦)، سابغ الإليتين (٧)،
خدّج الساقين (٨)، فهو للذي رميت به، فأنت به على النعت المكروه.
فقال النبي - صلى الله عليه وسلم - : " لولا الأيمان لكان لي ولها شأن " (٩).

(١) سبق قبل قليل في فعل عمر - رضي الله عنه - وأيضاً أخرجه عنه : مالك
والبيهقي، عن سليمان بن يسار بلفظ : أتى رجلان كلاهما يدعي ولد امرأة،
فدعا عمر بن الخطاب قائفاً . . كما أخرج البيهقي مثله : الموطأ ٢ / ٧٤٠ ،
٧٤١ (٢٢) ، والسنن الكبرى ١٠ / ٢٦٣ ، ٢٦٤ .

(٢) المرجعان السابقان ، والمفني ٥ / ٧٦٧ .

(٣) المرجع السابق (المفني) .

(٤) حمش الساقين : بحاء مهمله مفتوحة ثم ميم ساكنة ثم شين معجمة : أي
رقيقهما ، والحموشة الدقة ؛ شرح النووي على صحيح مسلم ١٠ / ١٢٩ .
(٥) الوجرة : دويبة، وجمعها وجر ، ومنه قيل : فلان وجر الصدر إذا دبت
العداوة في قلبه كدبيب الوجر ؛ معالم السنن ٣ / ٢٧١ .

(٦) الجعد : بفتح الجيم وإسكان العين في صفات الرجال يكون مدحاً وذمماً،
فمدحاً أن يكون معصوب الحلق شديد الأسر أو شعره غير سبط ، وذمماً :
القصير المتردد أو البخيل ؛ شرح النووي على صحيح مسلم ١٠ / ١٢٨ ،
١٢٩ .

(٧) الجمالي : العظيم الخلق شبه خلقه بخلق الجمل . يقال : ناقة جمالية
إذا شبهت بالفحل من الإبل في عظم الخلق ؛ معالم السنن ٣ / ٢٧٠ .

(٨) أي عظيمهما ؛ لسان العرب ٨ / ٤٣٣ سبغ .

(٩) أي ظليظهما . عظيمهما ؛ معالم السنن ٣ / ٢٧٠ و ٢٦٨ .

(١٠) هذا حديث هلال بن أمية . أخرجه من حديث ابن عباس مختصراً وفيه :
" البينة وإلا حد في ظهرك " : البخاري . ومطوياً وفيه : " لولا ما
مضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن " : أبو داود ، والترمذي ، =

ووجه الاستدلال : أن النبي - صلى الله عليه وسلم - حكم به
للذي أشبهه منهما . (١)

وقوله : " لولا الأيمان لكان لي ولها شأن " يدل على أنه لم
يمنعه من العمل بالشبه إلا الأيمان ، فإذا انتفى المانع يجب العمل به
لوجود مقتضيه . (٢)

وكذلك قول النبي - صلى الله عليه وسلم - في ابن أمة زَمْعَةَ (٣)
رأى به شبيهاً بيناً بعنتة بن أبي وقاص : (٤) احتججني بهي منه

وابن ماجة ، وفيه : " لولا الأيمان لكان لي . . " : أبو داود ، وأحمد .
ومن حديث أنس بن مالك مختصراً : سلم ، وأحمد . ومطولاً وفيه :
" لولا ما سبق فيها من كتاب الله " : النسائي ؛ صحيح البخاري
١٦٠/٣ و ١٧٨/٦ ، وسنن أبي داود ٢٧٦/٢ (٢٢٥٤) ، و ٢٧٧ ،
٢٧٨ (٢٢٥٦) ، وسنن الترمذي ٣٣١/٥ ، ٣٣٢ (٣١٧٩) ، وابن ماجة
٦٦٨/١ (٢٠٦٧) ، وسنن أحمد ٢٣٨/١ ، ٢٣٩ ، و ١٤٢/٣ ، وصحيح
سلم ١١٣٤/٢ (١٤٩٦) ، وسنن النسائي ١٧٢/٦ ، ١٧٣ .

(١) المغني ٧٦٧/٥ ، ٧٦٨ .

(٢) الرجوع السابق .

(٣) زَمْعَةُ : والد سودة يأتي نسبه ضمن نسبها بعد قليل ، وقد مات كافراً ،
ولم ترثه سودة ؛ لكونها سلمة ، وورثه عبد بن زمعة ؛ شرح النووي على
صحيح سلم ٣٩/١٠ .

(٤) هو عنتة بن أبي وقاص ، واسم أبي وقاص : مالك بن أهيب بن عبد مناف
القرشي ، الزهري ، عهد إلى أخيه سعد أمراة ابن أمة زمعة المذكور في
هذا الحديث ، وقد مات عنتة بالمدينة في حياة الرسول - صلى الله عليه
وسلم - وهو الذي كسر رباعية الرسول - صلى الله عليه وسلم - في أحد ،
وهشم وجهه ، قيل : لما فعل هذا ذكر حاطب بن أبي بلتعة أنه مضى
إليه وضره بالسيف وقتله ، إلا أنه ذكر في الصحابة ؛ لكونه وصى إلى أخيه
سعد على ما في الصحيحين وغيرهما هنا في الرقم القادم ، لكن ليس فيها
ما يدل على إسلامه ففيه خلاف لم يتبين لي الصواب فيه ؛ تهذيب التهذيب
١٠٣/٧ ، والسيرة النبوية لابن هشام ٨٤/٣ - ٨٦ ، ٩١ ، وانظر نسبه =

(١)

يا سودة .

ووجه الاستدلال : أن النبي - صلى الله عليه وسلم - عمل
بالشبهه في حجب سودة عنه .^(٢)

القول الثاني : لا حكم للقافة ويلحق بالمدعيين جميعاً .
وهذا قول : الحنفية .^(٣)

وذلك لأن الحكم بالقافة تعويل على مجرد الشبه والظن
والتخمين ، فإن الشبه يوجد بين الأجانب وينتهي بين الأقارب . ولهذا^(٤)

= ضمن نسب أخيه سعد في الأعلام ٨٧/٣ ، والجامع لأحكام
القرآن ١٨٦/٤ ، ١٨٧ ، والتفسير الكبير ٢١٧/٨ .
(١) أخرجه من حديث عائشة : البخاري ، وسلم ، وأبو داود ، والنسائي ،
وابن ماجه ، والداري ، ومالك ، وأحمد . ومن حديث عبد الله بن الزبير :
النسائي .

« سودة : بنت زمعة بن قيس بن عبد شمس ، من لؤي ، من قريش ،
إحدى أزواج النبي - صلى الله عليه وسلم - ، كانت في الجاهلية زوجة
السكران بن عمرو بن عبد شمس ، وأسلمت ثم أسلم معها ، وهاجرا إلى
الحبشة في الهجرة الثانية ثم عادا إلى مكة ، فتوفي السكران ، فتزوجها
الرسول - صلى الله عليه وسلم - بعد خديجة ، وتوفيت في المدينة سنة
أربع وخمسين هـ وهو الصحيح ، وقيل : سنة ثلاث وخمسين هـ .

صحيح البخاري ٩٦/٥ و ٤/٣ ، ٣٩٠ و ١٨٧

٩/٨ و ١١ ، ١٢ و ٢٢ و ١١٦ ، وصحيح سلم ١٠٨٠/٢ ، ١٠٨١

(١٤٥٧) ، وسنن أبي داود ٢٨٢/٢ (٢٢٧٣) ، وسنن النسائي

١٨٠/٦ و ١٨١ ، وسنن ابن ماجه ٦٤٦/١ (٢٠٠٤) ، وسنن

الداري ١٥٢/٢ ، ١٥٣ ، والموطأ ٧٣٩/٢ (٢٠) ، وسنن أحمد

٢٧/٦ و ٢٠٠ و ٢٢٦ و ٢٣٧ ، وشذرات الذهب ٦٠/١ ، ٣٤ ، والأعلام ١٤٥/٣ .

(٢) المغني ٧٦٨/٥ .

(٣) المسوط ١٦٢/٧ ، وتحفة الفقهاء ٣٥٣/٣ ، والهداية ١٧٣/٢ ،

والبحر الرائق ١٥٧/٥ ، ومجمع الأنهر ٧٠٣/١ .

(٤) المغني ٧٦٢/٥ .

روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - " أن رجلاً أتاه فقال : " يا رسول الله إن امرأتي ولدت غلاماً أسود " فقال : " هل لك من إبل " ؟ قال : « نعم » . قال : " فما ألوانها " ؟ قال : « حر » . قال : " فهل فيها من أورك " ؟ قال : « نعم » . قال : " أتى أتاها ذلك " ؟ قال : « لعل عرقاً نزع » . قال : " وهذا لعل عرقاً نزع " . (١)

قالوا : ولو كان الشبه كافياً لاكتفى به في ولد الملائنة، وفيما إذا أقر أحد الورثة بأخ فأنكره الباكون . (٢)

القول الثالث : لا يُرى ولد الحررة للقاتة بل يكون لصاحب الفراش الصحيح دون الواطئ بشبهة ، فإذا كان الأول منهما زوجاً في نكاح صحيح والثاني واطئاً بشبهة فلا ينقطع تعلق الأول ، فيلحق بالزوج . وهو المشهور عن مالك (٣) والقول الثاني عند الشافعية ؛ لقوة (٤) فراشه . (٥)

الناقشة والترجيح :

أولاً : مناقشة القول الأول :

نُوقِش : بأن الحديثين حجة عليكم ، وإن لم يحكم النبي

- صلى الله عليه وسلم - بالشبه فيهما ، بل ألحق الولد بهزيمة

(١) أخرجه من حديث أبي هريرة : البخاري ، وسلم ، وأبو داود ، والنسائي ،

صحيح البخاري ٨/١٥٠ ، وصحيح مسلم ٢/١١٣٧ ، ١١٣٨ (١٥٠٠) ،

وسنن أبي داود ٢/٢٧٨ ، ٢٧٩ (٢٢٦٠) ، وسنن النسائي ٦/١٧٨ ،

١٧٩ .

(٢) المفني ٥/٧٦٧ .

(٣) منح الجليل ٦/٤٩٥ ، لكن لم أفتأ عليه موضعاً إلا في شرح النووي على

صحيح مسلم ١٠/٤١ ، والمفني ٦/٣٤٣ .

(٤) مفني المحتاج ٤/٤٩٠ .

(٥) المرجع السابق .

(٦) حديث ولد الملائنة ؛ ص ٤٩٧ (١٠) ، وحديث ابن أمة زمعة ؛ ص ٤٩٩ (١) .

وقال لعبد بن زمعة^(١) : " هو لك يا عبد بن زمعة الولد للفراش وللعاهر
العجر " . ولم يعمل بشبه ولد الملاعنة في إقامة الحد عليهم ؛
لشبهه بالمقذوف^(٢) .

وأجيب : بأنه إنما لم يُعمل به في ابن أمة زمعة ؛ لأن الفراش
أقوى، وترك العمل بالهينة لمعارضة ما هو أقوى منها لا يوجب الإعراض عنها
إذا خلت عن المعارض^(٣) .

وكذلك ترك إقامة الحد عليها من أجل أيمانها^(٤)، بدليل قوله :
" لولا الأيمان لكان لي ولها شأن^(٥) " . على أن ضعف الشبه عن إقامة
الحد لا يوجب ضعفه عن إلحاق النسب، فإن الحد في الزنى لا يثبت
إلا بأقوى الهينات وأكثرها عدداً، وأقوى الإقرار حتى يعتبر فيه
تكراره أربع مرات^(٦) ، ويدراً بالشبهات، والنسب يثبت بشهادة امرأة واحدة
على الولادة ، ويثبت بمجرد الدعوى، ويثبت مع ظهور انقائه، حتى لو أن امرأة
أنت بولد وزوجها غائب عنها منذ عشرين سنة لحقه ولدها ، فكيف يحجج على
نفيه بعدم إقامة الحد ؟ ولأنه حكم بظن غالبٍ ورأيٍ راجحٍ من هو
من أهل الخبرة ، فجاز كقول المقومين^(٧) .

ثانياً : مناقشة القول الثاني :

نوقش قولهم : ((إن الشبه يجوز وجوده وعدمه)) : بأن

- (١) أخو سودة وسبق نسبه مع نسبها ؛ ص ٤٨٧ ضمنها (١) .
- (٢) سبق تخريجه ؛ ص ٤٨٧ ح (١) .
- (٣) المغني ٧٦٨/٥ .
- (٤) المرجع السابق .
- (٥) المرجع السابق .
- (٦) سبق تخريجه ؛ ص ٤٨٥ (١٠) .
- (٧) انظر ص ٣٦٠ ح (١) .
- (٨) كالسابق .
- (٩) المغني ٧٦٨/٥ .

(١) ، ولهذا قال النبي - صلى الله عليه وسلم - حين قالت أم سلمة : " أو ترى ذلك المرأة " ؟ قال : " فمن أين يكون الشبه " (٢) . وتؤقت الحديث الذي احتجوا به بأنه : حجة عليهم ؛ لأن إنكار الرجل ولده لمخالفة لونه وعزمه على نفيه لذلك ، يدل على أن العادة خلافه وأن في طباع الناس إنكاره ، وأن ذلك إنما يوجد نادراً ، وإنما أحقه النبي - صلى الله عليه وسلم - به لوجود الفراش ، وتجاوز مخالفة الظاهر لدليل ، ولا يجوز تركه من غير دليل (٥) .

ولأن ضعف الشبه عن نفي النسب لا يلزم منه ضعفه عن إثباته ، فإن النسب يحتاط لإثباته ويثبت بأدنى دليل . ويلزم من ذلك التشديد في نفيه وأنه لا ينفي إلا بأقوى الأدلة كما أن الحد لما انتفى بالشبه لم

(١) المغني ٥ / ٧٦٨ .

(٢) هي أم المؤمنين، أم سلمة، هند بنت أبي أمية بن المغيرة المخزومية

القرشية ، من زوجات النبي - صلى الله عليه وسلم - تزوجها في السنة الرابعة هـ ، وكانت من أكمل النساء عقلاً وخلقاً ، توفيت سنة إحدى وستين هـ ، وقيل : «سنة تسع وخمسين» ، وهي آخر أمهات المؤمنين وفاة ؛ العبر ١ / ٤٨ ، وشذرات الذهب ١ / ٦٩ ، ٧٠ ، والأعلام ٨ / ٩٧ ، ٩٨ .

(٣) حديث أم سلمة عنها أخرجه : البخاري ، وسلم ، والنسائي ، وابن ماجه ،

وفيه : " وتحثم المرأة " قال : " نعم تربت يمينك فبم يشبهها ولدها " . وأحمد وفيه : " فبم يشبه الولد " . ومن حديث أنس بن مالك وفيه أن أم سليم حدثت وفيه - فمن أين يكون الشبه : أخرجه : سلم ، ومثله ابن ماجه ، وأحمد ، ومن حديث عائشة أخرجه : النسائي ، ومن حديث عروة بن الزبير أخرجه : مالك ، ومن حديث أم سليم أخرجه أحمد ؛ صحيح البخاري ١ / ٤١ و ٤ / ١٠٢ ، وصحيح مسلم ١ / ٢٥١ (٣١٣) و ٢٥٠ (٣١١) ، وسنن

النسائي ١ / ١١٤ ، ١١٥ ، ١١٦ ، ١١٣ ، وسنن ابن ماجه ١ / ١٩٧ .

(٦٠٠) و (٦٠١) ، وسند أحمد ٣ / ١٢١ و ١٩٩ و ٢٨٢ و ٦ / ٢٩٢ و ٣٠٦

و ٣٧٧ ، والموطأ ١ / ٥١ (٨٤) .

(٤) المغني ٥ / ٧٦٨ .

(٥) المرجع السابق، وأيضاً ص ٧٦٩ منه .

يثبت إلا بأقوى دليل، فلا يلزم حينئذ من المنع من نفيه بالشبه في الخبر المذكور أن لا يثبت به النسب في سألنا (١).

فإن قيل : فهبنا إن علمت بالقافة فقد نفيتم النسب عن لم تلحقه القافة به .

قلنا : إنما انتفى النسب ههنا لعدم دليله ؛ لأنه لم يوجد إلا مجرد الدعوى ، وقد عارضها مثلها فسقط حكمها ، وكان الشبه مرجحاً لأحدهما ، فانضحت دلالة أخرى ، فلزم انتفاء النسب لانقضاء دليله ، وتقديم اللعان عليه لا يمنع العمل به عند عدمه ، كاليد تقدم عليها الهينة ويُعمل بهنا . (٢)

وهذا أميل إلى القول الأول، وهو ما قرره الجمهور ، وبعض الصحابة ، والتابعين ، وكبار فقهاء السلف ، يؤيدهم حديث عائشة : " إن هذه الأقدام . . . (٣) ، وقضاء عمر - رضي الله عنه - (٤) ؛ فالغراش أقوى ، وعدم الحد مخصوص بالأيمان ، والنسب يخالف الحد ، فيدراً الحد بالشبهة ، ويشترط فيه ما لا يشترط في النسب على ما ذكرت (٥) ، وهذا شأن هذه الأمور للفصل في هذه الخصومة من أهل الخبرة . والظاهر وجود الشبه ، وحديث : " لعل عرقاً نزع (٦) ، ليس فيه ادعاء من اثنين ، والغراش موجود ، وما فيه نادر .

والقول الثالث يُمكن أن يُناقش بأن الولد لعله من وطء الشبهة ،

فالفصل في الأمر : أهل الخبرة ، الذين هم القافة .

(١) الرجوع السابق .

(٢) الرجوع السابق .

(٣) ص ٤٨٤ (٤) .

(٤) ص ٤٨٥ (١) .

(٥) ص ٤٨٩ (١٦٢) .

(٦) ص ٤٨٨ (١) .

وان ألحقته القافة بهما معاً فقد اختلف أهل العلم - رحمهم الله - في هذا :

القول الأول : لحقهما وكان ابنهما يرثهما ميراث ابن وبيثانه جميعاً ميراث أب واحد .

وهو قول : الحنابلة^(١) ، وسحنون^(٢) ، وابن القاسم من المالكية^(٣) .
وه قال : الأوزاعي^(٤) ، والثوري^(٥) ، وأبو ثور^(٦) .
ويُروى عن : عمر^(٧) ، وعلي^(٨) .

القول الثاني : لا يُلحق بأكثر من واحد ، فإن ألحقته القافة بأكثر من واحد كان بمنزلة أن لا يُوجد قافة .

وهو المشهور عند المالكية^(٩) ، وقول الشافعية^(١٠) .
والصواب الأول ؛ لفعل عمر^(١١) - رضي الله عنه - " فقد جعله بينهما^(١٢) " .

(١) المغني ٣٤٣/٦ و ٧٧١/٥ ، والإنصاف ٤٥٦/٦ ، ٤٥٩ ، والروض العريض ٢٣٧ .

(٢) حا العدوي مع الخرخشي ١٦٠/٨ .

(٣) المرجع السابق (الخرخشي) .

(٤) المغني ٣٤٣/٦ .

(٥) المرجع السابق .

(٦) معالم السنن ٢٧٦/٣ ، وشرح النووي على صحيح مسلم ٤٢/١٠ ،

والمغني ٣٤٣/٦ و ٧٧١/٥ .

(٧) معالم السنن ٢٧٦/٣ ، والمغني ٧٧١/٥ .

(٨) المرجع السابق (المغني) .

(٩) الخرخشي ومعه حا العدوي ١٦٠/٨ ، وضح الجليل ٤٩٠/٩ .

(١٠) الأم ٦٠/٨ ، ومختصر المزني ٣١٧ ، ٢٢٤ ، والمهذب ٤٤٤/١ ،

ومغني المحتاج ٤٩٠/٤ ، ٥٤٤ .

(١١) المغني ٧٧٢/٥ .

(١٢) أخرجه البيهقي في سننه ٢٦٤/١٠ .

وأما ما ذكره أصحاب القول الثاني عن عمر : " والأيهما شئت ^(١) " فقال في المعنى : ((لا نعلم صحته ، وإن صح فيحتمل أنه ترك قول القافة لأمر آخر، إما لعدم ثقتيها، وإما لأنه ظهر له من قولهمسا واختلافه : ما يوجب تركه، فلا ينحصر المانع من قبول قولها في أيهما اشتركا فيه)) ^(٢) .

(١) سبق تخريجه ؛ ص ٤٨٥ (١) •
(٢) وذلك في ج ٥ ص ٧٧٢ منه •

ومتى لم يوجد قافة أو أشكل عليها أو اختلف القائلان في نسبه :

اختلف أهل العلم - رحمهم الله - في هذا :

القول الأول : يضع نسبه، ولا حكم لاختياره، ويبقى على

الجهالة أبداً .

وهو المذهب عند الحنابلة، فهو أحد الوجهين عندهم ، واختاره

أبو بكر منهم (٢) .

القول الثاني : يترك حتى يبلغ فينسب إلى أحدهما .

وهو قول المالكية (٤) ، والمذهب عند الشافعية (٥) ، والوجه الثاني

عند الحنابلة (٦) ، واختاره ابن حاتم منهم (٧) .

وهو فعل عمر، ومذهبه (٩) .

(١٠)

(١) المغني ٥/٧٧٣ ، ٧٧٤ ، والإنصاف ٦/٤٥٧ ، ٤٥٩ .

(٢) هو: الخلال ، أحمد بن محمد بن هارون البغدادي ، الفقيه الحنبري ،

الذي أنفق عمره في جمع مذهب الإمام أحمد وتصنيفه ، توفي سنة إحدى

عشرة وثلاثمائة هـ ؛ طبقات الحنابلة ٢/١٢ - ١٥ ، والعبر ١/٤٦١ .

(٣) المغني ٦/٣٤٣ ، و ٥/٧٧٣ ، والإنصاف ٦/٤٥٧ .

(٤) الخرشبي ٨/١٦٠ ، ١٦١ ، وضح الجليل ٩/٤٩٠ .

(٥) الأم ٨/٦٠ ، ومختصر العزني ٣١٧ ، ٢٢٤ ، والمهذب ١/٤٤٤ ،

ومعالم السنن ٣/٢٧٦ ، وشرح النووي على صحيح مسلم ١٠/٤٢ ،

ومغني المحتاج ٤/٤٩٠ ، ٥٤٤ .

(٦) الإنصاف ٦/٤٥٧ ، ٤٥٩ .

(٧) وهو: أبو عبد الله ، الحسن بن حامد بن علي بن مروان الوراق الحنبلي ،

كان إمام وفقه الحنابلة في زمانه ، وله المصنفات العظيمة ، توفي فسي

طريق مكة قرب: ((واقصة)) سنة ثلاث وأربعمائة هـ ؛ تأريخ بغداد

٧/٣٠٣ ، وطبقات الحنابلة ٢/١٧١ - ١٧٧ .

(٨) المغني ٦/٣٤٣ ، والإنصاف ٦/٤٥٧ ، ٤٥٩ .

(٩) انظره في السألة قبل هذه ، ومختصر العزني ٣١٧ .

(١٠) شرح النووي على صحيح مسلم ١٠/٤٢ .

القول الثالث : يُترك حتى يميز وذلك لسبع أو ثمان، فينتسب إلى أحدهما .

وهو وجه عند الشافعية .^(١)

وقيل : إن عدت القافة فهو لرب الفراش .^(٢)

والصواب القول الأول ؛ فإن دعوها تعارضتا، ولا حجة لواحد منهما، فلم تثبت كما لو ادعى رقه^(٣)، وإنما يميل بطبعه إلى قرابته بعد معرفته بأنها قرابته ، فالمعرفة بذلك سبب الميل ، ولا سبب قبله، ولو ثبت أنه يميل إلى قرابته لكنه قد يميل إلى من أحسن إليه ، فإن القلوب جبلت على حب من أحسن إليها وُغض من أساء إليها، وقد يميل إليه لإسامة الآخر إليه ، وقد يميل إلى أحسنهما خلقاً أو أعظمهما قدراً أو جاهاً أو مالاً فلا يبقى للميل أثر في الولاية على النسب .^(٤)

ولا يحل له تصديق المقر بنسبه^(٥)، فإن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال : " من انتسب إلى غير أبيه أو تولى غير مواله فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين " .^(٦)

وهذا لا يعلم أنه أبوه فلا يأمن أن يكون طعوناً بتصديقه . ويفارق ما إذا انفرد فإن المنفرد ثبت النسب بقوله من غير تصديق .^(٧)

وقول عمر : " وال من شئت " .^(٨) قال في المغني : ((لم يثبت، ولو ثبت، لم يكن فيه حجة؛ فإنه إنما أمره بالموالاة لا بالانتساب)) .^(٩)

(١) المهذب ٤٤٤/١ .

(٢) الإنصاف ٤٥٩/٦ .

(٣) المغني ٧٧٤/٥ .

(٤) الرجوع السابق .

(٥) الرجوع السابق .

(٦) أخرجه من حديث ابن عباس : ابن ماجه في سننه ٨٢٠ / ٢ (٢٦٠٩) .

(٧) المغني ٧٧٤/٥ .

(٨) سبق تخريجه : ص ٤٨٥ (١) .

(٩) المغني ٧٧٤/٥ .

المطلب الثاني : شبهة استحقاق الإرث .

قال الحنفية : النسب إذا ثبت بوطء شبهة ^٩ يستحق

به التوارث (١) ؛ لثبوته بشبهة الوطاء هذه .

المطلب الثالث : شبهة منع القبول .

يمكن أن نسميه : شبهة التهمة .

وذلك فيما إذا دفع وارثان من الورثة من حصتهما نصيب وارث ثم جاء بشاهدين أنه وارث قال العنفة : إذا شهد شاهدان من الورثة لآخر أنه وارث

يُشْتَبهت نسبه ، وبصير وارثاً ، ويدخل على القوم جميعاً ، إذا لم يكونوا دفعوا شيئاً حتى شهدوا ؛ لأنه لا تهمة في شهادتهم ، بل عليهم ضرر في ذلك (١) .

أما إن كانا قد دفعا من حصتهما نصيب الوارث ثم جاء بشاهدين

فلا تقبل شهادتهما ؛ لتمكن الشبهة فيهما (٢) .

فأما في حق الواحد الإقرار والشهادة سواء ؛ لأن الحجة

لا تتم بشهادة الواحد (٣) .

(١) المرجع السابق ص ٧٩ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) المرجع السابق .