بداية المجتهد ونهاية المقتصد

للقاضي ابي الوليد محمد بن احمد بن رشد القرطبي ٥٩٥ هـ

تحقيق و مقارنة بآراء الإمامية

عبد الجابر الحلو و عقيل الربيعي

الجزء الخامس

مركز الدراسات العلمية
التابع للمجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية

بداية المجتهد
ونهاية المقتصد

تأليف

القاضي أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي

(٥٢٠ ـ ٥٩٥هـ)

تحقيق ومقارنة بآراء الإماميّة

عبد جابر الحلو و عقيل الربيعي

الجزء الخامس



عنوان و نام پدیدآور: بداية المجتهد ونهاية المقتصد/ تأليف أبي الوليد محمد بن احمد بن رشد القرطبي؛ تحقيق و مقارنه بآراء الاماميه عبد جابر الحلو ، عقيل الربيعي.
وضعيت ويراست: ويراست ٢
مشخصات نشر: طهران: المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الاسلاميه، مركز الدراسات العلميه، المعاونية الثقافيه، ١٣٨٩.
مشخصات ظاهری: ٧ ج
شابك: دوره: ٧-١١٠-١٦٧-٩٦٤-٩٧٨ ؛ ج٥. ٧-١٠٧-١٦٧-٩٦٤-٩٧٨
وضعيت فهرست نويسی: فيپا
يادداشت: عربی
يادداشت: هر جلد محقق و مصحح خاص خود دارد.
يادداشت: ج . ٥ : تحقيق و مقارنه عبد جابر الحلو ، عقيل الربيعي.
يادداشت: واژه نامه
موضوع: فقه مالكي – قرن ٦ ق.
موضوع: فقه مالكي – مطالعات تطبيقی.
موضوع: فقه جعفری – مطالعات تطبيقی.
شناسه افزوده: الحلو، عبد جابر، ١٣٥٠ ــ ، مصحح
شناسه افزوده: ربيعی، عقيل، ١٣٤٥ ــ ، مصحح
شناسه افزوده: ابن رشد، محمد بن احمد [فيلسوف] ، ٥٢٠ ــ ٥٩٥ ق ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد
شناسه افزوده: مجمع جهانی تقريب مذاهب اسلامی . مركز مطالعات علمی. معاونت فرهنگی.
رده بندی كنگره: ١٣٨٩ ٤٠٥٢ الف / ٥٥ / BP ١٧٨
رده بندی ديويی: ٣٣٤ / ٢٩٧
شماره كتابشناسی ملی: ١٩٦٢١٠٢

المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الاسلامية

- اسم الكتاب: بداية المجتهد ونهاية المقتصد (ج ٥).
- تأليف: أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي
- تحقيق ومقارنة: عبد جابر الحلو وعقيل الربيعي.
- تقييم تحقيق الكتاب: الشيخ أحمد شفيعي نيا
- تقويم النص: فلاح الخشاتي
- الناشر: المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية – المعاونية الثقافية، مركز الدراسات العلمية.
- الطبعة: الثانية ـ ١٤٣٢ هـ ق / ٢٠١١ م
- الكمية: ١٠٠٠ نسخة
- سعر الدورة: ٧٠٠.٠٠٠ ريال
- المطبعة: نگار
- شابك: دوره: ٧-١١٠-١٦٧-٩٦٤-٩٧٨ ؛ ج٥. ٧-١٠٧-١٦٧-٩٦٤-٩٧٨
- العنوان: الجمهورية الإسلامية في إيران – طهران – ص . ب : ٦٩٩٥ ـ ١٥٨٧٥
تلفكس : ١٤ – ٨٨٣٢١٤١١ – ٢١ ـ٠٠٩٨
مركز قم – ص. ب: ٣٨٣٧ـ٣٧١٨٥
تلفكس: ٧٧٥٤٩٦٦ – ٧٧٥٥٤٤٨ ٠٠٩٨٢٥١
البريد الالكتروني: qomtaghrib@yahoo.com

جميع الحقوق محفوظة للناشر


بسم الله الرحمن الرحيم

دليل الكتاب / ج٥

القسم الثاني أسباب الصحة في البيوع المطلقة ٧
القسم الثالث في الأحكام العامة للبيوع الصحيحة ٢٢
القسم الرابع من النظر المشترك في البيوع ٨١
كتاب الصرف ٨٧
كتاب السلم ١٠٧
كتاب بيع الخيار ١٤١
كتاب بيع المرابحة ١٥٥
كتاب بيع العرية ١٦٥
كتاب الإجارات ١٧٥
كتاب الجُعْل ٢٣١
كتاب القراض ٢٣٩
كتاب المساقاة ٢٦٥
كتاب الشركة ٢٨٧
كتاب الشفعة ٣٠٣
كتاب القسمة ٣٣١
كتاب الرهون ٣٥١
كتاب الحجر ٣٧٧
كتاب التفليس ٣٩١
كتاب الصلح ٤١٥

كتاب الكفالة ٤٢١
كتاب الحوالة ٤٣٥
كتاب الوكالة ٤٤٣
كتاب اللقطة ٤٥٧
كتاب الوديعة ٤٧٧
كتاب العارية ٤٨٩
كتاب الغصب ٥٠١
كتاب الاستحقاق ٥٢٧

القسم الثاني[1]

[أسباب الصحة في البيوع المطلقة]

والأسباب والشروط المصحّحة للبيع هي بالجملة ضدّ الأسباب المفسدة له، وهي منحصرة في ثلاثة أجناس: النظر الأول: في العقد. والثاني: في المعقود عليه. والثالث: في العاقدَين. ففي هذا القسم ثلاثة أبواب:

الباب الأول في العقد

والعقد لايصحّ إلّا بألفاظ البيع والشراء* .....

---

* اختلف فقهاء الإماميّة في انعقاد البيع اللازم، هل يتوقّف علىٰ صيغة خاصّة مثل: «بعت وشريت وملّكت بالتشديد» في الإيجاب، و«قبلت ورضيت واشتريت وشريت وابتعت وتملّكت وملكت» في القبول، أو يكفي مطلق اللفظ الظاهر في المعنى العرفي للمقصود؛ كألفاظ الايجاب والقبول المتقدّمة ونحوها، أو يحصل بكلّ ما دلّ على التراضي وعدّه الناس بيعاً ولو بالمعاطاة؟ علىٰ أقوال: ←

---

١. بل الجزء الثالث طبق تقسيمات المؤلّف.

← القول الأول منسوب إلى المشهور، بل كاد يكون إجماعاً، وهو مختاره في الجواهر.

والثاني حكاه في المسالك عن بعض مشايخه المعاصرين، وبنى عليه الشيخ الأنصاري والسيد الحكيم والخوئي وغيرهم.

والثالث محكي عن الشيخ المفيد، وجزم به الأردبيلي والكاشاني والمحدّث البحراني والمحقّق النراقي، بل نسبه الأخير إلىٰ جمع من المتأخّرين.

احتجّ للقول المشهور بالإجماع المنقول والأصول، وبأنّ اللزوم إنّما يكون في البيع، وهو إنّما يتحقّق بتحقّق ما يدلّ على نقل الملك به، والدالّ صريحاً على ذلك منحصر في الصيغة المخصوصة، وظواهر بعض النصوص؛ كالصحيح: الرجل يجيئني فيقول: اشتر هذا الثوب وأربحك كذا وكذا، فقال: «أليس إن شاء أخذ وإن شاء ترك؟» قلت: بلى، قال: «لابأس إنّما يحلّل الكلام ويحرّم الكلام».

وأجيب عن الأول: بمنع الحجية.

وعن الثاني: بما يأتي من الأدلّة، مضافاً إلىٰ أنّه إن أُريد أصالة عدم الملك أو الانتقال أو ترتّب أحكام البيع فهي ثابتة، وإن أُريد أصالة عدم اللزوم فممنوعة.

وعن الثالث: بأنّه إن أُريد بالدالّ صريحاً بحسب الوضع الحقيقي فمع تحكّم التخصيص ليست الصيغة المخصوصة أيضاً كذلك، وإن أُريد مطلقاً فالانحصار ممنوع.

وعن الرابع: بأنّه ليس ظاهراً في مطلوبهم، بل ولا محتملاً له؛ لأنّه لايلائم جعل قوله: «إنّما يحرم» تعليلاً لسابقه، بل المراد: أنّه إن كان بحيث إن شاء أخذ وإن شاء ترك، ولم يقل ما يوجب البيع: لابأس، وإلاّ ففيه بأس؛ لأنّه يحرّم ويحلّل بكلام، فإن أوجب البيع يحرم، وإلّا فيحلّ.

واستدلّ للقول الثاني بالإطلاقات والعمومات، واعتبار اللفظ في المحاورات، وعدم الدليل على اعتبار الصراحة، بل مقتضى السيرة العرفية المحاورية عدم ←

التي صيغتها ماضية * مثل أن يقول البائع: قد بعتُ منك، ويقول المشتري: قد اشتريت

← اعتبارها في إبراز المقاصد العقلائية التي منها العقود والإيقاعات.

ومستند القول الثالث مفهوم الغاية في الأخبار الصحيحة بأنّ «البيّعان بالخيار حتى يفترقا»، وعموم الصحيحين في أحدهما: «فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما»، وفي الآخر: «فإذا افترقا فقد وجب البيع» ونحوهما غيرها.

هذا كلّه في من تمكّن من التلفظ، وإلّا فتكفي الإشارة المفهمة ـ بلا خلاف ـ كالأخرس ومن بلسانه آفة مع عدم القدرة على التوكيل. (مسالك الأفهام ٣: ١٤٧، الحدائق الناضرة ١٨: ٣٤٨ ـ ٤٥١، مستند الشيعة ١٤: ٢٥٣ـ٢٥٨، جواهر الكلام ٢٢: ٢١٠، التنقيح في شرح المكاسب ٣٦: ١٨١، ١٨٥ ـ ١٩٤، مهذّب الأحكام ١٦: ٢١٥).

* المشهور عند الإماميّة اشتراط الماضوية في صيغة البيع، وإليه ذهب صاحب الجواهر.

خلافاً لمن جوّز الانشاء بالمضارع والأمر، وقد حكي ذلك عن القاضي ابن البرّاج وقوّاه الشيخ الأنصاري واختاره السيد الخوئي والامام الخميني وغيرهم.

والوجه في اختيار المشهور: أنّ الإنشاء بغير الماضي خارج عن العقود المتعارفة فلاتشمله العمومات، وبأنّ الماضي صريح في الإنشاء، بخلاف غيره من الأمر والمضارع، فإنّ الأول استدعاء والثاني أشبه شيء بالوعد.

وضعّف الكلّ:

أما الأول فهو وإن كان العقود والإيقاعات تنشأ غالباً بالماضي، إلّا أنّ ذلك لا يوجب عدم صحة الايجاب والقبول بغير الماضي كما هو واضح.

وأمّا الثاني فإنّه توهّم فاسد، إذ لو أريد من ذلك عدم صراحتهما في الإنشاء ولو بالقرائن الحالية أو المقالية فهو جارٍ في الماضي أيضاً، لأنّه ليس بصريح في الانشاء ضرورة أنّه يستعمل تارة في الإخبار وأخرىٰ في الإنشاء، وعليه فلايكون صريحاً في الثاني، بل هو وغيره سيّان في عدم الدلالة على الإنشاء صريحاً بحسب الوضع الأولي. ←

منك[١]. وإذا قال له: بعني سلعتك بكذا وكذا، فقال: قد بعتها، فعند مالك أنّ البيع قد وقع، وقد لزم المستفهم إلّا أن يأتي في ذلك بعذر[٢]، وعند الشافعي أنّه لايتمّ البيع حتّىٰ يقول المشتري: قد اشتريت[٣].

وكذلك إذا قال المشتري للبائع: بكم تبيع سلعتك؟ فيقول المشتري بكذا وكذا، فقال: قد اشتريت منك، اختلف: هل يلزم البيع أم لا حتىٰ يقول: قد بعتها منك؟ وعند الشافعي أنّه يقع البيع بالألفاظ الصريحة وبالكناية[٤]، ولا أذكر لمالك في ذلك قولاً. ولايكفي عند الشافعي المعاطاة دون قول[٥]*.

← ولو أُريد من ذلك عدم صراحتهما في الإنشاء حتى مع اقترانهما بالقرائن فهو ممنوع جزماً.

واحتجّ القائل بعدم الاشتراط بإطلاق أدلّة العقود وعموماتها، وما ورد في بيع الآبق واللبن في الضرع من الإيجاب بلفظ المضارع. (مسالك الأفهام ٣: ١٥٢ ـ ١٥٣، جواهر الكلام ٢٢: ٢٥٢ ـ ٢٥٣، التنقيح في شرح المكاسب ٣٦: ٢٠١ ـ ٢٠٣، مهذّب الأحكام ١٦: ٢١٦).

* اختلفت الإماميّة في مسألة (المعاطاة) علىٰ عدّة أقوال:

الأول: إفادة المعاطاة الملك اللازم مطلقاً، وهو قول المفيد من المتقدّمين، وبعض العلماء المتأخّرين.

الثاني: إفادة المعاطاة الملكية المتزلزلة والجائزة وبالتلف أو التصرّف المغيّر ←

---

١. الحاوي الكبير ٥: ٣٩، ٤٠، المنتقىٰ للباجي ٤: ١٥٧، تحفة الفقهاء ٢: ٢٩، المغني لابن قدامة ٤: ٤.

٢. أنظر: المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٢٢٢ ـ ٢٢٣، البيان والتحصيل ٨: ٢٧٤ ـ ٢٧٥، النوادر والزيادات ٦: ٤٠٥ ـ ٤٠٦، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٥٢٦.

٣. الوجيز ١: ١٣٢، إلّا أنّه قد صرّحت كثير من المصادر الشافعية بصحة البيع قولاً واحداً، أنظر: المهذّب للشيرازي ٣: ١١، الحاوي الكبير ٥: ٤١، حلية العلماء ٤: ١٤، التنبيه للشيرازي: ٨٧.

٤. الوجيز ١: ١٣٣، العزيز شرح الوجيز ٤: ١٢.

٥. المهذّب للشيرازي ٣: ١٠، حلية العلماء ٤: ١٣.

ولا خلاف فيما أحسب أنّ الإيجاب والقبول المؤثّرين في اللزوم لايتراخىٰ أحدهما عن الثاني * حتى يفترق المجلس، أعني: أنّه متىٰ قال البائع: قد بعت سلعتي بكذا وكذا،

← تصير لازمة، وهو قول المحقّق الكركي، ناسباً له إلىٰ ظاهر الأصحاب.

الثالث: إفادة المعاطاة الإباحة، ولاتفيد الملك، وادّعي عليه المشهورية تارة، والإجماع أُخرىٰ.

الرابع: التفصيل بين ما إذا كان الدالّ على التراضي بالمعاملة لفظاً فتفيد الملك اللازم، وبين غيره فتفيد الملك الجائز.

ويدلّ على القول الأول: أنّ البيع عبارة عن تبديل عين بعوض في عالم الاعتبار في جهة الملكية المبرز في الخارج بإحدىٰ المبرزات، وهذا كما ترىٰ متحقّق في المعاطاة أيضاً باسره، وعليه فالمعاطاة بيع حقيقة ومفيدة للملك اللازم، إذ يشملها عمومات حلّ البيع والتجارة، بل وعموم: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ لأنّها بيع ومصداق للتجارة عن تراضٍ، كما يصدق عليها أنّها عقد فيجب الوفاء به، وعليه فالقاعدة الأولية تقتضي القول الأول.

وهناك أقوال أُخرىٰ أعرضنا عن ذكرها روماً للاختصار. (جامع المقاصد ٤: ٥٧ ـ ٥٩، مفتاح الكرامة ٨: ٢٧٠ ـ ٢٨٢، التنقيح في شرح المكاسب ٣٦: ٦٨ ـ ١١٠، مهذّب الأحكام ١٦: ٢٢٦ ـ ٢٣٨).

* المعروف عند الإماميّة اعتبار الموالاة بين الإيجاب والقبول في البيع، بمعنى عدم الفصل الطويل بينهما بما يخرجهما عن عنوان العقد والمعاقدة عند العرف، فلايضرّ الفصل بحيث يصدق معه أنّ هذا قبول لذلك الإيجاب.

خلافاً للسيد الخوئي في مصباح الفقاهة، واختاره السيد القمي في مباني المنهاج.

استدلّ المشهور بعدّة وجوه:

أحدها: أنّ لكلّ عقد وعهد بين شخصين نحو وحدة عرفية اتّصالية، تزول تلك الوحدة بتخلّل ما ينافيها في البين، لذلك لايصدق المعاقدة إذا كان الفصل مفرطاً في الطول عند العرف، فلايشمله دليل وجوب الوفاء بالعقد. ←

فسكت المشتري ولم يقبل البيع حتىٰ افترقا، ثم أتىٰ بعد ذلك فقال: قد قبلت، أنّه لايلزم ذلك البائع[١].

واختلفوا متىٰ يكون اللزوم: فقال مالك وأبو حنيفة وأصحابهما، وطائفة من أهل

← وردّ: أولاً: أنّ دليل صحة المعاملات ولزومها غير منحصر بآية وجوب الوفاء بالعقد، بل تدلّ على ذلك أيضاً آية التجارة عن تراضٍ...

وثانياً: ليس هناك وجه صحيح للمنع عن كون العقد الفاقد للموالاة مشمولاً لآية وجوب الوفاء بالعقد، ضرورة أنّ العقد ليس اسماً للّفظ المركّب من الايجاب والقبول، بل هو عبارة عن العهد المطلق أو العهد المشدّد، وهذا المعنى أمر نفساني قائم باعتبار الموجب والقابل معاً، ومن الواضح أنّه لاينفصم بتخلّل الفصل بين الإيجاب والقبول اللفظيين. نعم لابدّ وأن يعدّ ذلك مظهراً في نظر أهل العرف لذلك الاعتبار النفساني.

ثانيها: أنّه مع عدم الموالاة؛ إمّا أن يطابق القبول مع الإيجاب، وإمّا لايطابق، أمّا على الأول فيلزم تحقّق الانتقال من حين الايجاب فيكون القبول مثل الإجازة في البيع الفضولي على الكشف، وأمّا على الثاني فيلزم عدم التطابق بين الإيجاب والقبول، والحال أنّه يشترط.

وضعّف: أولاً: أنّ هذا الإشكال جارٍ في الفصل القصير، فإنّ حكم الأمثال واحد.

وثانياً: لايلزم التطابق بين الإيجاب والقبول بهذا المعنى، فإنّ البائع يجعل ملكه للمشتري في مقابل الثمن من زمان الإيجاب، والمشتري يقبل من زمان القبول، والأثر الشرعي والعقلائي مترتّب على العقد من زمان القبول.

ثالثها: السيرة المستمرة بين العقلاء ـ خلفاً عن سلف ـ على اعتبار الموالاة بالمعنى المذكور، ولم يثبت الردع عنها. (المكاسب ٣: ١٥٧، التنقيح في شرح المكاسب ٣٦: ٢١١، مهذّب الأحكام ١٦: ٢١٩، مباني منهاج الصالحين ٧: ٣٦٦ ـ ٣٦٨، جواهر الكلام ٢٢: ٢٥٥).

---

١. الحاوي الكبير ٥: ٤٢، المقدّمات الممهّدات ٢: ٩٨، تحفة الفقهاء ٢: ٣١.

المدينة: إنّ البيع يلزم في المجلس بالقول وإن لم يفترقا[١]، وقال الشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور وداود وابن عمر من الصحابة رضي الله عنهم: البيع لازم بالافتراق من المجلس * وأنّهما مهما لم يفترقا فليس يلزم البيع ولا ينعقد[٢]، وهو قول ابن أبي ذئب[٣] في طائفة من أهل المدينة وابن المبارك وسوار القاضي وشريح القاضي[٤] وجماعة من التابعين وغيرهم[٥]، وهو مروي عن ابن عمر وأبي برزة الأسلمي من الصحابة[٦] ولا مخالف لهما من الصحابة.

---

* اجمع فقهاء الإماميّة على سقوط الخيار بمفارقة كل منهما صاحبه.

كما لا خلاف بينهم في حصول المفارقة ببعد أحدهما عن صاحبه ولو بخطوة.

واستدلوا بنصوص.

منها: الصحيح: قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: «بايعت رجلاً، فلمّا بعته قمت فمشيت خُطىً ثم رجعت إلى مجلسي ليجب البيع حين افترقنا».

ومنها: صحيح فضل: البيعان بالخيار ما لم يفترقا فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما. إلى غير ذلك من الاخبار. (تذكرة الفقهاء ١١: ٢١، الحدائق الناضرة ١٩: ١٠، رياض المسائل ٨: ١٨٠، مستند الشيعة ١٤: ٣٦٩، جواهر الكلام ٢٣: ١٣، المكاسب ٥: ٦٦، مهذّب الأحكام ١٧: ٨٢).

وعمدة المشترطين لخيار المجلس: حديث مالك عن نافع عن ابن عمر: أنّ رسول

---

١. المقدّمات الممهّدات ٢: ٩٨، مختصر اختلاف العلماء ٣: ٤٦، الاستذكار ٢٠: ٢٢٦ ـ ٢٢٧، مختصر القدوري: ٧٨.

٢. مختصر المزني: ٨٤، الحاوي الكبير ٥: ٣٠، الاستذكار ٢٠: ٢٢٩ ـ ٢٣٠، المحلّى بالآثار ٨: ٣٥٤، فتح المالك ٨: ١٤٧، حلية العلماء ٤: ١٥، المغني لابن قدامة ٤: ٧.

٣. محمد بن عبدالرحمان بن المغيرة بن الحارث بن أبي ذئب؛ هشام بن شعبة بن عبدالملك؛ أبو الحارث المدني، أحد الائمة الأعلام، مات سنة ١٥٩هـ. (الخلاصة ٢: ٤٣١ الرقم ٦٤٤١، تقريب التهذيب ٢: ١٨٤)

٤. شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم بن معاوية الكندي؛ أبو أمية الكوفي، مخضرم، وثّقه ابن معين، مات سنة ثمانين. (الخلاصة ١: ٤٤٧ الرقم ٢٩٣٧، تقريب التهذيب ١: ٣٤٩، الثقات ٤: ٣٥٢)

٥. الاستذكار ٢٠: ٢٢٩ ـ ٢٣٠، فتح المالك ٨: ١٤٧، الحاوي الكبير ٥: ٣٠، المغني لابن قدامة ٤: ٧.

٦. فتح المالك ٨: ١٤٧، الحاوي الكبير ٥: ٣٠، المغني لابن قدامة ٤: ٧.

الله ﷺ قال: «المتبايعان كلّ واحد منهما بالخيار علىٰ صاحبه ما لم يفترقا، إلّا بيع الخيار».

وفي بعض روايات هذا الحديث: «إلّا أن يقول أحدهما لصاحبه: اختر»[١و٢] وهذا حديث إسناده عند الجميع من أوثق الأسانيد وأصحّها، حتىٰ لقد زعم أبو محمد أنّ مثل هذا الإسناد يوقع العلم وإن كان من طريق الآحاد[٣].

وأمّا المخالفون فقد اضطرب بهم وجه الدليل لمذهبهم في ردّ العمل بهذا الحديث، فالذي اعتمد عليه مالك ﷺ في ردّ العمل به أنّه لم يلف عمل أهل المدينة عليه[٤] مع أنّه قد عارضه عنده ما رواه من منقطع حديث ابن مسعود أنّه قال: «أيّما بيّعين تبايعا فالقول قول البائع أو يترادّان»[٥] فكأنّه حمل هذا علىٰ عمومه، وذلك يقتضي أن يكون في المجلس وبعد المجلس، ولو كان المجلس شرطاً في انعقاد البيع لم يكن يحتاج فيه إلىٰ تبيين حكم الاختلاف في المجلس؛ لأنّ البيع بعد لم ينعقد، ولا لزم، بل بعد الافتراق من المجلس، وهذا الحديث منقطع، ولايعارض به الأول، وبخاصة أنّه لايعارضه إلّا مع توّهم العموم فيه، والأولىٰ أن ينبني هذا علىٰ ذلك، وهذا الحديث لم يخرجه أحد مسنداً فيما أحسب، فهذا هو الذي اعتمده مالك ﷺ في ترك العمل بهذا الحديث[٦].

وأمّا أصحاب مالك فاعتمدوا في ذلك علىٰ ظواهر سمعية وعلى القياس، فمن أظهر

---

١. الموطّأ ٢: ٦٧١، كتاب البيوع، باب بيع الخيار، الحديث ٧٩، صحيح البخاري ٣: ٨٤، كتاب البيوع، باب البيّعان بالخيار ما لم يتفرقا، وباب إذا خيّر أحدهما صاحبه بعد البيع فقد وجب البيع، صحيح مسلم ٣: ١١٦٣، كتاب البيوع، باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين، الحديث ٤٣، ١٥٣١/٤٤.

٢. مختصر المزني: ٨٤، الحاوي الكبير ٥: ٣٣ ـ ٣٤، المغني لابن قدامة ٤: ٧.

٣. المحلّىٰ بالآثار ٨: ٣٥٢.

٤. الموطّأ ٢: ٦٧١، كتاب البيوع، باب بيع الخيار، المقدّمات الممهّدات ٢: ٩٥، فتح المالك ٨: ١٤٥.

٥. الموطّأ ٢: ٦٧١، كتاب البيوع، باب بيع الخيار، الحديث ٨٠.

٦. الاستذكار ٢٠: ٢٢٠ ـ ٢٢١.

الظواهر في ذلك قوله عزّ وجلّ: ﴿يا أَيُّها الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالعُقُودِ﴾[١] والعقد هو الإيجاب والقبول والأمر على الوجوب، وخيار المجلس يوجب ترك الوفاء بالعقد؛ لأنّ له عندهم أن يرجع في البيع بعد ما أنعم ما لم يفترقا[٢].

وأمّا القياس فإنّهم قالوا: عقد معاوضة، فلم يكن لخيار المجلس فيه أثر، أصله سائر العقود، مثل: النكاح والكتابة والخلع والرهون والصلح على دم العمد[٣]، فلمّا قيل لهم: إنّ الظواهر التي تحتجّون بها يخصّصها الحديث المذكور، فلم يبق لكم في مقابلة الحديث إلّا القياس، فيلزمكم علىٰ هذا أن تكونوا ممّن يرىٰ تغليب القياس على الأثر، وذلك مذهب مهجور عند المالكية، وإن كان قد روي عن مالك تغليب القياس على السماع[٤]، مثل قول أبي حنيفة[٥]، فأجابوا عن ذلك بأنّ هذا ليس من باب ردّ الحديث بالقياس ولا تغليب، وإنّما هو من باب تأويله وصرفه عن ظاهره. قالوا: وتأويل الظاهر بالقياس متّفق عليه عند الأصوليين، قالوا: ولنا فيه تأويلان:

أحدهما: أنّ المتبايعين في الحديث المذكور هما المتساومان اللذان لم ينفذ بينهما البيع[٦] فقيل لهم: إنّه يكون الحديث علىٰ هذا لا فائدة فيه؛ لأنّه معلوم من دين الأُمة أنّهما بالخيار إذا لم يقع بينهما عقد بالقول[٧].

---

١. سورة المائدة: الآية ١.

٢. فتح المالك ٨: ١٤٥ ـ ١٤٦، المعونة ٢: ١٠٤٣.

٣. المعونة ٢: ١٠٤٣، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٥٢٢، المنتقىٰ للباجي ٥: ٥٥.

٤. المقدمة في الأصول: ١١٠ ـ ١١١، البيان والتحصيل ٩: ١٩٠، ١٨: ٤٨٢، المقدّمات الممهّدات ٢: ٢٦٢، ٣: ٤٨٣.

٥. المذكور في مصادر الحنفية، بل وغيرها هو تقديم الأثر على القياس، أنظر: أصول السرخسي ١: ٣٣٩، تيسير التحرير ٣: ١١٦، فواتح الرحموت ٢: ١٧٧، البيان والتحصيل ١٨: ٤٨٢، المقدّمات الممهّدات ٣: ٤٨٣، إلّا أنّه نسب بعضهم إليه تقديم القياس، أنظر: البحر المحيط ٥: ٣٥.

٦. الاستذكار ٢٠: ٢٢٧، المنتقىٰ للباجي ٥: ٥٥، المقدّمات الممهّدات ٢: ٩٥.

٧. الاستذكار ٢٠: ٢٣٩، فتح المالك ٨: ١٤٩، المقدّمات الممهّدات ٢: ٩٧.

وأمّا التأويل الآخر فقالوا: إنّ التفرّق هاهنا إنّما هو كناية عن الافتراق بالقول لا التفرّق بالأبدان، كما قال الله تعالى: ﴿وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ ٱللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ﴾[١و٢] والاعتراض علىٰ هذا أنّ هذا مجاز لا حقيقة، والحقيقة هي التفرُّق بالأبدان[٣]، ووجه الترجيح: أن يقاس بين ظاهر هذا اللفظ والقياس، فيُغلَّب الأقوىٰ، والحكمة في ذلك هي لموضع الندم. فهذه هي أصول الركن الأول الذي هو العقد.

---

١. سورة النساء: الآية ١٣٠.

٢. الاستذكار ٢٠: ٢٢٧ ـ ٢٢٨، المنتقىٰ للباجي ٥: ٥٥، المقدّمات الممهّدات ٢: ٩٥.

٣. أنظر: الاستذكار ٢٠: ٢٣٩، الحاوي الكبير ٥: ٣٣.

الباب الثاني [في المعقود عليه]

وأمّا الركن الثاني: الذي هو المعقود عليه، فإنّه يشترط فيه سلامته من الغرر والربا، وقد تقدَّم المختلف في هذه من المتفّق عليه، وأسباب الاختلاف في ذلك، فلا معنىٰ لتكراره. والغرر ينتفي عن الشيء بأن يكون معلوم الوجود معلوم الصفة معلوم القدر مقدوراً علىٰ تسليمه، وذلك في الطرفين: الثمن والمثمون معلوم الأجل أيضاً إن كان بيعاً مؤجّلاً[1].

---

١. الإجماع لابن المنذر: ١٥٨، ١٦٢، ١٦٣، مراتب الإجماع: ٨٣ ـ ٨٤، الاستذكار ٢٠: ٩٧، الإفصاح ١: ٣٠٢.

الباب الثالث [في العاقدين]

وأمّا الركن الثالث: وهما العاقدان، فإنّه يشترط فيهما أن يكونا مالكين تامي الملك، أو وكيلين تامي الوكالة بالغين *، وأن يكونا مع هذا غير محجور عليهما أو علىٰ أحدهما، إمّا لحقّ أنفسهما؛ كالسفيه عند من يرىٰ التحجير عليه، أو لحقّ الغير كالعبد، إلّا أن يكون العبد مأذوناً له في التجارة[1] **.

---

* أجمع فقهاء الإماميّة علىٰ أنّ من شروط المتعاقدين أن يكون كلّ من البائع والمشتري مالكاً للعوضين، أو وليّاً لهما كالأب والجدّ له والحاكم الشرعي وأمينه والوصي، أو وكيلاً، مضافاً للنصوص الواضحة والمستفيضة. (تذكرة الفقهاء ١٠: ١٤، مسالك الأفهام ٣: ١٥٧، رياض المسائل ٨: ١١٨ ـ ١١٩، مستند الشيعة ١٤: ٢٧٠، جواهر الكلام ٢٢: ٢٧٢).

** أجمع الإماميّة علىٰ عدم جواز بيع السفيه لأنّه محجور عليه شرعاً في جميع تصرفاته المالية ببيع أو غيره كتاباً وسنّة واجماعاً.

قال تعالى: ﴿وَٱبْتَلُوا ٱلْيَتَامىٰ حَتّىٰ إِذا بَلَغُوا ٱلنِّكاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوالَهُمْ﴾ ومن السنّة نصوص كثيرة كقول الصادق عليه السلام: وإن احتلم ولم يؤنس منه رشده وكان سفيهاً أو ضعيفاً فليمسك عنه وليه ماله.

وأجمعوا علىٰ أن المملوك ممنوع عن التصرّف في ماله إلّا أن يأذن له مولاه لعموم أدلّة عدم استقلاله في أموره قال تعالى: ﴿ضَرَبَ اللّٰهُ مَثَلاً عَبْداً مَمْلُوكاً لا يَقْدِرُ عَلىٰ شَيءٍ﴾. ←

---

١. مراتب الإجماع: ٥٩، ٨٣، ٨٩، الإفصاح ١: ٢٧٠، الإقناع لابن القطّان ٢: ٢١١.

واختلفوا من هذا في بيع الفضولي: هل ينعقد أم لا؟ وصورته: أن يبيع الرجل مال غيره بشرط إن رضي به صاحب المال أمضىٰ البيع وإن لم يرض فُسخ، وكذلك في شراء الرجل للرجل بغير إذنه، علىٰ أنّه إن رضي المشتري صحّ الشراء، وإلّا لم يصحّ، فمنعه الشافعي في الوجهين جميعاً[١] وأجازه مالك في الوجهين جميعاً[٢]*، وفرّق أبوحنيفة بين البيع والشراء، فقال: يجوز في البيع ولايجوز في الشراء[٣].

← وقال أبو جعفر عليه السلام: المملوك ما دام عبداً فإنّه وماله لأهله لايجوز له تحرير ولا كثير عطاء ولا وصية إلّا أن يشاء سيده. (تذكرة الفقهاء ١٠: ٢٣، رياض المسائل ٨: ١١٤، المكاسب ٣: ٣٣٧، مهذّب الأحكام ٢١: ١٩٣، مستند الشيعة ١٤: ٢٦٦).

* قسم فقهاء الإماميّة بيع الفضولي إلىٰ صور ثلاث:

الأولى: أن يبيع للمالك مع عدم سبق المنع منه، وهذه الصورة هي القدر المتيقّن من بيع الفضولي.

الثانية: أن يبيع للمالك مع سبق المنع منه.

الثالثة: أن يبيع لنفسه، كبيع الغاصب.

أمّا الصورة الأولى فالمشهور صحّة بيع الفضولي مع الإجازة اللاحقة من المالك، واختاره الشيخ الأنصاري والسيد الخوئي والسيد الخميني وغيرهم. خلافاً للشيخ الطوسي في الخلاف والمبسوط من بطلان البيع، وارتضاه فخر المحقّقين وبنى عليه النراقي من المتأخّرين. ←

---

١. البيان للعمراني ٥: ٥٩، الإقناع للماوردي: ٩١ ـ ٩٢، الوسيط ٣: ٢٢، حلية العلماء ٤: ٧٤، التهذيب للبغوي ٣: ٥٣٠.

٢. الإشراف لعبدالوهاب ٢: ٥٦١، المعونة ٢: ١٠٣٨ ـ ١٠٣٩ عيون المجالس ٣: ١٤٩٥ـ١٤٩٦.

٣. بدائع الصنائع ٦: ٥٦٩، ٥٧٩ ـ ٥٨٠، طريق الخلاف بين الإسلاف: ٣٥٧ ـ ٣٥٨، ٣٦٠، الهداية للمرغيناني ٣: ٧٥ ـ ٧٦، المحيط البرهاني ٦: ٤٣١، وفي جميع هذه المصادر الاقتصار على ذكر جواز البيع، بل يظهر جواز الشراء أيضاً من بعضها، ولعلّ المصنّف أخذه من عيون المجالس ٣: ١٤٩٦.

← واستدلّ له بعموم أدلّة البيع والعقود، واشتهر الاستدلال علىٰ صحّة البيع هنا بقضية عروة البارقي حيث دفع إليه النبي ﷺ ديناراً وقال له: «اشتر لنا به شاة للأضحية» فاشترى به شاتين ثم باع أحدهما في الطريق بدينار، فأتى النبي ﷺ بالشاة والدينار، فقال له رسول الله ﷺ: «بارك الله في صفقة يمينك» وهذا بيع وقع فضولاً.

ولكن السيد الخوئي جعل عمدة الدليل عليه التمسّك بالعمومات والمطلقات، فإنّها شاملة له من دون ما يصلح للمنع. واستدلّ لبطلان بيع الفضولي وعدم صحّته بالإجازة اللاحقة من المالك بوجوهٍ كلّها ضعيفة، غير ناهضة بالمطلوب.

وأمّا الصورة الثانية فالمشهور أيضاً صحّة بيع الفضولي مطلقاً، وحكي عن المحقّق الكركي التفصيل بين سبق المنع وعدمه، لكن ضعّفه غير واحد من الأعلام.

وقد احتجّ الامام الخميني لصحة البيع في هذه الصورة بأنّ النهي لا يوجب انعدام ما فعله الفضولي، لا حقيقة ولا في اعتبار العقلاء، وعليه فالنهي لا يوجب عدم صدق البيع جزماً فتشمله عمومات الانفاذ.

وقال السيد الخوئي: إن كان الدليل على صحّة بيع الفضولي هو العمومات فلا يفرّق في ذلك، بينما يكون مسبوقاً بمنع المالك وعدمه، فإنّه مع لحوق الإجازة يكون مشمولاً للعمومات في كلتا الصورتين، وإلّا فلا.

وأمّا الصورة الثالثة فالمنسوب إلى المشهور صحّة بيع الفضولي أيضاً، وذهب إليه الشيخ الأنصاري والسيد الخوئي والإمام الخميني. قال السيد الخوئي: لا شبهة في أنّ بيع الفضولي لنفسه مع لحوق الإجازة من المالك مشمول للعمومات والمطلقات الدالّة على صحّة العقود ولزومها.

ولا فرق في ذلك بين بيع الفضولي والشراء الفضولي؛ لأنّه أيضاً بيع ونقل ملك للثمن إلى البائع، كما صرّح به بعضهم. (مستند الشيعة ١٤: ٢٧٤ ـ ٢٧٧، المكاسب ٣: ٣٤٩ ـ ٣٧٦، منهاج الفقاهة ٤: ١٠ ـ ٤٤، مصباح الفقاهة ٤: ١٦ ـ ١١٢، البيع للإمام الخميني ٢: ١٤١ ـ ١٨٥، مهذّب الأحكام ١٦: ٣١٢).

وعمدة المالكية ما روي: أن النبي ﷺ دفع إلىٰ عروة البارقي ديناراً وقال: «اشتر لنا من هذا الجلب شاة» قال: فاشتريتُ شاتين بدينار، وبعتُ إحدى الشاتين بدينار، وجئت بالشاة والدينار، فقلت: يارسول الله! هذه شاتكم ودينياركم، فقال: «اللّهم بارك له في صفقة يمينه»[١] ووجه الاستدلال منه: أنّ النبي ﷺ لم يأمره في الشاة الثانية، لا بالشراء ولا البيع، فصار ذلك حجّة علىٰ أبي حنيفة في صحة الشراء للغير، وعلىٰ الشافعي في الأمرين جميعاً[٢].

وعمدة الشافعي: النهي الوارد عن بيع الرجل ما ليس عنده[٣و٤*]، والمالكية تحمله على بيعه لنفسه لا لغيره، قالوا: والدليل علىٰ ذلك أنّ النهي إنّما ورد في حكيم بن حزام، وقضيته مشهورة، وذلك إنّه كان يبيع لنفسه ما ليس عنده[٥].

وسبب الخلاف: المسألة المشهورة: هل إذا ورد النهي علىٰ سببٍ حُمل علىٰ سببه أو يعمّ؟

فهذه هي أصول هذا القسم، وبالجملة: فالنظر في هذا القسم هو منطوٍ بالقوة في الجزء الأول، ولكن النظر الصناعي الفقهي يقتضي أن يفرد بالتكلّم فيه. وإذ قد تكلّمنا في هذا الجزء بحسب غرضنا فلنصر إلى القسم الثالث[٦]، وهو القول في الأحكام العامة للبيوع الصحيحة.

---

* قال العلّامة: لايجوز أن يبيع عيناً لايملكها ويمضي ليشتريها ويسلّمها، ولانعلم فيه خلافاً؛ لنهي النبي ﷺ عن بيع ما ليس عندك، ولاشتماله علىٰ الغرر، فإنّ صاحبها قد لايبيعها، وهو غير مالك لها، ولا قادر علىٰ تسليمها. (تذكرة الفقهاء ١٠: ١٦).

---

١. سنن ابن ماجة ٢: ٨٠٣، كتاب الصدقات، باب الأمين يتجر فيه فيربح ح٢٤٠٢، سنن أبي داود ٣: ٢٥٦، كتاب البيوع والإجارات، باب في المضارب يخالف، ح٣٣٨٤.

٢. الإشراف لعبدالوهاب ٢: ٥٦١، المعونة ٢: ١٠٣٩.

٣. تقدم تخريجه.

٤. البيان للعمراني ٥: ٥٩، العزيز شرح الوجيز ٤: ٣١.

٥. أنظر: النوادر والزيادات ٦: ٨٩.

٦. الصواب: الجزء الرابع.

القسم الثالث[1]

في الأحكام العامة للبيوع الصحيحة

وهذا القسم تنحصر أصوله التي لها تعلّق قريب بالمسموع في أربع جمل:

الجملة الأُولىٰ: في أحكام وجود العيب في المبيعات.

الجملة الثانية: في الضمان في المبيعات متىٰ ينتقل من ملك البائع إلىٰ ملك المشتري.

والثالثة: في معرفة الأشياء التي تتبع المبيع ممّا هي موجودة فيه حين البيع من التي لا تتبعه.

والرابعة: في اختلاف المتبايعين وإن كان الأليق به كتاب الأقضية.

وكذلك أيضاً من أبواب أحكام البيوع الاستحقاق، وكذلك الشفعة هي أيضاً من الأحكام الطارئة عليه، لكن جرت العادة أن يفرد لها كتاب.

الجملة الأُولىٰ

وهذه الجملة فيها بابان:

الباب الأول: في أحكام وجود العيوب في البيع المطلق.

---

١. والصواب: الجزء الرابع حسب تقسيمات المؤلّف.

والباب الثاني: في أحكامها في البيع بشرط البراءة.

الباب الأول في أحكام العيوب في البيع المطلق

والأصل في وجود الردّ بالعيب قوله تعالىٰ: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ مِنْكُمْ﴾[١] وحديث المصرّاة المشهور[٢و٣].

ولمّا كان القائم بالعيب لايخلو أن يقوم في عقد يوجب الردّ أو يقوم في عقد لايوجب ذلك، ثم إذا قام في عقد يوجب الردّ، فلا يخلو أيضاً أن يقوم بعيب يوجب حكماً أو لا يوجبه، ثم إن قام بعيب يوجب حكماً فلا يخلو المبيع أيضاً أن يكون قد حدث فيه تغيّر بعد البيع أو لايكون، فإن كان لم يحدث فما حكمه؟ وإن كان حدث فيه فكم أصناف التغييرات وما حكمها؟ كانت الفصول المحيطة بأصول هذا الباب خمسة:

الفصل الأول: في معرفة العقود التي يجب فيها بوجود العيب حكم، من التي لايجب ذلك فيها.

الثاني: في معرفة العيوب التي توجب الحكم وما شرطها الموجب للحكم فيها.

الثالث: في معرفة حكم العيب الموجب إذا كان المبيع لم يتغيّر.

الرابع: في معرفة أصناف التغيّرات الحادثة عند المشتري وحكمها.

الخامس: في القضاء في هذا الحكم عند اختلاف المتبايعين وإن كان أليق بكتاب الأقضية.

---

١. سورة النساء: الآية ٢٩.

٢. سيأتي قريباً. وهو أن يحبس اللبن في ضرع الحيوان أياماً، فلاتحلب، حتّىٰ إذا بيعت ظنّ المشتري أنّها حلوب، فهو بالخيار حينئذٍ.

٣. المعونة ٢: ١٠٥٠، المقدّمات الممهّدات ٢: ٩٩، ١٠٢.

الفصل الأول في معرفة العقود التي يجب فيها بوجود العيب حكم من التي لايجب فيها

أمّا العقود التي يجب فيها بالعيب حكم بلا خلاف فهي العقود التي المقصود منها المعاوضة[١]*، كما أنّ العقود التي ليس المقصود منها المعاوضة لا خلاف أيضاً في أنّه لاتأثير للعيب فيها؛ كالهبات لغير الثواب[٢] والصدقة[٣].

وأمّا ما بين هذين الصنفين من العقود ـ أعني: ما جمع قصد المكارمة والمعاوضة مثل هبة الثواب ـ فالأظهر في المذهب أنّه لا حكم فيها بوجود العيب، وقد قيل: يحكم به إذا كان العيب مفسداً[٤].

الفصل الثاني في معرفة العيوب التي توجب الحكم وما شرطها الموجب للحكم فيها

وفي هذا الفصل نظران: أحدهما: في العيوب التي توجب الحكم. والنظر الثاني: في الشرط الموجب له.

---

* ظاهر فقهاء الإماميّة ثبوت خيار العيب في البيع وسائر العقود المعاوضية، وعلّل ذلك بما يظهر من أنّ منشأ الثبوت في البيع لكونه معاوضة، لا من جهة خصوص البيعية. (الأقطاب الفقهية: ١١٧، منية الطالب ٣: ٣٩).

---

١. المنتقى للباجي ٤: ١٨٨.

٢. أي: العوض والمكافأة.

٣. المنتقى للباجي ٤: ١٨٨.

٤. المصدر السابق.

النظر الأوّل

فأمّا العيوب التي توجب الحكم، فمنها عيوب في النفس ومنها عيوب في البدن، وهذه منها ما هي عيوب بأن تشترط أضدادها في المبيع وهي التي تسمَّىٰ عيوباً من قبل الشرط، ومنها ما هي عيوب توجب الحكم وإن لم يشترط وجود أضدادها في المبيع، وهذه هي التي فقدها نقص في أصل الخلقة[١]. وأمّا العيوب الأُخر فهي التي أضدادها كمالات، وليس فقدها نقصاً؛ مثل الصنائع، وأكثر ما يوجد هذا الصنف في أحوال النفس، وقد يوجد في أحوال الجسم. والعيوب الجسمانية منها ما هي في أجسام ذوات الأنفس، ومنها ما هي في غير ذوات الأنفس.

والعيوب التي لها تأثير في العقد هي عند الجميع ما نقص عن الخلقة الطبيعية أو عن الخلق الشرعي نقصاناً له تأثير في ثمن المبيع[٢]* وذلك يختلف بحسب اختلاف الأزمان

---

* اتّفق فقهاء الإماميّة ـ في الظاهر ـ علىٰ أنّ ضابط العيوب المجوّزة للردّ هو ما كان زائداً أو ناقصاً عن الخلقة الأصلية، ومراد الجميع كما قيل: عدم الزيادة والنقيصة ذاتاً أو صفةً عن أكثر نوع ذلك المعين.

والأصل في هذا الضابط ـ بعد حكاية الاتّفاق عليه ـ حكم العرف بذلك، مضافاً لما في الخبر: كلّما كان في أصل الخلقة فزاد أو نقص فهو عيب.

ولكن هل يعتبر مع ذلك كون الزيادة والنقصان موجبة لنقص المالية أم لا؟ قولان: ذهب إلى الثاني الشهيد الثاني وغيره، وذلك للاتّفاق علىٰ أنّ الخصاء عيب مع إيجابه زيادة، وكذا عدم الشَّعَر على الركَب، أي: منبت العانة.

والأول مختار العلّامة في بعض كتبه، وذلك لوجوب الاقتصار فيما خالف الأصل على المتيقّن، مع الشكّ في تسمية ذلك عيباً عرفاً فلا يدخل في إطلاق النصوص، ←

---

١. المنتقىٰ للباجي ٤: ١٨٨.

٢. تحفة الفقهاء ٢: ٩٣ ـ ٩٥، المنتقىٰ للباجي ٤: ١٨٨، ١٩٠، الوجيز ١: ١٤٢، المغني لابن قدامة ٤: ٢٦٣.

والعوائد والأشخاص، فربّما كان النقص في الخلقة فضيلة في الشرع؛ كالخفاض في الإماء، والختان في العبيد، ولتقارب هذه المعاني في شيء ممّا يتعامل الناس به وقع الخلاف بين الفقهاء في ذلك. ونحن نذكر من هذه المسائل ما اشتهر الخلاف فيه بين الفقهاء، ليكون ما يحصل من ذلك في نفس الفقيه يعود كالقانون والدستور الذي يعمل عليه فيما لم يجد فيه نصّاً عمّن تقدَّمه، أو فيما لم يقف علىٰ نصّ فيه لغيره.

فمن ذلك وجود الزنا في العبيد، اختلف العلماء فيه، فقال مالك والشافعي: هو عيب[١]*، وقال أبو حنيفة: ليس بعيب، وهو نقص في الخُلق الشرعي الذي هو العفّة[٢]. والزواج عند مالك عيب، وهو من العيوب العائقة عن الاستعمال، وكذلك الدَّين، وذلك أنّ العيب بالجملة هو ما عاق فعلَ النفس أو فعلَ الجسم، وهذا العائق قد يكون في الشيء، وقد يكون من خارج[٣]، وقال الشافعي: ليس الدَّين ولا الزواج بعيب فيما أحسب[٤]**.

← وقد اختاره الشيخ الأنصاري أيضاً. (تذكرة الفقهاء ١١: ١٨٩، الحدائق الناضرة ١٩: ٦٠، رياض المسائل ٨: ٢٥٧، جواهر الكلام ٢٣: ٢٥٨، المكاسب ٥: ٣٥٦ ـ ٣٦٣).

* الظاهر إجماع الإماميّة علىٰ أنّ الزنا والسرقة عيبان في العبد والأمة؛ لتأثيرهما في نقص القيمة، وتعريضهما لإقامة الحدّ، هذا وقيّد بعضهم الحكم بالاعتياد. (تذكرة الفقهاء ١١: ١٩٠، مفتاح الكرامة ١٠: ١٠٦، جواهر الكلام ٢٣: ٢٥٩).

** لا خلاف بين فقهاء الإماميّة أنّ الاستسعاء في الدَّين عيب، بل ادّعىٰ العلّامة الإجماع عليه، وأمّا التزويج فقد ذكر بعضهم ـ من دون نقل خلاف ـ أنّ التزويج ليس بعيب. (تذكرة الفقهاء ١١: ١٩٥، ٢٠٢، جواهر الكلام ٢٣: ٢٦٠، ٢٦١، مفتاح الكرامة ١٠: ١٠٦٦).

---

١. النوادر والزيادات ٦: ٢٥٩، المنتقىٰ للباجي ٤: ١٩٠، الحاوي الكبير ٥: ٢٥٣، التهذيب للبغوي ٣: ٤٤٤ ـ ٤٤٥.

٢. مختصر اختلاف العلماء ٣: ١٥٦، تحفة الفقهاء ٢: ٩٤، الهداية للمرغيناني ٣: ٤١، كتاب الأصل ٥: ١٧٤.

٣. التفريع ٢: ١٧٧، النوادر والزيادات ٦: ٢٦٠، المنتقىٰ للباجي ٤: ١٩٠، الإشراف لعبدالوهاب ٢: ٥٥٦، ٥٥٨.

٤. المهذّب للشيرازي ٣: ١٢٦، الحاوي الكبير ٥: ٢٥٥، البيان للعمراني ٥: ٢٦٣، ٢٦٤، وفيها أنّه ليس له الردّ في الزواج، إلّا أنّه حُكي في الأخير وجهان في المسألة، ولعلّ المصنّف أخذ نسبة عدم الردّ في الزواج إلى الشافعي من الإشراف لعبدالوهاب ٢: ٥٥٨، والمنتقىٰ للباجي ٤: ١٩٠.

والحمل في الرائعة[١] عيب عند مالك[٢]*، وفي كونه عيباً في الوخْش[٣] خلاف في المذهب[٤].

والتصرية عند مالك والشافعي عيب[٥]، وهو حقن اللبن في الثدي أياماً حتّىٰ يوهم ذلك أنّ الحيوان ذو لبن غزير[٦]**. وحجّتهم: حديث المصرّاة المشهور، وهو قوله ﷺ: «لاتصرّوا

---

* أجمع فقهاء الإماميّة علىٰ أنّ الحبل في الإماء عيب، موجب للخيار، وعُلّل ذلك باشتماله على تغرير بالنفس؛ لعدم يقين السلامة بالوضع. (تذكرة الفقهاء ١١: ٢٠٣، مسالك الأفهام ٣: ٢٨٧ ـ ٢٨٨، المكاسب للأنصاري ٥: ٣٦٦).

** الظاهر إجماع الإماميّة علىٰ أنّ التصرية تدليس يوجب الخيار بين الردّ والإمساك، وليست عيباً. والمراد بها: جمع اللبن في الضرع أياماً ليظنّ الجاهل بذلك أنّها حلوب.

كما أجمعوا علىٰ ثبوت التصرية في الشاة؛ للنصوص المنجبرة بالعمل. والمشهور ثبوتها في الناقة والبقرة، بل قيل: إنّه إجماع. قال في الجواهر: إلّا أنّ الإنصاف إن لم يتم الإجماع عدم خلو الإلحاق بعد، بحيث يثبت لهما ما ثبت من أحكام التصرية عن إشكال. نعم ينبغي الجزم به من حيث التدليس إذا كان اللبن هو المقصود أو بعضه، بل ومع الإطلاق؛ لأنّ لبنهما ممّا يقصد. (تذكرة الفقهاء ١١: ٩٥ ـ ١٠٠، مسالك الأفهام ٣: ٢٩١ ـ ٢٩٢، الحدائق الناضرة ١٩: ٩٢ـ٩٥، رياض المسائل ٨: ٢٦٥ ـ ٢٦٦، جواهر الكلام ٢٣: ٢٦٢ ـ ٢٧٣، مفتاح الكرامة ١٠: ١١٠٩ ـ ١١١٠).

---

١. أي: الأمة الرائعة الحسن والجمال.

٢. النوادر والزيادات ٦: ٢٥٨، المعونة ٢: ١٠٦٣، المنتقىٰ للباجي ٤: ١٨٩.

٣. الوخش: رذالة الناس وصغارهم، أنظر: ترتيب كتاب العين، مادة: وخش.

٤. النوادر والزيادات ٦: ٢٥٨، المنتقىٰ للباجي ٤: ١٨٩.

٥. المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٢٨٦، ٢٨٧، عيون المجالس ٣: ١٤٦١، الحاوي الكبير ٥: ٢٣٦، ٢٤١، الاستذكار ٢١: ٨٦، ٨٨، المهذّب للشيرازي ٣: ١٠٧ و١٠٩، البيان للعمراني ٥: ٢٤٧، ٢٥١ـ٢٥٢، وقد صرّحت جلّ هذه المصادر بأنّه يرد معها صاعاً من التمر أو بدل اللبن.

٦. الاستذكار ٢١: ٨٤ ـ ٨٥، البيان للعمراني ٥: ٢٤٧.

الإبل والبقر، فمن فعل ذلك فهو بخير النظرين: إن شاء أمسكها، وإن شاء ردَّها وصاعاً من تمر»[١]. قالوا: فأثبت له الخيار بالردّ مع التصرية، وذلك دالّ علىٰ كونه عيباً مؤثّراً[٢]. قالوا: وأيضاً فإنّه مدلِّس، فأشبه التدليسَ بسائر العيوب[٣].

وقال أبو حنيفة وأصحابه: ليست التصرية عيباً[٤]؛ للاتّفاق علىٰ أنّ الإنسان إذا اشترىٰ شاةً فخرج لبنها قليلاً: أنّ ذلك ليس بعيب[٥]. قالوا: وحديث المصرَّاة يجب أن لا يوجب عملاً؛ لمفارقته الأصول، وذلك أنّه مفارق للأصول من وجوه:

فمنها: أنّه معارض لقوله عليه الصلاة والسلام: «الخراج بالضمان»[٦] وهو أصل متّفق عليه[٧].

ومنها: أنّ فيه معارضة منع بيع طعام بطعام نسيئة، وذلك لا يجوز باتّفاق[٨].

ومنها: أنّ الأصل في المتلفات: إمّا القيم وإمّا المثل، وإعطاء صاع من تمر في لبن ليس قيمة ولا مِثلاً[٩]*.

---

* لا خلاف بين فقهاء الإماميّة ـ بل ادّعي عليه الإجماع ـ أنّه إذا ردّ الشاة المصرَّاة ردّ معها لبنها الموجود حال العقد، لأنّه جزء من المبيع، وأمّا لو تلف اللبن فالمشهور بينهم هو أنّه يردّ معه مثل لبنها أو قيمته مع التعذُّر، بل عن ظاهر مجمع البرهان ←

---

١. صحيح البخاري ٣: ١٤٦ ـ ١٤٧، كتاب البيوع، باب النهي للبائع أن لا يحفِّل الإبل والبقر والغنم...، الحديث ٩٨، صحيح مسلم ٣: ١١٥٥، كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرجل علىٰ بيع أخيه...، الحديث ١٥١٥/١١، الموطأ ٢: ٦٨٣ ـ ٦٨٤، كتاب البيوع، باب ما ينهىٰ عن المساومة والمبايعة، الحديث ٩٦.

٢. الحاوي الكبير ٥: ٢٣٧، الإشراف لعبدالوهاب ٢: ٥٤٨، ٥٤٩، المنتقىٰ للباجي ٥: ١٠٤ ـ ١٠٥.

٣. المصادر السابقة.

٤. مختصر اختلاف العلماء ٣: ٥٩، شرح معاني الآثار ٤: ١٩.

٥. المغني لابن قدامة ٤: ٢٥٣.

٦. سنن أبي داود ٣: ٢٨٤، كتاب البيوع، باب فيمن اشترىٰ عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً، الحديث ٣٥٠٨، سنن الترمذي ٣: ٥٨١ ـ ٥٨٢، كتاب البيوع، باب ما جاء في من يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيباً، الحديث ١٢٨٥.

٧. شرح معاني الآثار ٤: ٢١، الاستذكار ٢١: ٩٢.

٨. شرح معاني الآثار ٤: ٢١، الاستذكار ٢١: ٩٣، المحلّىٰ بالآثار ٩: ٦٨.

٩. شرح معاني الآثار ٤: ٢٠، الاستذكار ٢١: ٩٢ ـ ٩٣، الحاوي الكبير ٥: ٢٣٨.

ومنها: بيع الطعام المجهول ـ أي: الجزاف ـ بالمكيل المعلوم، لأنّ اللبن الذي دلّس به البائع غير معلوم القدر، وأيضاً فإنّه يقلّ ويكثر، والعوض هاهنا محدود[١].

ولكن الواجبَ أن يستثنىٰ هذا من هذه الأصول كلّها؛ لموضع صحة الحديث، وهذا كأنّه ليس من هذا الباب، وإنّما هو حكم خاص، ولكن اطّرد إليه القول، فلنرجع إلىٰ حيث كنّا، فنقول: إنّه لا خلاف عندهم في العوَر والعمىٰ * وقطع اليد والرِّجل ** أنّها عيوب مؤثّرة، وكذلك المرض في أيّ عضو كان، أو كان في جملة البدن[٢]***. والشيب في المذهب عيب في الرائعة[٣]****، وقيل: لابأس باليسير منه فيها[٤].

← الإجماع عليه؛ لأنّ اللبن مثلي، فمع تلفه ووجوب ردّه يضمن بمثله، ومع تعذّر المثل ينقل إلى القيمة، خلافاً لبعضهم فحكموا بأنّه يرد صاعاً من تمر أو برّ. (رياض المسائل ٨: ٢٦٦ ـ ٢٦٧، جواهر الكلام ٢٣: ٢٦٤ ـ ٢٦٥، فقه الصادق ١٧: ٢٦٥ـ٢٦٦).

* أجمع فقهاء الإماميّة علىٰ كون العور والعمىٰ من العيوب الموجبة للخيار. (تذكرة الفقهاء ١١: ٢٠٢، جامع المقاصد ٤: ٣٢٢، مفتاح الكرامة ١٠: ١٠٥٢، جواهر الكلام ٢٣: ٢٥٩).

** أجمع الإماميّة علىٰ أنّ القطع ـ لسرقة أو جناية ـ عيب يوجب الخيار. (تذكرة الفقهاء ١١: ٢٠٢، جامع المقاصد ٤: ٣٢٣، مفتاح الكرامة ١٠: ١٠٦١ـ١٠٦٢).

*** لا خلاف عند فقهاء الإماميّة في كون أنواع المرض ـ المستمر أو العارض ـ عيوباً موجبة للخيار، بل ادّعىٰ العلّامة في التذكرة الإجماع عليه. (تذكرة الفقهاء ١١: ٢٠٢، مفتاح الكرامة ١٠: ١٠٥٣، جواهر الكلام ٢٣: ٢٥٩).

**** ذكر بعض فقهاء الإماميّة أنّ من العيوب في الرقيق كونه أبيض الشعر في غير أوانه. (تذكرة الفقهاء ١١: ٢٠٣، مفتاح الكرامة ١٠: ١٠٦٨).

---

١. شرح معاني الآثار ٤: ٢٠، الحاوي الكبير ٥: ٢٣٨.

٢. المنتقىٰ للباجي ٤: ١٨٨، المهذّب للشيرازي ٣: ١٢٥، تحفة الفقهاء ٢: ٩٤، المغني لابن قدامة ٤: ٢٦٣.

٣. النوادر والزيادات ٦: ٢٤٩، المنتقىٰ للباجي ٤: ١٨٨.

٤. النوادر والزيادات ٦: ٢٤٩، المنتقىٰ للباجي ٤: ١٨٨.

وكذلك الاستحاضة عيب في الرقيق *، والوخْش، وكذلك ارتفاع الحيض عيب في المشهور من المذهب[١] **.

والزَّعَر[٢] عيب[٣]، وأمراض الحواس والأعضاء كلّها عيب باتّفاق. وبالجملة: فأصل

---

* ذكر العلّامة أنّه لو وجد المشتري الأمة مستحاضة ثبت له الخيار؛ لأنّ الاستحاضة مرض. (تذكرة الفقهاء ١١: ١٩٦).

** المشهور عند الإماميّة أنّ انقطاع الحيض ستة أشهر في الأمة وهي في سنّ من تحيض عيب، بل في الجواهر: لا خلاف أجده فيه إلّا من العجلي، ولاريب في ضعفه.

واستدلّ له بأنّ العيب يصدق عرفاً عليه، ولأنّه من نقص الصفات، ولصحيح داود بن فرقد، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل اشترى جاريةً مدركةً، فلم تحض عنده حتّىٰ مضى لها ستة أشهر، وليس بها حمل، قال: «إن كان مثلها تحيض، ولم يكن ذلك من كبر، فهذا عيب تردّ به».

قال الشهيد الثاني: وفي دلالته على اعتبار ستة أشهر نظر، فإنّه عليه السلام علّق الحكم علىٰ حيض مثلها، وأراد به نفي الصغر واليأس وإن كان ذلك مستفاداً من إثبات الإدراك، ونفي كونه عن كبر، فإنّ من المعلوم أنّ مثلها تحيض في تلك المدّة وأقلّ منها، والسؤال وقع عن تأخّر الحيض ستة أشهر، والجواب لم يتقيّد به، وحينئذٍ فلو قيل بثبوت الخيار متىٰ تأخّر حيضها عن عادة أمثالها في تلك البلاد كان حسناً.

واستجود ذلك في الجواهر، ويلوح من ابن إدريس إنكار كونه عيباً. (الدروس الشرعية ٣: ٢٨١، مسالك الأفهام ٣: ٢٩٧، مفتاح الكرامة ١٠: ١٠٥٧ ـ ١٠٥٨، جواهر الكلام ٢٣: ٢٨١).

---

١. النوادر والزيادات ٦: ٢٥٦، المنتقىٰ للباجي ٤: ١٨٨، ١٨٩، عقد الجواهر الثمينة ٢: ٧٠٠.

٢. الزَّعَر: قلّة الشعر في الرأس. أنظر: ترتيب كتاب العين ولسان العرب، مادة: زعر.

٣. النوادر والزيادات ٦: ٢٥١، المنتقىٰ للباجي ٤: ١٨٩.

المذهب أنّ كلّ ما أثّر في القيمة ـ أعني: نَقَصَ منها ـ فهو عيب[١].

والبول في الفراش عيب[٢]، وبه قال الشافعي[٣]. وقال أبو حنيفة: تُردّ الجارية به، ولايُرَدّ العبد به[٤]*.

والتأنيث في الذكر، والتذكير في الأنثىٰ عيب[٥]. هذا كلّه في المذهب إلّا ما ذكرنا فيه الاختلاف.

النظر الثاني

وأمّا شرط العيب الموجب للحكم به فهو أن يكون حادثاً قبل أمد التبايع

---

* المشهور عند الإماميّة أنّ بول الكبير في الفراش ـ أي: الذي لايبول مثله في العادة ـ عيب، عبداً كان أو أمة، بل يظهر الإجماع عليه في التذكرة.

وعلّل ذلك بخروجه عن المجرى الطبيعي، وبأنّه تنقص به المالية، فيثبت به الردّ. وخالف الشيخ في الخلاف فلم يعتبره عيباً.

وأمّا إذا كانا صغيرين، يبول مثلهما في الفراش، فهو ليس بعيب؛ لجريان العادة به، فكان كالطبيعي. والضابط في الصغير والكبير العادة. (تذكرة الفقهاء ١١: ١٩٢، مفتاح الكرامة ١٠: ١٠٥٦ ـ ١٠٥٧، جواهر الكلام ٢٣: ٢٥٩).

---

١. المعونة ٢: ١٠٦٣، المنتقىٰ للباجي ٤: ١٨٨.

٢. المنتقىٰ للباجي ٤: ١٩٠، عقد الجواهر الثمينة ٢: ٧٠٠.

٣. الحاوي الكبير ٥: ٢٥٤، المهذّب للشيرازي ٣: ١٢٥.

٤. الموجود في مصادر الحنفية هو عدُّ البول في الفراش عيباً، من دون تفصيل بين العبد والجارية. راجع: كتاب الأصل ٥: ١٧٦، مختصر القدوري: ٨١ ـ ٨٢، المبسوط للسرخسي ١٣: ١٢٧ ـ ١٢٨، تحفة الفقهاء ٢: ٩٥، الهداية للمرغيناني ٣: ٤٠، الفقه النافع ٣: ١٠٤٤، المحيط البرهاني ٦: ٥٤٤ ـ ٥٤٥. ولعلّ المصنف أخذ نسبة التفصيل المذكور في المتن إلىٰ أبي حنيفة من أحد المصادر التالية: المنتقىٰ للباجي ٤: ١٩٠، الوسيط ٣: ١٢٠، حلية العلماء ٤: ٢٧٢، العزيز شرح الوجيز ٤: ٢١٣.

٥. المنتقىٰ للباجي ٤: ١٩٠، المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٣٢٩، النوادر والزيادات ٦: ٢٥٤، عقد الجواهر الثمينة ٢: ٧٠٠.

باتّفاق[١] *، أو في العهدة عند من يقول بها، فيجب هاهنا أن نذكر اختلاف الفقهاء في العهدة، فنقول: انفرد مالك بالقول بالعهدة دون سائر فقهاء الأمصار، وسلفه في ذلك أهل المدينة: الفقهاء السبعة وغيرهم[٢]. ومعنى العهدة: أنّ كلّ عيب حدث فيها عند المشتري فهو من البائع[٣]، وهي عند القائلين بها عهدتان: عهدة الثلاثة الأيام وذلك من جمع العيوب الحادثة فيها عند المشتري[٤] **، وعهدة السنة وهي من العيوب الثلاثة: الجذام والبرص

---

* أجمع فقهاء الإماميّة على أنّه لو وجد المشتري عيباً سابقاً ولم يكن عالماً به، تخيّر بين الفسخ والأرش.

والأصل في المسألة الإجماع المعلوم والمنقول، وخبر نفي الضرر، والأخبار المعتبرة؛ كمرسل جميل عن أحدهما ـ أي: الإمام الباقر أو الصادق عليهما السلام ـ في الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد به عيباً، قال: «إن كان الثوب قائماً ردّه على صاحبه وأخذ الثمن، وإن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ يرجع بنقصان العيب». (تذكرة الفقهاء ١١: ٨٠، مسالك الأفهام ٣: ٢٨٤، الحدائق الناضرة ١٩: ٧٩، رياض المسائل ٨: ٢٥٧ ـ ٢٥٨، مفتاح الكرامة ١٠: ١٠٧٢، جواهر الكلام ٢٣: ٢٣٦).

** المشهور بين فقهاء الإماميّة ـ والذي عليه عامّة المتأخّرين، بل ادّعي عليه الإجماع ـ أنّ خيار الحيوان هو ثلاثة أيام في الرقيق وغيره، وقد استدلّ له بالأخبار، منها: رواية ابن رئاب الصحيحة عن أبي عبدالله الصادق عليه السلام: قال: «الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري، اشترط أو لم يشترط»، خلافاً للحلبيين فحكما بضمان البائع مدة ←

---

١. مراتب الإجماع: ٨٧، المعونة ٢: ١٠٥٧، المهذّب للشيرازي ٣: ١١٤، الهداية للمرغيناني ٣: ٤٠.

٢. كتاب الموطّأ ٢: ٦١٢، كتاب البيوع، باب ما جاء في العهدة، التفريع ٢: ١٧٧، الرسالة الفقهية: ٢١٦، المعونة ٢: ١٠٦٤، الاستذكار ١٩: ٣٨، المنتقى للباجي ٤: ١٧٣، ١٧٥.

٣. المنتقى للباجي ٤: ١٧٣، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٥٢.

٤. الموطّأ ٢: ٦١٢، كتاب البيوع، باب ما جاء في العهدة، التفريع ٢: ١٧٧، الرسالة الفقهية: ٢١٦، المعونة ٢: ١٠٦٤، المنتقى للباجي ٤: ١٧٣.

والجنون، فما حدث في السنة من هذه الثلاث بالمبيع فهو من البائع، وما حدث من غيرها من العيوب كان من ضمان المشتري على الأصل[١]*.

← الاستبراء في الأمة، وقد ضُعِّف هذا القول.

ولا خلاف بينهم في ثبوت هذا الخيار للمشتري خاصةً؛ لقاعدة اللزوم المستفادة من الآية والرواية، وخصوص صحيح ابن رئاب، إلّا من المرتضىٰ فأثبته للبائع أيضاً؛ احتجاجاً ببعض الأخبار. (رياض المسائل ٨: ١٨١ ـ ١٨٥، جواهر الكلام ٢٣: ٢٣ ـ ٢٥، الحدائق الناضرة ١٩: ١٩ ـ ٢٠، مسالك الأفهام ٣: ١٩٩).

* المشهور عند الإماميّة اختصاص الجنون والجذام والبرص والقرن من بين العيوب بأنّها لو حدثت في المملوك إلىٰ سنة من يوم العقد يثبت لأجلها التخيير بين الردّ والأرش، بل ممّا صرّح به الأصحاب، ونطقت به الأخبار كما في الحدائق، ونفىٰ النجفي عنه الخلاف.

ويدلّ عليه ما استفيض عن أبي الحسن الرضا عليه السلام: في رواية علي بن أسباط في خيار الثلاثة: «وأحداث السنة تردّ بعد السنة» قلت: وما أحداث السنة؟ قال: «الجنون والجذام والبرص والقرن، فمن اشترىٰ فحدث فيه هذه الأحداث فالحكم أن يردّ علىٰ صاحبه إلى تمام السنة من يوم اشتراه».

وفي رواية ابن فضّال المحكية عن الخصال: «في أربعة أشياء خيار سنة: الجنون والجذام والبرص والقرن»، وغيرهما.

هذا وقد استشكل بعضهم في بعض هذه العيوب؛ كالقرن، وقد رُدَّ. (مسالك الأفهام ٣: ٣٠٤ ـ ٣٠٥، الحدائق الناضرة ١٩: ١٠٤، جواهر الكلام ٢٣: ٢٩٧ ـ ٢٩٩، المكاسب للأنصاري ٥: ٣٨٣).

---

١. الموطّأ ٢: ٦١٢، كتاب البيوع، باب ما جاء في العهدة، المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٣٤٨، التفريع ٢: ١٧٧، الرسالة الفقهية: ٢١٦، المعونة ٢: ١٠٦٤، المنتقىٰ للباجي ٤: ١٧٥.

وعهدة الثلاث عند المالكية بالجملة بمنزلة أيام الخيار، وأيام الاستبراء، والنفقة فيها، والضمان من البائع[١].

وأمّا عهدة السنة فالنفقة فيها والضمان من المشتري، إلّا من الأدواء الثلاثة[٢]. وهذه العهدة عند مالك في الرقيق[٣]، وهي أيضاً واقعة في أصناف البيوع في كلّ ما القصد منه المماكسة والمحاكرة وكان بيعاً لا في الذمّة، هذا ما لا خلاف فيه في المذهب، واختلف في غير ذلك[٤].

وعهدة السنة تحسب عنده بعد عهدة الثلاث في الأشهَر من المذهب[٥]، وزمان المواضعة يتداخل مع عهدة الثلاث إن كان زمان المواضعة أطول من عهدة الثلاث[٦]. وعهدة السنة لاتتداخل مع عهدة الاستبراء[٧] هذا هو الظاهر من المذهب، وفيه اختلاف.

وقال الفقهاء السبعة: لايتداخل منها عهدة مع ثانية، فعهدة الاستبراء أوّلاً، ثم عهدة الثلاث، ثم عهدة السنة[٨].

واختلف أيضاً عن مالك: هل تلزم العهدة في كلّ البلاد من غير أن يُحمل أهلها عليها؟ فروي عنه الوجهان[٩]، فإذا قيل: لايلزم أهل هذه البلد إلّا أن يكونوا قد حُملوا علىٰ ذلك، فهل يجب أن يحمل عليها أهل كلّ بلد أم لا؟ فيه قولان في المذهب[١٠]، ولايلزم النقد في عهدة

---

١. النوادر والزيادات ٦: ٢١٧، المنتقىٰ للباجي ٤: ١٧٤.

٢. المعونة ٢: ١٠٦٤، المنتقىٰ للباجي ٤: ١٧٥، المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٣٤٧، عقد الجواهر الثمينة ٢: ٧١٨.

٣. الموطّأ ٢: ٦١٢، كتاب البيوع، باب ما جاء في العهدة، المنتقىٰ للباجي ٤: ١٧٦، الاستذكار ١٩: ٤١.

٤. النوادر والزيادات ٦: ٢٢٠، المنتقىٰ للباجي ٤: ١٧٧، البيان والتحصيل ٨: ٣٤٨ـ ٣٤٩، ٣٥٠.

٥. النوادر والزيادات ٦: ٢١٦، المنتقىٰ للباجي ٤: ١٧٥، البيان والتحصيل ٨: ٢٨٣.

٦. الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٥٣، البيان والتحصيل ٨: ٢٨٣.

٧. النوادر والزيادات ٦: ٢١٦، المنتقىٰ للباجي ٤: ١٧٥، البيان والتحصيل ٨: ٢٦٣.

٨. البيان والتحصيل ٨: ٢٦٣، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٥٢، ٣٥٣.

٩. النوادر والزيادات ٦: ٢١٦، المنتقىٰ للباجي ٤: ١٧٦، البيان والتحصيل ٨: ٢٨٤.

١٠. النوادر والزيادات ٦: ٢١٦، المنتقىٰ للباجي ٤: ١٧٦، البيان والتحصيل ٨: ٢٨٤.

الثلاث وإن اشترط، ويلزم في عهدة السنة[١]*.

والعلّة في ذلك: أنّه لم يكمل تسليم البيع فيها للبائع قياساً علىٰ بيع الخيار؛ لتردّد النقد فيها بين السلف والبيع[٢]. فهذه كلّها مشهورات أحكام العهدة في مذهب مالك، وهي كلّها فروع مبنية علىٰ صحّة العهدة، فلنرجع إلىٰ تقرير حجج المثبتين لها والمبطلين.

وأمّا عمدة مالك ﷺ في العهدة، وحجّته التي عوّل عليها فهي عمل أهل المدينة[٣]، وأمّا أصحابه المتأخّرون فإنّهم احتجّوا بما رواه الحسن عن عقبة بن عامر عن النبي قال: «عهدة الرقيق ثلاثةُ أيّام»[٤]. وروي أيضاً: «لا عهدة بعد أربع»[٥]. وروىٰ هذا الحديث أيضاً الحسن عن سمرة بن جُندب الفزاري ﷺ[٦و٧]. وكلا الحديثين عند أهل العلم معلول، فإنّهم اختلفوا في سماع الحسن عن سمرة[٨]، وإن كان الترمذي قد صحّحه[٩].

---

* ذكر جماعة من فقهاء الإماميّة ـ من دون نقل خلاف ـ أنّه يجوز نقد الثمن في مدّة الخيار من غير كراهية؛ لأنّ القبض حكم من أحكام العقد، فجاز في مدة الخيار، والمراد بنقد الثمن: تسليمه. (تذكرة الفقهاء ١١: ١٧٨، مفتاح الكرامة ١٠: ١٠٤٥).

---

١. المنتقىٰ للباجي ٤: ١٧٨، ١٧٩، المدوَّنة الكبرىٰ ٤: ٣٥٨، التفريع ٢: ١٧٧.

٢. المنتقىٰ للباجي ٤: ١٧٨.

٣. الاستذكار ١٩: ٣٨، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٥٦٤، المعونة ٢: ١٠٦٤.

٤. سنن الدارمي ٢: ٢٥١، كتاب البيوع، باب في الخيار والعهدة، سنن أبي داود ٣: ٢٨٤، كتاب البيوع، باب في عهدة الرقيق، الحديث ٣٥٠٦.

٥. سنن ابن ماجة ٢: ٧٥٤، كتاب التجارات، باب عهدة الرقيق، الحديث ٢٢٤٥، المستدرك ٢: ٢١، كتاب البيوع، باب لا عهدة فوق أربع.

٦. سنن ابن ماجة ٢: ٧٥٤، كتاب التجارات، باب عهدة الرقيق، الحديث ٢٢٤٤، السنن الكبرىٰ ٥: ٣٢٣، كتاب البيوع، باب ما جاء في عهدة الرقيق.

٧. الاستذكار ١٩: ٣٩ ـ ٤٠، المنتقىٰ للباجي ٤: ١٧٣.

٨. معالم السنن ٣: ١٢٥، كتاب البيوع، باب عهدة الرقيق، الاستذكار ١٩: ٤٠، السنن الكبرىٰ ٥: ٣٢٣ ـ ٣٢٤، كتاب العيوب، باب ما جاء في عهدة الرقيق.

٩. سنن الترمذي ١: ٣٤٠ ـ ٣٤٢، كتاب الصلاة، باب ما جاء في صلاة الوسطىٰ أنّها العصر، الحديث ١٨٢.

وأمّا سائر فقهاء الأمصار فلم يصحّ عندهم في العهدة أثر[١]، ورأوا أنّها لو صحّت مخالفةٌ للأصول، وذلك أنّ المسلمين مجمعون علىٰ أنّ كلّ مصيبة تنزل بالمبيع قبل قبضه فهي من المشتري[٢و٣]*، فالتخصيص لمثل هذا الأصل المتقرّر إنّما يكون بسماع ثابت[٤]، ولهذا ضُعِّف عند مالك في أحد الروايتين عنه أن يقضىٰ بها في كلّ بلد، إلّا أن يكون ذلك عرفاً في البلد، أو يشترط، وبخاصة عهدة السنة[٥]، فإنّه لم يأت في ذلك أثر. وروىٰ الشافعي عن ابن جريج قال: سألتُ ابن شهاب عن عهدة السنة والثلاث، فقال: ما علمت فيها أمراً سالفاً[٦].

وإذ قد تقرر القول في تمييز العيوب التي توجب حكماً من التي لاتوجبه، وتقرر الشرط في ذلك، وهو أن يكون العيب حادثاً قبل البيع، أو في العهدة عند من يرىٰ العهدة، فلنصر إلىٰ ما بقي.

الفصل الثالث في معرفة حكم العيب الموجب إذا كان المبيع لم يتغيّر

وإذا وجدت العيوب، فإن لم يتغيّر المبيع بشيء من العيوب عند المشتري فلا يخلو أن يكون في عقار، أو عروض، أو في حيوان.

---

* أجمع فقهاء الإماميّة علىٰ أنّ تلف المبيع الشخصي قبل قبضه بآفة من الله هو من مال بائعه، واحتجّ له بعد الإجماع بالأخبار، منها: الحديث النبوي المنجبر بعمل الكلّ: «كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه». (رياض المسائل ٨: ٢٠٧، جواهر الكلام ٢٣: ٨٣).

---

١. مختصر اختلاف العلماء ٣: ٩٩، الاستذكار ١٩: ٤١.

٢. لعلّ الصواب: من البائع. وكلّ مصيبة تنزل بالمبيع بعد قبضه فهي من المشتري، أي من ضمانه.

٣. الاستذكار ١٩: ٤٢، مراتب الإجماع: ٨٥، الإقناع لابن القطّان ٢: ٢١٦.

٤. مختصر اختلاف العلماء ٣: ١٠٠، الاستذكار ١٩: ٣٨.

٥. الاستذكار ١٩: ٣٨، المنتقىٰ للباجي ٤: ١٧٥ ـ ١٧٦.

٦. الاستذكار ١٩: ٤١.

فإن كان في حيوان فلا خلاف أنّ المشتري مخيّر بين أن يردّ المبيع ويأخذ ثمنه، أو يمسك ولا شيء له[١]. وأمّا إن كان في عقار فمالك يفرّق في ذلك بين العيب اليسير والكثير، فيقول: إن كان العيب يسيراً لم يجب الردّ، ووجبت قيمة العيب وهو الأرش، وإن كان كثيراً وجب الردّ، هذا هو الموجود المشهور في كتب أصحابه[٢]، ولم يفصّل البغداديّون هذا التفصيل[٣].

وأمّا العروض فالمشهور في المذهب أنّها ليست في هذا الحكم بمنزلة الأصول[٤]، وقد قيل: إنّها بمنزلة الأصول في المذهب، وهذا الذي كان يختاره الفقيه أبو بكر بن رزق ـ شيخ جدّي رحمة الله عليهما ـ وكان يقول: إنّه لا فرق في هذا المعنىٰ بين الأصول والعُروض[٥]، وهذا الذي قاله يلزم من يفرّق بين العيب الكثير والقليل في الأصول ـ أعني: أن يفرّق في ذلك أيضاً في العروض ـ والأصل: أنّ كلّ ما حطّ القيمة أنّه يجب به الردّ، وهو الذي عليه فقهاء الأمصار[٦]*، ولذلك لم يعوّل البغداديون فيما أحسب على التفرقة التي قلّت في الأصول، ولم يختلف قولهم في الحيوان: إنّه لا فرق فيه بين العيب القليل والكثير[٧].

---

* تقدَّم بيان مذهب الإماميّة في العيوب الموجبة لنقصان المالية في مطلع البحث عن العيوب.

---

١. المعونة ٢: ١٠٥١، البيان للعمراني ٥: ٢٥٨، الهداية للمرغيناني ٣: ٤٠، المغني لابن قدامة ٤: ٢٥٨.

٢. المدوَّنة الكبرىٰ ٥: ٤٩٨ ـ ٤٩٩، المقدّمات الممهّدات ٢: ١٠١، المنتقىٰ للباجي ٤: ١٨٩، عقد الجواهر الثمينة ٢: ٧٠٢ ـ ٧٠٣.

٣. التفريع ٢: ١٧٣، المعونة ٢: ١٠٥١، ١٠٦٣.

٤. المقدّمات الممهّدات ٢: ١٠١، المنتقىٰ للباجي ٤: ١٨٩، عقد الجواهر الثمينة ٢: ٧٠٣.

٥. المقدّمات الممهّدات ٢: ١٠١.

٦. المعونة ٢: ١٠٦٣، المنتقىٰ للباجي ٤: ١٨٩، ١٩٠، تحفة الفقهاء ٢: ٩٣، البيان للعمراني ٥: ٢٥٩، المغني لابن قدامة ٤: ٢٦٣.

٧. المعونة ٢: ١٠٥١، ١٠٦٣، التلقين ٢: ٣٨٧، ٣٩١.

وإذ قد قلنا: إنّ المشتري يخيّر بين أن يردّ المبيع ويأخذ ثمنه، أو يمسك ولا شيء له *، فإن اتفقا علىٰ أن يمسك المشتري سلعته ويعطيه البائع قيمة العيب، فعامة فقهاء الأمصار يجيزون ذلك[١] **، إلّا ابن سُريج من أصحاب الشافعي فإنّه قال: ليس لهما ذلك؛ لأنّه خيار في مال، فلم يكن له إسقاطه بعوض؛ كخيار الشفعة[٢]. قال القاضي عبدالوهاب: وهذا غلط؛ لأنّ ذلك حقّ للمشتري، فله أن يستوفيه، أعني: أن يردّ ويرجع بالثمن، وله أن يعاوض علىٰ تركه، وما ذكره من خيار الشفعة فإنّه شاهد لنا، فإنّ له عندنا تركه إلىٰ عوض يأخذه، وهذا لا خلاف فيه[٣].

وفي هذا الباب فرعان مشهوران من قبل التبعيض:

أحدهما: هل إذا اشترىٰ المشتري أنواعاً من المبيعات في صفقة واحدة، فوجد أحدها معيباً، فهل يرجع بالجميع، أو بالذي وجد فيه العيب؟ فقال قوم: ليس له إلّا أن يردّ الجميع أو يمسك، وبه قال أبو ثور والأوزاعي[٤] ***، إلّا أن يكون قد سمّىٰ ما لكلّ واحد من تلك

---

* تقدَّم آنفاً بيان مذهب الإماميّة من ثبوت الخيار للمشتري بين الردّ والأرش عند ظهور عيب في المبيع.

** ذكر بعض فقهاء الإماميّة ـ من دون نقل خلاف ـ أنّه لو تراضىٰ البائع والمشتري علىٰ أخذ الأرش والإمساك جاز ذلك؛ لأنّه يثبت من غير الصلح، فمعه أولىٰ. (كتاب الخلاف ٣: ١٠٩، تذكرة الفقهاء ١١: ٨٤).

*** لا خلاف بين فقهاء الإماميّة في أنّ المشتري لو اشترىٰ شيئين صفقةً بثمن واحد من مشترٍ واحد، ثم علم بعيب في أحدهما، لم يجز ردّ المعيب منفرداً، وله ←

---

١. المعونة ٢: ١٠٥٢، حلية العلماء ٤: ٢٣٩، التلقين ٢: ٣٨٧.

٢. الحاوي الكبير ٥: ٢٤٨، المهذّب للشيرازي ٣: ١١٦ ـ ١١٧، التهذيب للبغوي ٣: ٤٥٠، حلية العلماء ٤: ٢٣٩، البيان للعمراني ٥: ٢٦٧، وفيها جميعاً نسبة القول بالصحّة لابن سريج، وحكاية المنع عن المذهب المعتمد عند الشافعية.

٣. الإشراف لعبدالوهاب ٢: ٥٤٩، المعونة ٢: ١٠٥٢.

٤. مختصر اختلاف العلماء ٣: ١٥٦، الاستذكار ١٩: ٦٤، ٦٥، المحلّىٰ بالآثار ٩: ٧٦.

الأنواع من القيمة، فإنّ هذا ممّا لا خلاف فيه أنّه يرد المبيع بعينه فقط[١]، وإنّما الخلاف إذا لم يسمِّ. وقال قوم: يردّ المعيب بحصّته من الثمن، وذلك بالتقدير، وممّن قال بهذا القول سفيان الثوري وغيره[٢]، وروي عن الشافعي القولان معاً[٣]. وفرّق مالك فقال: ينظر في المعيب، فإن كان ذلك وجه الصفقة والمقصود بالشراء ردّ الجميع، وإن لم يكن وجه الصفقة ردّه بقيمته[٤]. وفرّق أبو حنيفة تفريقاً آخر وقال: إن وجد العيب قبل القبض ردّ الجميع، وإن وجده بعد القبض ردّ المعيب بحصّته من الثمن[٥]. ففي هذه المسألة أربعة أقوال.

فحجّة من منع التبعيض في الردّ: أنّ المردود يرجع فيه بقيمة لم يتّفق عليها المشتري والبائع، وكذلك الذي يبقىٰ إنّما يبقىٰ بقيمة لم يتّفقا عليها، ويمكن أنّه لو بعضت السلعة

← ردّهما معاً أو أخذ الأرش، بل في كلمات بعضهم الإجماع عليه.

وعلّله في المسالك بأنّ ردّ أحدهما خاصّة فيه ضرر تبعيض الصفقة على البائع، فلا يندفع إلّا بردّهما معاً إن لم يتصرّف فيهما ولا في أحدهما، أو بأخذ أرش المعيب.

لكن في الجواهر ردّ ذلك بأنّ تبعيض الصفقة يمكن جبره بتسلّط البائع على الخيار حينئذٍ، بل الوجه في ذلك هو ظهور الأدلّة في تعلّق حقّ الخيار بالمجموع، لا في كلّ جزء منه، لا أقلّ من الشكّ؛ ضرورة عدم الوثوق بإطلاق فيها علىٰ وجه يشمل الفرض، والأصل اللزوم. (الخلاف ٣: ١١٠، تذكرة الفقهاء ١١: ١٧٠، مسالك الأفهام ٣: ٢٨٦، جواهر الكلام ٢٣: ٢٤٧ ـ ٢٤٨، المكاسب ٥: ٣٠٨، ٣٠٩).

---

١. أنظر: الاستذكار ١٩: ٦٥، ونسبه إلى الأوزاعي فقط.

٢. مختصر اختلاف العلماء ٣: ١٥٥، الاستذكار ١٩: ٦٥.

٣. الحاوي الكبير ٥: ٢٥٢، المهذّب للشيرازي ٣: ١١٧، البيان للعمراني ٥: ٢٧٤ ـ ٢٧٥، العزيز شرح الوجيز ٤: ١٤٢ ـ ١٤٣.

٤. الموطّأ ٢: ٦١٥، كتاب البيوع، باب العيب في الرقيق، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٤٨، المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٠٨، النوادر والزيادات ٦: ٣١٠.

٥. مختصر اختلاف العلماء ٣: ١٥٥، المبسوط للسرخسي ١٣: ١٢٠، النتف في الفتاوىٰ ١: ٤٥١، المحيط البرهاني ٦: ٥٦٠.

لم يشتر البعض بالقيمة التي أقيم بها[١]. وأمّا حجّة من رأى الردّ في البعض المعيب ولابد فلأنّه موضع ضرورة، فأقيم فيه التقويم والتقدير مقام الرضا؛ قياساً علىٰ أنّ ما فات في البيع فليس فيه إلّا القيمة[٢].

وأمّا تفريق مالك بين ما هو وجه الصفقة أو غير وجهها فاستحسان منه؛ لأنّه رأىٰ أنّ ذلك المعيب إذا لم يكن مقصوداً في المبيع فليس كبير ضرر في أن لايوافق الثمن الذي أقيم به، أراده المشتري أو البائع. وأمّا عندما يكون مقصوداً أو جلّ المبيع فيعظم الضرر في ذلك[٣]. واختلف عنه: هل يعتبر تأثير العيب في قيمة الجميع أو في قيمة المعيب خاصة؟[٤]

وأمّا تفريق أبي حنيفة بين أن يقبض أو لايقبض، فإنّ القبض عنده شرط من شروط تمام البيع، وما لم يقبض المبيع فضمانه عنده من البائع[٥]، وحكم الاستحقاق في هذه المسألة حكم الردّ بالعيب[٦].

وأمّا المسألة الثانية فإنّهم اختلفوا أيضاً في رجلين يبتاعان شيئاً واحداً في صفقة واحدة، فيجدان به عيباً، فيريد أحدهما الرجوع ويأبىٰ الآخر، فقال الشافعي: لمن أراد الردّ أن يرد[٧] وهي رواية ابن القاسم عن مالك[٨]، وقيل: ليس له أن يردّ[٩]*. فمن أوجب الردّ

---

* المشهور بين الإماميّة في مسألة تعدّد المشتري بأن اشتريا شيئاً واحداً في عقد واحد، فظهر فيه عيبٌ: عدمُ جوازِ انفراد أحدهما في نصيبه، بل لهما معاً ردّه أو إمساكه ←

---

١. المهذَّب للشيرازي ٣: ١١٧، المغني لابن قدامة ٤: ٢٦٨.

٢. المصدران السابقان.

٣. أنظر: النوادر والزيادات ٦: ٣١٠، عقد الجواهر الثمينة ٢: ٧٠٣.

٤. النوادر والزيادات ٦: ٢٥٦، ٣١١، المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٠٨، البيان والتحصيل ٨: ٢٥٦.

٥. المبسوط للسرخسي ١٣: ١٢٠، المحيط البرهاني ٦: ٥٦٠.

٦. النتف في الفتاوىٰ ١: ٤٥٢ ـ ٤٥٣، المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٠٨.

٧. مختصر المزني ٩٢، الحاوي الكبير ٥: ٢٥٠، المهذَّب للشيرازي ٣: ١١٧، البيان للعمراني ٥: ٢٧٦.

٨. المدوَّنة الكبرىٰ ٤: ٣٢٦، الإشراف لعبدالوهاب ٢: ٥٥١، عيون المجالس ٣: ١٤٦٥ ـ ١٤٦٦.

٩. الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٥٥١، عيون المجالس ٣: ١٤٦٥ ـ ١٤٦٦.

شبَّهه بالصفقتين المفترقتين؛ لأنّه قد اجتمع فيها عاقدان، ومن لم يوجبه شبَّهه بالصفقة الواحدة إذا أراد المشتري فيها تبعيض ردّ المبيع بالعيب[1].

الفصل الرابع في معرفة أصناف التغييرات الحادثة عند المشتري وحكمها

وأمّا إن تغيَّر المبيع عند المشتري، ولم يعلم بالعيب إلّا بعد تغيّر المبيع عنده، فالحكم في

← مع الأرش، من غير فرق بين علم البائع بتعدّد المشتري وجهله.

خلافاً للشيخ الطوسي والاسكافي والقاضي والحلّي فجوّزوا الافتراق.

واختار الفاضل في التحرير والكركي جواز التفرقة مع علم البائع بتعدّد المشتري دون جهله، واستحسنه الشهيد الثاني في المسالك.

احتجّ للمشهور بأنّ التشقيص عيب مانع من الردّ، وبأصالة عدم الخيار على هذا الوجه بعد انصراف أدلّته إلىٰ غيره.

واستدلّ للقول الثاني بالعموم، ولجريانه مجرىٰ عقدين، بسبب تعدّد المشتري، فإنّ التعدّد في البيع يتحقّق بتعدّد البائع وبتعدّد المشتري وبتعدّد العقد، ولأنّ التعيب جاء من قبله حيث باع من اثنين.

هذا وضعّف القولين جماعة، وفي الجواهر: الأخير أوضح ضعفاً؛ ضرورة عدم مدخلية العلم والجهل في تعدّد العقد واتحاده. نعم لهما مدخلية في ثبوت الخيار للبائع بالتبعيض وعدمه، كما هو واضح. (تذكرة الفقهاء ١١: ١٧٢ ـ ١٧٣، مسالك الأفهام ٣: ٢٨٦، مفتاح الكرامة ١٠: ١٠٨٣ ـ ١٠٨٤، رياض المسائل ٨: ٢٦٣، جواهر الكلام ٢٣: ٢٤٩، المكاسب ٥: ٣١٢ ـ ٣١٣).

---

١. الإشراف لعبدالوهاب ٢: ٥٥١ ـ ٥٥٢، الحاوي الكبير ٥: ٢٥٠.

ذلك يختلف عند فقهاء الأمصار بحسب التغيّر *. فأمّا إن تغيَّر بموتٍ أو فسادٍ أو عتقٍ ففقهاء الأمصار علىٰ أنّه فوت، ويرجع المشتري على البائع بقيمة العيب[1]. وقال عطاء بن أبي رباح: لايرجع في الموت ** والعتق بشيء[2] ***. وكذلك عندهم حكم من اشترىٰ جاريةً

---

* لا خلاف بين فقهاء الإماميّة ـ بل ادّعي عليه الإجماع ـ علىٰ أنّه يسقط الردّ خاصّة فيما لو أحدث المشتري في المبيع حدثاً، سواء كان قبل العلم بالعيب أو بعده، إلّا أنّه قد ذهب الشيخ الطوسي في المبسوط إلى أنّ التصرُّف قبل العلم لايسقط الخيار، وقد ضُعِّف.

والمشهور بينهم هو ثبوت الأرش حين حدوث العيب قبل العلم أو بعده، بل ادّعي عليه الإجماع، خلافاً لابن حمزة فجعل التصرّف مانعاً من الأرش إذا كان بعد العلم بالعيب، وقد ضُعِّف أيضاً.

وذكر صاحب مفتاح الكرامة: أنّ إطلاق النصوص والفتاوىٰ ومعقد الإجماعات يشمل التصرّف الناقل؛ كالبيع ونحوه، والمغيِّر للعين وغيره، عاد إليه بعد خروجه عن ملكه أم لا. (تذكرة الفقهاء ١١: ١١٢، ١١٨، مسالك الأفهام ٣: ٢٨٣، رياض المسائل ٨: ٢٦١، مفتاح الكرامة ١٠: ١٠٧٦ ـ ١٠٧٧، جواهر الكلام ٢٣: ٢٣٩، الحدائق الناضرة ١٩: ٦١).

** ذكر بعض فقهاء الإماميّة أنّ الردّ يسقط فيما لو اطّلع المشتري علىٰ عيب في العبد بعد موته، وأنّه يثبت له الأرش. (المبسوط ٢: ١٣٢، تذكرة الفقهاء ١١: ١٠٩).

*** الذي عليه فقهاء الإماميّة هو سقوط الردّ فيما لو اعتق المشتري العبد المعيب، وأنّه يثبت له الأرش. (مسالك الأفهام ٣: ٢٨٣، جواهر الكلام ٢٣: ٢٣٩، تذكرة الفقهاء ١١: ١٠٩).

---

١. الموطّأ ٢: ٦١٣، كتاب البيوع، باب العيب في الرقيق، كتاب الأصل ٥: ١٨٩، الاستذكار ١٩: ٤٩ ـ ٥٠، المهذّب للشيرازي ٣: ١٢٣، المقدّمات الممهّدات ٢: ١١١ ـ ١١٢، المغني لابن قدامة ٤: ٢٦٩، الهداية للمرغيناني ٣: ٤٢، المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٣٠٧.

٢. مختصر اختلاف العلماء ٣: ١٤٧، الاستذكار ١٩: ٥١.

فأولدها، وكذلك التدبير عندهم، وهو القياس في الكتابة[١].

وأمّا تغيّره في البيع فإنّهم اختلفوا فيه، فقال أبو حنيفة والشافعي إذا باعه لم يرجع بشيء[٢]، وكذلك قال الليث[٣]. وأمّا مالك فله في البيع تفصيل، وذلك أنّه لايخلو أن يبيعه من بائعه منه أو من غير بائعه، ولايخلو أيضاً أن يبيعه بمثل الثمن أو أقلّ أو أكثر، فإن باعه من بائعه منه بمثل الثمن فلا رجوع له بالعيب، وإن باعه منه بأقلّ من الثمن رجع عليه بقيمة العيب، وإن باعه بأكثر من الثمن نظر: فإن كان البائع الأول مدلِّساً ـ أي: عالماً بالعيب ـ لم يرجع الأول على الثاني بشيء، وإن لم يكن مدلِّساً رجع الأول على الثاني في الثمن، والثاني على الأول أيضاً، وينفسخ البيعان، ويعود المبيع إلىٰ ملك الأول[٤].

فإن باعه من غير بائعه منه، فقال ابن القاسم: لا رجوع له بقيمة العيب[٥]، مثل قول أبي حنيفة والشافعي، وقال ابن عبد الحكم: له الرجوع بقيمة العيب[٦]. وقال أشهب: يرجع بالأقلّ من قيمة العيب أو بقيمة الثمن، هذا إذا باعه بأقلّ ممّا اشتراه، وعلىٰ هذا لايرجع إذا باعه بمثل الثمن أو أكثر[٧]، وبه قال عثمان البتي[٨]*.

---

* الذي عليه فقهاء الإماميّة هو سقوط خيار ردّ المبيع ببيعه، ويثبت له الأرش؛ ←

---

١. الاستذكار ١٩: ٥٠، المقدّمات الممهّدات ٢: ١١١ ـ ١١٢، الهداية للمرغيناني ٣: ٤٢، المبسوط للسرخسي ١٣: ١١٨، ١١٩، العزيز شرح الوجيز ٤: ٢٤٥، ٢٥٠، المغني لابن قدامة ٤: ٢٦٩، المنتقىٰ للباجي ٤: ١٩٢، مختصر اختلاف العلماء ٣: ١٤٦.

٢. مختصر المزني: ٩٢، مختصر اختلاف العلماء ٣: ١٤٦، الحاوي الكبير ٥: ٢٥٥، الهداية للمرغيناني ٣: ٤١، الاستذكار ١٩: ٥٠ ـ ٥١.

٣. مختصر اختلاف العلماء ٣: ١٤٦، الاستذكار ١٩: ٥١.

٤. المنتقىٰ للباجي ٤: ١٩١ ـ ١٩٢، المقدّمات الممهّدات ٢: ١٠٩ ـ ١١٠، وانظر: النوادر والزيادات ٦: ٣٠٧.

٥. المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٣٠٧، النوادر والزيادات ٦: ٣٠٣، المنتقىٰ للباجي ٤: ١٩٢، المقدّمات الممهّدات ٢: ١١٠.

٦. النوادر والزيادات ٦: ٣٠٣، المنتقىٰ للباجي ٤: ١٩٢، المقدّمات الممهّدات ٢: ١١١.

٧. النوادر والزيادات ٦: ٣٠٣، المنتقىٰ للباجي ٤: ١٩٢، المقدّمات الممهّدات ٢: ١١١.

٨. مختصر اختلاف العلماء ٣: ١٤٦، الاستذكار ١٩: ٥١.

ووجه قول ابن القاسم والشافعي وأبي حنيفة: أنّه إذا فات بالبيع فقد أخذ عوضاً من غير أن يُعتبر تأثير بالعيب في ذلك العوض الذي هو الثمن، ولذلك متىٰ قام عليه المشتري منه بعيب رجع هو على البائع الأول بلا خلاف[١]. ووجه القول الثاني: تشبيهه البيع بالعتق[٢]، ووجه قول عثمان وأشهب: أنّه لو كان عنده المبيع لم يكن له إلّا الإمساك أو الردّ للجميع، فإذا باعه فقد أخذ عوض ذلك الثمن، فليس له إلّا ما نقص إلّا أن يكون أكثر من قيمة العيب[٣].

وقال مالك: إن وهب أو تصدّق رجع بقيمة العيب[٤]. وقال أبو حنيفة: لايرجع؛ لأنّ هبته أو صدقته تفويت للملك بغير عوض، ورضي[٥] منه بذلك طلباً للأجر، فيكون رضاه بإسقاط حقّ العيب أولىٰ وأحرىٰ بذلك[٦]*.

وأمّا مالك فقاس الهبة على العتق[٧]، وقد كان القياس أن لايرجع في شيء من ذلك إذا

← لقول الإمام الباقر عليه السلام في الخبر الصحيح: «أيّما رجل اشترىٰ شيئاً وبه عيب وعوار، لم يتبرّأ إليه، ولم يبيّن له، فأحدث فيه بعدما قبضه شيئاً ثم علم بذلك العوار وبذلك الداء، أنّه يمضي عليه البيع ويردّ عليه بقدر ما نقص من ذلك الداء والعيب من ثمن ذلك لو لم يكن به». (مهذّب الأحكام ١٧: ١٩٢، مفتاح الكرامة ١٠: ١٠٧٧، رياض المسائل ٨: ٢٦١).

* ذكر العلّامة الحلّي أنّه لا فرق في سقوط خيار ردّ المعيب بين زواله عن ملك المشتري بعوض؛ كالبيع والهبة بشرط الثواب أو بغير عوض، وأنّه يثبت له الأرش. (تذكرة الفقهاء ١١: ١١٢).

---

١. المدوَّنة الكبرىٰ ٤: ٣٠٧، المنتقىٰ للباجي ٤: ١٩٢، الحاوي الكبير ٥: ٢٥٥، المبسوط للسرخسي ١٣: ١١٩.
٢. المنتقىٰ للباجي ٤: ١٩٢، المعونة ٢: ١٠٥٨.
٣. المنتقىٰ للباجي ٤: ١٩٢.
٤. المدوَّنة الكبرىٰ ٤: ٣٠٧، الاستذكار ١٩: ٥٠، المنتقىٰ للباجي ٤: ١٩١، المقدّمات الممهّدات ٢: ١١١.
٥. لعلّ الأولىٰ: ورضيَ.
٦. كتاب الأصل ٥: ١٧١، مختصر اختلاف العلماء ٤: ١٤٦، المحيط البرهاني ٦: ٥٦٤.
٧. المقدّمات الممهّدات ٢: ١١١، المنتقىٰ للباجي ٤: ١٩١.

فات ولم يمكنه الردّ؛ لأنّ إجماعهم علىٰ أنّه إذا كان في يده فليس يجب له إلّا الردّ أو الإمساك دليل علىٰ أنّه ليس للعيب تأثير في إسقاط شيء من الثمن، وإنّما له تأثير في فسخ البيع فقط[١].

وأمّا العقود التي يتعاقبها الاسترجاع؛ كالرهن والإجارة، فاختلف في ذلك أصحاب مالك، فقال ابن القاسم: لايمنع ذلك من الردّ بالعيب إذا رجع إليه المبيع[٢]، وقال أشهب: إذا لم يكن زمان خروجه عن يده زماناً بعيداً كان له الردّ بالعيب[٣]*، وقول ابن القاسم أولىٰ. والهبة للثواب عند مالك كالبيع في أنّها فوت[٤]، فهذه هي الأحوال التي تطرأ على المبيع من العقود الحادثة فيها وأحكامها.

باب في طروّ النقصان

وأمّا إن طرأ على المبيع نقص، فلا يخلو أن يكون النقص في قيمته أو في البدن أو في النفس. فأمّا نقصان القيمة لاختلاف الأسواق فغير مؤثّر في الردّ بالعيب بإجماع[٥]**،

---

* الذي عليه فقهاء الإماميّة هو سقوط خيار ردّ المعيب فيما لو رهن المشتري المعيب أو آجره، وأنّه يثبت له الأرش؛ لإطلاق قوله ﷺ في الخبر الصحيح: «فأحدث فيه بعدما قبضه» حيث يشمل التصرّف الناقل وغيره. (مهذّب الأحكام ١٧: ١٩٢، المكاسب ٥: ٢٨٥، ٢٨٩ ـ ٢٩٠، تذكرة الفقهاء ١١: ١١٨).

** الذي عليه فقهاء الإماميّة عدم الاعتبار بتفاوت السوق مع بقاء العين، وليس عليه إلّا ردّ العين وإن نقصت القيمة السوقية للرخص؛ لأنّ الواجب هو ردّ العين. ←

---

١. الاستذكار ١٩: ٥١ ـ ٥٢.

٢. المدوَّنة الكبرىٰ ٤: ٣٠٧، المنتقىٰ للباجي ٤: ١٩٢، المقدّمات الممهّدات ٢: ١١٢.

٣. المنتقىٰ للباجي ٤: ١٩٢، المقدّمات الممهّدات ٢: ١١٢.

٤. المدوَّنة الكبرىٰ ٤: ٣٠٧، الاستذكار ١٩: ٥٠.

٥. أنظر: المنتقىٰ للباجي ٤: ١٩٧، المقدّمات الممهّدات ٢: ١٠٤.

وأمّا النقصان الحادث في البدن، فإن كان يسيراً غير مؤثّر في القيمة فلا تأثير له في الردّ بالعيب، وحكمه حكم الذي لم يحدث، وهذا نصّ مذهب مالك وغيره[١]، وأمّا النقص الحادث في البدن المؤثّر في القيمة، فاختلف الفقهاء فيه علىٰ ثلاثة أقوال:

أحدها: أنّه ليس له أن يرجع إلّا بقيمة العيب فقط، وليس له غير ذلك إذا أبى البائع من الردّ، وبه قال الشافعي في قوله الجديد وأبو حنيفة[٢]*.

وقال الثوري: ليس له إلّا أن يردّ، ويردّ مقدار العيب الذي حدث عنده[٣]، وهو قول الشافعي الأول[٤].

← نعم تداركه مختصّ بما إذا تلفت العين بناءً على القول به. (جامع المقاصد ٤: ١٠٩، مفتاح الكرامة ٨: ٣٥١، منية الطالب ١: ٣٢٢).

* أجمع فقهاء الإماميّة علىٰ أنّه لو حدث عيب آخر بالمبيع المعيب بعد قبضه عند المشتري، سقط الردّ إن لم يرضَ البائع بقبوله معيباً، وثبت له الأرش.

ويدلّ علىٰ ذلك ـ بعد الإجماع ـ أنّه لما كان مضموناً عليه كان بمنزلة إحداثه فيه، ولو كان من غير جهته ـ إذا لم يكن حيواناً ـ فنقصانه محسوب عليه، فيمنع الردّ ويثبت الأرش، لأنّه حق مالي ثبت بالعقد، فيستصحب بقاؤه مع عدم المانع، ولا دلالة لحدوث العيب علىٰ إسقاطه، إذ ليس من الرضا ونحوه في شيء. (مفتاح الكرامة ١٠: ١٠٧٧ ـ ١٠٧٨، جواهر الكلام ٢٣: ٢٤٠).

---

١. المنتقىٰ للباجي ٤: ١٩٧، المقدّمات الممهّدات ٢: ١٠٥، النوادر والزيادات ٦: ٢٧٨ ـ ٢٧٩، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٥٠ ـ ٣٥١.

٢. مختصر المزني: ٩٢ ـ ٩٣، مختصر اختلاف العلماء ٣: ١٥٣، الحاوي الكبير ٥: ٢٥٧، تحفة الفقهاء ٢: ١٠٠، البيان للعمراني ٥: ٢٨٣.

٣. مختصر اختلاف العلماء ٣: ١٥٤، الاستذكار ١٩: ٥٣، المغني لابن قدامة ٤: ٢٦٠، وفيها نسبة القول إلى الثوري بأنّه ليس للمشتري الردّ، وله أرش العيب القديم.

٤. الحاوي الكبير ٥: ٢٥٧، البيان للعمراني ٥: ٢٨٣، الاستذكار ١٩: ٥٢.

والقول الثالث قول مالك: إنّ المشتري بالخيار بين أن يمسك ويضع عنه البائع من الثمن قدر العيب، أو يردّه على البائع ويعطيه ثمن العيب الذي حدث عنده[١]، وأنّه إذا اختلف البائع والمشتري، فقال البائع للمشتري: أنا أقبض المبيع وتعطي أنت قيمة العيب الذي حدث عندك، وقال المشتري: بل أنا أمسك المبيع وتعطي أنت قيمة العيب الذي حدث عندك، فالقول قول المشتري والخيار له[٢]. وقد قيل في المذهب: القول قول البائع[٣]، وهذا إنّما يصحّ علىٰ قول من يرىٰ أنّه ليس للمشتري إلّا أن يمسك أو يردّ ما نقص عنده. وشذَّ أبو محمد ابن حزم فقال: له أن يردّ ولا شيء عليه[٤].

وأمّا حجّة من قال: إنّه ليس للمشتري إلّا أن يردّ، ويردّ قيمة العيب أو يمسك: فلأنّه قد أجمعوا علىٰ أنّه إذا لم يحدث بالمبيع عيب عند المشتري فليس له إلّا الردّ، فوجب استصحاب حال هذا الحكم وإن حدث عند المشتري عيب مع إعطائه قيمة العيب الذي حدث عنده[٥].

وأمّا من رأىٰ أنّه لايردّ المبيع بشيء وإنّما له قيمة العيب الذي كان عند البائع، فقياساً على العتق والموت؛ لكون هذا الأصل غير مجمع عليه[٦]، وقد خالف فيه عطاء[٧].

وأمّا مالك فلمّا تعارض عنده حقّ البائع وحقّ المشتري، غلّب المشتري وجعل له الخيار؛ لأنّ البائع لايخلو من أحد أمرين: إمّا أن يكون مفرِّطاً في أنّه لم يستعلم العيب ويُعلِم به المشتري، أو يكون عَلِمَه فدلّس به على المشتري[٨].

---

١. الموطّأ ٢: ٦١٣ ـ ٦١٤، كتاب البيوع، باب العيب في الرقيق، الإشراف لعبدالوهاب ٢: ٥٤٩، المنتقىٰ للباجي ٤: ١٩٦، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٥١، المقدّمات الممهّدات ٢: ١٠٥ ـ ١٠٦.

٢. المنتقىٰ للباجي ٤: ١٩٩، الاستذكار ١٩: ٥٣ ـ ٥٤، عقد الجواهر الثمينة ٢: ٧١٢.

٣. المصادر السابقة.

٤. المحلّىٰ بالآثار ٩: ٧٢.

٥. الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٥٤٩، المعونة ٢: ١٠٥٦، وانظر: الاستذكار ١٩: ٥١ ـ ٥٢.

٦. البيان للعمراني ٥: ٢٨٣، بدائع الصنائع ٧: ٣٢٩.

٧. مختصر اختلاف العلماء ٣: ١٤٧، الاستذكار ١٩: ٥١.

٨. المقدّمات الممهّدات ٢: ١٠٦، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٥٤٩، المنتقىٰ للباجي ٤: ١٩٧.

وعند مالك: أنّه إذا صحّ أنّه دلّس بالعيب وجب عليه الردّ من غير أن يدفع إليه المشتري قيمة العيب الذي حدث عنده، فإن مات من ذلك العيب كان ضمانه على البائع، بخلاف الذي لم يثبت أنّه دلَّس فيه[١].

وأمّا حجة أبي محمد: فلأنّه أمرٌ حدث من عند الله، كما لو حدث في ملك البائع، فإنّ الردّ بالعيب دالّ على أنّ البيع لم ينعقد في نفسه، وإنّما انعقد في الظاهر، وأيضاً فلا كتاب ولا سنّة يوجب على مكلَّف غرم ما لم يكن له تأثير في نقصه، إلّا أن يكون على جهة التغليظ عند من ضمَّن الغاصب ما نقص عنده بأمر من الله[٢]، فهذا حكم العيوب الحادثة في البدن.

وأمّا العيوب التي في النفس كالإباق والسرقة، فقد قيل في المذهب: إنّها تفيت الردّ؛ كعيوب الأبدان[٣]*، وقيل: لا[٤]. ولا خلاف أنّ العيب الحادث عند المشتري إذا ارتفع بعد حدوثه أنّه لاتأثير له في الردّ إلّا أن لاتؤمن عاقبته[٥]**.

واختلفوا من هذا الباب في المشتري يطأ الجارية، فقال قوم: إذا وطئ فليس له الردّ، وله

---

* عدّ الشيخ الأنصاري الإباق في جملة العيوب التي توجب سقوط الردّ. (المكاسب ٥: ٢٩٠).

** ذكر السيد السبزواري أنّه يجوز ردّ المعيب فيما لو زال العيب الحادث عند المشتري قبل الردّ؛ لصدق قيام الشيء بعينه، فالمقتضي للردّ موجود، والمانع عنه مفقود. (مهذّب الأحكام ١٧: ١٩٧).

---

١. المعونة ٢: ١٠٥٥، ١٠٥٨، التلقين ٢: ٣٨٨.

٢. المحلّى بالآثار ٩: ٧٢.

٣. المنتقى للباجي ٤: ١٩٧، المقدّمات الممهّدات ٢: ١٠٥، المعونة ٢: ١٠٥٩.

٤. المنتقى للباجي ٤: ١٩٧، المقدّمات الممهّدات ٢: ١٠٥.

٥. أنظر: البيان للعمراني ٥: ٢٨٤.

الرجوع بقيمة العيب، وسواء كانت بكراً أو ثيّباً، وبه قال أبو حنيفة[١]*.

وقال الشافعي: يردّ قيمة الوطء في البكر، ولا يردّها في الثيّب[٢]. وقال قوم: بل يردّها ويردّ مهر مثلها، وبه قال ابن شبرمة وابن أبي ليلىٰ[٣].

وقال سفيان الثوري: إن كانت ثيّباً ردّ نصف العشر من ثمنها، وإن كانت بكراً ردّ العشر من

---

* أجمع فقهاء الإماميّة علىٰ أنّ وطء الأمة المعيبة يمنع من الردّ بالعيب السابق، ويتعيّن الأرش خاصّة. واحتجّوا بعد الإجماع بالنصوص المستفيضة:

منها: صحيح ابن حازم عن أبي عبدالله عليه السلام: في رجلٍ اشترىٰ جاريةً فوقع عليها، قال: «إن وجد فيها عيباً فليس له أن يردّها، ولكن يردّ عليه بقيمة ما نقّصها العيب» قلت: هذا قول أمير المؤمنين عليه السلام؟ قال: «نعم».

وصرّح العلّامة بثبوت الحكم المذكور في الثيّب والبكر.

نعم، استثني من ذلك ما لو كان العيب حبلاً، فإنّه يجوز ردّها، ويردّ معها نصف العشر من قيمتها لمكان الوطء في المشهور، بل اجماعاً محكياً في الاستبصار والغنية إن لم يكن محصّلاً، مضافاً إلى المعتبرة المستفيضة أو المتواترة؛ كصحيح ابن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام: عن رجلٍ اشترىٰ جاريةً حبلىٰ، ولم يعلم بحَبَلها، فوطأها، قال: «يردّها على الذي ابتاعها منه، ويردّ معها نصف عشر قيمتها لنكاحه إيّاها، وقد قال عليّ عليه السلام: لاتُردّ التي ليست بحبلى إذا وطأها صاحبها، ويوضع عنه من ثمنها بقدر العيب إن كان فيها». (تذكرة الفقهاء ١١: ٩٢ ـ ٩٣، مسالك الأفهام ٣: ٢٨٨ ـ ٢٨٩، جواهر الكلام ٢٣: ٢٥١ـ٢٥٢، مفتاح الكرامة ١٠: ١٠٩٠ ـ ١٠٩٣، المكاسب ٥: ٢٩٠ ـ ٢٩٣).

---

١. كتاب الأصل ٥: ١٦٨، مختصر اختلاف العلماء ٣: ١٤٤، المبسوط للسرخسي ١٣: ١١٢.

٢. مختصر المزني: ٩٢، الحاوي الكبير ٥: ٢٤٦، ٢٤٧ ـ ٢٤٨، البيان للعمراني ٥: ٢٨٢.

٣. الاستذكار ١٩: ٥٥، المبسوط للسرخسي ١٣: ١١٣، الحاوي الكبير ٥: ٢٤٦.

ثمنها[١]. وقال مالك: ليس عليه في وطء الثيّب شيء؛ لأنّه غلّة وجبت له بالضمان، وأمّا البكر فهو عيب يثبت عنده للمشتري الخيار علىٰ ما سلف من رأيه[٢]، وقد روي مثل هذا القول عن الشافعي[٣]. وقال عثمان البتي: الوطء معتبر في العرف في ذلك النوع من الرقيق، فإن كان له أثر في القيمة ردّ البائع ما نقص، وإن لم يكن له أثر لم يلزمه شيء[٤]. فهذا هو حكم النقصان الحادث في المبيعات.

وأمّا الزيادة الحادثة في المبيع، أعني: المتولّدة المنفصلة منه، فاختلف العلماء فيها: فذهب الشافعي إلىٰ أنّها غير مؤثّرة في الردّ، وأنّها للمشتري *؛ لعموم قوله عليه الصلاة والسلام: «الخراج بالضمان»[٥ و٦]. وأمّا مالك فاستثنىٰ من ذلك الولد، فقال: يردّ للبائع، وليس للمشتري إلّا الردّ للزائد مع الأصل أو الإمساك[٧]. وقال أبو حنيفة: الزوائد كلّها تمنع الردّ

---

* الظاهر إجماع الإماميّة علىٰ أنّ الزيادة المنفصلة عن العين كالولد واللبن والثمرة وكسب العبد للمشتري، فيردّ الأصل دون هذه الزيادة. وعلّل ذلك بأنّها حصلت وانفصلت في ملك المشتري. (تذكرة الفقهاء ١١: ١٤١، ١٥٧، مفتاح الكرامة ١٠: ١٠٢٤، المبسوط ٢: ١٢٦).

---

١. مختصر اختلاف العلماء ٣: ١٤٥، الاستذكار ١٩: ٥٤، وفيهما بيان أنّ القول المذكور أعلاه والذي نسبه المصنف للثوري هو ممّا نقله الثوري عن بعض الفقهاء، وأنّ الثوري قد تبنّىٰ قولاً آخر، وهو صيرورة الأمة ملكاً له بوطئه إيّاها، وأنّه يردّ عليه الفاضل بين الصحّة والداء.

٢. الموطّأ ٢: ٦١٤، كتاب البيوع، باب العيب في الرقيق، التفريع ٢: ١٧٤ ـ ١٧٥، المعونة ٢: ١٠٥٩، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٤٨.

٣. حُكي ذلك في: مختصر اختلاف العلماء ٣: ١٤٥، الاستذكار ١٩: ٥٦.

٤. مختصر اختلاف العلماء ٣: ١٤٤، الاستذكار ١٩: ٥٥.

٥. تقدم تخريجه.

٦. الإقناع للماوردي: ٩٤، المهذّب للشيرازي ٣: ١١٨ ـ ١١٩، البيان للعمراني ٥: ٢٧٩ ـ ٢٨٠.

٧. الموطّأ ٢: ٦١٥، كتاب البيوع، باب العيب في الرقيق، المعونة ٢: ١٠٦٠، الاستذكار ١٩: ٥٨ ـ ٥٩، المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٠٧ ـ ٢٠٨، المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٣٣٣ ـ ٣٣٤.

وتوجب أرش العيب، إلّا الغلّة والكسب[١]، وحجّته: أنّ ما تولّد عن المبيع داخل في العقد، فلمّا لم يكن ردّه وردّ ما تولّد عنه، كان ذلك فوتاً يقتضي أرش العيب، إلّا ما نصصه الشرع من الخراج والغلّة[٢].

وأمّا الزيادة الحادثة في نفس المبيع الغير المنفصلة عنه، فإنّها إن كانت مثل الصبغ في الثوب والرقم في الثوب فإنّها توجب الخيار في المذهب: إمّا الإمساك والرجوع بقيمة العيب، وإمّا في الردّ وكونه شريكاً مع البائع بقيمة الزيادة[٣].

وأمّا النماء في البدن مثل السِّمن، فقد قيل في المذهب: يثبت به الخيار للمشتري[٤]، وقيل: لا يثبت[٥]، وكذلك النقص الذي هو الهزال[٦]*.

فهذا هو القول في حكم التغيير.

---

* اختلف الإماميّة في أنّ الزيادة المتّصلة؛ كالسمن وتعلّم العبد الصنعة وكبر الشجرة، تابعة للأصل في الردّ أم لا؟

اختار الأول الشيخ الطوسي والقاضي ابن البرّاج والعلّامة، وذلك لأنّ النماء المتصل يتبع الأصل، فإذا انفسخ العقد فيه تبعته الزيادة.

وذهب الاسكافي إلىٰ عدم التبعية، واختاره العلّامة في المختلف، محتجّاً عليه بأنّ أخذ العين خارج عن الأصل، فيثبت في الموضع المتفق عليه، وهو إذا وجدها كما هي أو ناقصة، ويبقى الباقي علىٰ حكم الأصل.

وفصّل السبزواري قائلاً: الزيادة المتّصلة علىٰ أقسام ثلاثة: ←

---

١. كتاب الأصل ٥: ١٧٣ ـ ١٧٤، المبسوط للسرخسي ١٣: ١٢٢، تحفة الفقهاء ٢: ١٠٠، بدائع الصنائع ٧: ٢٩٧.

٢. المبسوط للسرخسي ١٣: ١٢٢ ـ ١٢٣، المحيط البرهاني ٦: ٥٥٣ ـ ٥٥٤.

٣. المنتقىٰ للباجي ٤: ١٩٩، المقدّمات الممهّدات ٢: ١٠٣.

٤. المنتقىٰ للباجي ٤: ١٩٨، المقدّمات الممهّدات ٢: ١٠٣، البيان والتحصيل ٨: ٣١١.

٥. المصادر السابقة.

٦. المنتقىٰ للباجي ٤: ١٩٨ البيان والتحصيل ٨: ٣١٠ ـ ٣١١.

الفصل الخامس

في القضاء في اختلاف الحكم عند اختلاف المتبايعين

وأمّا صفة الحكم في القضاء بهذه الأحكام، فإنّه إذا تقارَّ البائع والمشتري علىٰ حالةٍ من هذه الأحوال المذكورة هاهنا وجب الحكم الخاصّ بتلك الحال[١]، فإن أنكر البائع دعوى القائم، فلا يخلو أن ينكر وجودَ العيب، أو ينكر حدوثَه عنده، فإن أنكر وجود العيب بالمبيع، فإن كان العيب يستوي في إدراكه جميع الناس كفىٰ في ذلك شاهدان عدلان ممّن اتّفق من الناس[٢]، وإن كان ممّا يختصّ بعلمه أهلُ صناعة ما، شهد به أهل تلك الصناعة، فقيل في المذهب: عدلان. وقيل: لا يشترط في ذلك العدالة، ولا العدد ولا الإسلام[٣]*.

← الأول: ما يحكم فيها العرف بالتبعية المحضة؛ كالسمن اليسير، ولا ريب في تبعيته للأصل.

الثاني: ما يلحظ مستقلّاً كالحيوان المهزول يصير سميناً، ولا وجه للتبعية فيه.

الثالث: ما يشكّ العرف فيه. ويمكن أن يقال فيه بالتبعية؛ لأصالة التبعية في الزيادة المتّصلة عرفاً، إلّا ما خرج بالدليل، ومدرك هذا الأصل هو حكم العرف به. ولعلّه بذلك يمكن أن يجمع بين الكلمات. (تذكرة الفقهاء ١١: ١٤١، الحدائق الناضرة ٢٠: ٤٠٢، مهذّب الأحكام ٢١: ١٦٦).

* ذكر بعض فقهاء الإماميّة أنّه لو ادّعىٰ المشتري أنّ بالمبيع عيباً، وأنكره البائع، فالقول قوله؛ لأنّ الأصل دوام العقد والسلامة. ولو اختلفا في وصف من الأوصاف هل هو عيب أم لا، قدّم قول البائع مع يمينه إذا لم يعرف الحال من الغير. ولو قال واحد من أهل العلم به: إنّه عيب يثبت الردّ، لم يعتدّ به، بل لابدّ من اثنين عدلين. (تذكرة الفقهاء ١١: ٢١١ ـ ٢١٢، مهذب الاحكام ١٧: ٢٠٩).

---

١. أنظر: تحفة الفقهاء ٢: ٩٦ ـ ٩٧، البيان للعمراني ٥: ٣٤٢ ـ ٣٤٣، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٥٠.

٢. النوادر والزيادات ٦: ٢٤٨، المنتقىٰ للباجي ٤: ١٩٣، المعونة ٢: ١٠٥٤ ـ ١٠٥٥، تحفة الفقهاء ٢: ٩٦ـ٩٧، وانظر: البيان للعمراني ٥: ٣٤٢ ـ ٣٤٣.

٣. النوادر والزيادات ٦: ٢٥٧، المنتقىٰ للباجي ٤: ١٩٣.

وكذلك الحال إن اختلفوا في كونه مؤثّراً في القيمة، وفي كونه أيضاً قبل أمد التبايع أو بعده، فإن لم يكن للمشتري بيّنة حلف البائع أنّه ما حدث عنده، وإن كانت له بيّنة علىٰ وجود العيب بالمبيع لم يجب له يمين على البائع[1]*.

وأمّا إذا وجب الأرش، فوجه الحكم في ذلك أن يقوّم الشيء سليماً ويقوّمَ معيباً، ويردّ

---

* لا خلاف بين الإماميّة أنّ المشتري لو قال: هذا العيب كان عند البائع، وأنكر ذلك البائع، فالقول قول البائع مع يمينه.

واستدلّ له بأنّ المشتري هنا هو المدّعي باعتبار مخالفة دعواه أصالة اللزوم، فيكون البائع هو المنكر، فيقبل قوله مع يمينه؛ عملاً بالقاعدة المنصوصة، ولأصالة عدم التقدّم.

نعم، إذا كان للمشتري بيّنة وجب الأخذ بها، وكذا لو كان له شاهد حال يفيد القطع للحاكم بصدق دعواه، مثل أن يكون العيب إصبعاً زايداً أو جراحة مندملة وزمان الابتياع يسير لا يمكن تجدّد هذه الأشياء بعده، فالقول قوله بلا يمين.

أمّا إذا لم يفد القطع، فظاهر الدروس وغيرها ممن قيّد القرينة بإفادة القطع عدم اعتباره، واستحسنه ثاني المحقّقين؛ لأنّ القرائن المثمرة للظنّ الذي لم يثبت من قبل الشارع اعتباره يبعد المصير إليها.

وقد يظهر من إطلاق بعضهم الاكتفاء بما يفيد الظنّ أيضاً، إلّا أنّه لابدّ من اليمين معه؛ لأنّ أقصاه لو كان مع المشتري انقلاب البائع مدّعياً باعتبار مخالفته للظاهر، والمشتري منكراً لموافقته إيّاه، فيقبل قوله مع اليمين. ولا ثمرة له حينئذٍ لو كان مع البائع؛ لأنّ القول قوله بيمينه بدونه. (تذكرة الفقهاء ١١: ٢٠٩، مسالك الأفهام ٣: ٢٩٩، الحدائق الناضرة ١٩: ١٠٢، رياض المسائل ٨: ٢٧٤، جواهر الكلام ٢٣: ٢٨٦).

---

١. البيان والتحصيل ٨: ٣٢٩، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٥٠، تحفة الفقهاء ٢: ٩٨، البيان للعمراني ٥: ٣٤٢ ـ ٣٤٣، المغني لابن قدامة ٤: ٢٧١.

المشتري ما بين ذلك[١] *. فإن وجب الخيار قُوِّم ثلاثَ تقويمات: تقويم وهو سليم، وتقويم بالعيب الحادث عند البائع، وتقويم بالعيب الحادث عند المشتري، فيردّ البائع من الثمن، ويسقط عنه ما قدّر منه قدْر ما تنقص به القيمة المعيبة عن القيمة السليمة **، وإن أبى المشتري الردَّ وأحبّ الإمساك ردّ البائع من الثمن ما بين القيمة الصحيحة والمعيبة عنده[٢].

---

* صرّح كثير من فقهاء الإماميّة في كيفية معرفة قدر الأرش، وهو أن يقوَّم المبيع صحيحاً ومعيباً، وينظر في نسبة النقيصة من القيمة، فيؤخذ من الثمن بنسبتها، أي: ما بين القيمتين؛ لأنّه هو الذي فات عليه بسبب العيب، لا أنّه يؤخذ تفاوت ما بين القيمتين وإن أُطلق في النصوص وعبارات بعض القدماء ذلك، إلّا أنّه مبنيّ على الغالب من بيع الشيء بقيمته، وإلّا فلو أخذ التفاوت ما بين القيمتين لأمكن الجمع في بعض الأحوال بين العوض والمعوض ـ وهو منهي عنه ـ كما إذا كان الثمن خمسين وقوم المبيع صحيحاً بمائة ومعيباً بخمسين.

وأمّا على اعتبار النسبة فيؤخذ نصف الثمن وهو خمسة وعشرون، هذا وذكر البعض أنّ هذا التقويم يفترض فيما إذا كان الأرش للمشتري في غير الصرف. (مسالك الأفهام ٣: ٢٩٩ ـ ٣٠٠، رياض المسائل ٨: ٢٧٤ ـ ٢٧٥، جواهر الكلام ٢٣: ٢٨٨ ـ ٢٨٩، مفتاح الكرامة ١٠: ١٠٨٦).

** ذكر بعض فقهاء الإماميّة ـ من دون نقل خلاف ـ أنّه إذا كان الأرش للبائع ـ وذلك بأن يفسخ بخياره بعد تعيّب المبيع عند المشتري عيباً مضموناً عليه ـ هو أن يأخذ التفاوت بين القيمتين. (مسالك الأفهام ٣: ٢٩٩ ـ ٣٠٠، مفتاح الكرامة ١٠: ١٠٨٦ ـ ١٠٨٧).

---

١. المنتقى للباجي ٤: ١٩٩، المغني لابن قدامة ٤: ٢٦٠، التهذيب للبغوي ٣: ٤٥١ ـ ٤٥٢، المقدّمات الممهّدات ٢: ١٠٦.

٢. المنتقى للباجي ٤: ١٩٩، المقدّمات الممهّدات ٢: ١٠٦.

الباب الثاني في بيع البراءة

اختلف العلماء في جواز هذا البيع، وصورته: أن يشترط البائع على المشتري التزام كلّ عيب يجده في المبيع على العموم، فقال أبو حنيفة: يجوز البيع بالبراءة من كلّ عيب، سواء علمه البائع أو لم يعلمه، سمّاه أو لم يسمّه، أبصره أو لم يبصره[1] *، وبه قال أبو ثور[2].

---

* لا خلاف عند الإماميّة في أنّ التبرّي من العيوب مسقط للردّ والأرش ـ بل ادّعي عليه الإجماع ـ وذلك بأن يقول البائع: بعتك هذا بكلّ عيب أو...، وأنا بريء من كلّ عيب، أو نحو ذلك ممّا لايفرق فيه بين العيوب ظاهرة أو باطنة، معلومة أو غير معلومة، حيواناً كان المبيع أو غيره.

واستدلّ له بقول الإمام الصادق عليه السلام: «المسلمون عند شروطهم، إلّا كلّ شرط خالف كتاب الله عزّ وجلّ فلا يجوز». ولأنّه إسقاط حقّ فيصحّ في المجهول؛ كالطلاق والعتاق، ولأنّ خيار العيب إنّما يثبت لاقتضاء مطلق العقد السلامة، فإذا صرّح بالبراءة فقد ارتفع الإطلاق.

ويصحّ التبرّي أيضاً من العيوب المتجدّدة، وظاهر التذكرة الإجماع عليه؛ لأنّ المراد التبرّي من الخيار الثابت بسببها بمقتضى العقد، فليس براءة ممّا لم يجب.

قال في الجواهر: علىٰ أنّه يمكن منع عدم صحّته علىٰ جهة الشرطية، ثمّ على الصحة فالظاهر شمول إطلاق البراءة من العيوب لها وإن كان المنساق أولاً إلى الذهن العيوب الموجودة حال العقد. (تذكرة الفقهاء ١١: ٨٦ ـ ٨٧، مسالك الأفهام ٣: ٢٨٢، جواهر الكلام ٢٣: ٢٣٧ ـ ٢٣٨، فقه الصادق ١٧: ٣٢٤).

---

١. تحفة الفقهاء ٢: ١٠٢، مختصر اختلاف العلماء ٣: ١٤٢، بدائع الصنائع ٧: ١٨.

٢. الاستذكار ١٩: ٤٧، البيان للعمراني ٥: ٣٠٣.

وقال الشافعي في أشهر قوليه (وهو المنصور عند أصحابه): لايبرأ البائع إلّا من عيبٍ يريه للمشتري[١]، وبه قال الثوري[٢]. وأمّا مالك فالأشهر عنه أنّ البراءة جائزة ممّا يعلم البائع من العيوب، وذلك في الرقيق خاصةً، إلّا البراءة من الحمل في الجواري الرائعات، فإنّه لايجوز عنده لعظم الغرر فيه، ويجوز في الوَخش[٣] وعنه في رواية ثانية: أنّه يجوز في الرقيق والحيوان[٤]. وفي رواية ثالثة مثل قول الشافعي[٥]. وقد روي عنه: أنّ بيع البراءة إنّما يصحّ من السلطان فقط[٦]، وقيل: في بيع السلطان وبيع المواريث، وذلك من غير أن يشترطوا البراءة[٧].

وحجّة من رأى القول بالبراءة على الإطلاق: أنّ القيام بالعيب حقّ من حقوق المشتري قبل البائع، فإذا أسقطه سقط، أصله سائر الحقوق الواجبة[٨]. وحجّة من لم يجزه على الإطلاق: أنّ ذلك من باب الغرر فيما لم يعلمه البائع، ومن باب الغَبن والغشّ فيما علمه[٩]، ولذلك اشتَرط جهلَ البائع مالكٌ[١٠].

وبالجملة: فعمدة مالك ما رواه في الموطّأ: أنّ عبدالله بن عمر باع غلاماً له بثمانمائة

---

١. الإقناع لابن المنذر: ١٧٩، الاستذكار ١٩: ٤٦، الحاوي الكبير ٥: ٢٧١ ـ ٢٧٢، وفيها التصريح بصحّة البراءة من العيوب التي لها البائع للمشتري، وأمّا غيرها من المصادر فقد ذكر فقهاء الشافعية أقوالاً في ذلك وأنّ الأصحّ هو أنّ البائع لايبدأ بالتبرّي إلّا من عيب واحد، وهو العيب الباطن في الحيوان. أنظر: البيان للعمراني ٥: ٣٠٣، العزيز شرح الوجيز ٤: ٢٤٣، التهذيب للبغوي ٣: ٤٧٤، حلية العلماء ٤: ٢٨١ ـ ٢٨٥، المهذّب للشيرازي ٣: ١٣١ ـ ١٣٢.

٢. مختصر اختلاف العلماء ٣: ١٤٣، الاستذكار ١٩: ٤٧، وفيهما: قال الثوري: إذا باع السلعة بالبراءة، فسمّى العيوب وتبرّأ منها، فقد برئ وإن لم يرها إياه.

٣. المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٣٤٩ ـ ٣٥١، الموطّأ ٢: ٦١٢، ٦١٤، الاستذكار ١٩: ٤٥، ٤٦، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٤٩، المنتقىٰ للباجي ٤: ١٧٩.

٤. المعونة ٢: ١٠٦٦، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٤٩، الاستذكار ١٩: ٤٥.

٥. المعونة ٢: ١٠٦٦، المنتقىٰ للباجي ٤: ١٧٩، الاستذكار ١٩: ٤٦.

٦. المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٣٤٩، المنتقىٰ للباجي ٤: ١٨١، الاستذكار ١٩: ٤٦، النوادر والزيادات ٦: ٢٤١.

٧. المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٣٥٠، المنتقىٰ للباجي ٤: ١٨١، النوادر والزيادات ٦: ٢٣٩.

٨. بدائع الصنائع ٧: ١٨، ٢١، الاستذكار ١٩: ٤٨ ـ ٤٩، الحاوي الكبير ٥: ٢٧٢.

٩. الحاوي الكبير ٥: ٢٧٢ ـ ٢٧٣، البيان للعمراني ٥: ٣٠٣.

١٠. الموطّأ ٢: ٦١٢، المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٣٤٩، المعونة ٢: ١٠٦٧.

درهم، وباعه على البراءة، فقال الذي ابتاعه لعبدالله بن عمر: بالغلام داء لم تُسمّه، فاختصما إلىٰ عثمان، فقال الرجل: باعني عبداً وبه داء لم يسمّه لي، وقال عبدالله: بعته بالبراءة، فقضى عثمان علىٰ عبدالله أن يحلف لقد باع العبد وما به داء يعلمه، فأبىٰ عبدالله أن يحلف وارتجع العبد[١]. وروي أيضاً أنّ زيد بن ثابت كان يجيز بيع البراءة[٢]. وإنّما خصّ مالك بذلك الرقيق لكون عيوبهم في الأكثر خافية[٣].

وبالجملة: خيار الردّ بالعيب حقّ ثابت للمشتري، ولمّا كان ذلك يختلف اختلافاً كثيراً؛ كاختلاف المبيعات في صفاتها، وجب إذا اتّفقا على الجهل به أن لايجوز، أصلُه: إذا اتّفقا علىٰ جهل صفة المبيع المؤثّرة في الثمن، ولذلك حكى ابن القاسم في المدوّنة عن مالك: أنّ آخر قوله كان إنكار بيع البراءة إلّا ما خفّف فيه السلطان، وفي قضاء الديون خاصة[٤]. وذهب المغيرة من أصحاب مالك إلىٰ أنّ البراءة إنّما تجوز فيما كان من العيوب لايتجاوز فيها ثلث المبيع[٥].

والبراءة ـ بالجملة ـ إنّما تلزم عند القائلين بالشرط ـ أعني: إذا اشترطها ـ إلّا بيع السلطان والمواريث عند مالك فقط[٦]. فالكلام ـ بالجملة ـ في بيع البراءة هو في جوازه، وفي شرط جوازه، وفيما يجوز من العقود والمبيعات والعيوب، ولمن يجوز بالشرط أو مطلقاً، وهذه كلّها قد تقدّمت بالقوة في قولنا فاعلمه.

---

١. الموطّأ ٢: ٦١٣، كتاب البيوع، باب العيب في الرقيق، الحديث ٤، الإشراف لعبدالوهاب ٢: ٥٥٥.

٢. مختصر اختلاف العلماء ٣: ١٤٣، الاستذكار ١٩: ٤٨، المغني لابن قدامة ٤: ٢٨٠.

٣. المنتقىٰ للباجي ٤: ١٨٠، ١٨٢.

٤. المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٣٤٩.

٥. المنتقىٰ للباجي ٤: ١٨٤، النوادر والزيادات ٦: ٢٤١.

٦. مرّ تخريجها.

الجملة الثانية في وقت ضمان المبيعات

واختلفوا في الوقت الذي يضمن فيه المشتري المبيع أنّىٰ تكون خسارته إن هلك منه، فقال أبو حنيفة والشافعي: لايضمن المشتري إلّا بعد القبض[1]*، وأمّا مالك فله في ذلك تفصيل، وذلك أنّ المبيعات عنده في هذا الباب ثلاثة أقسام: بيع يجب على البائع فيه حقّ توفيةٍ من وزن أو كيل أو عدد، وبيع ليس فيه حقّ توفية، وهو الجزاف أو ما لايوزن ولا يكال ولايعد. فأمّا ماكان فيه حقّ توفية فلا يضمن المشتري إلّا بعد القبض، وأمّا ما ليس فيه حقّ توفية وهو حاضر فلا خلاف في المذهب أنّ ضمانه من المشتري وإن لم يقبضه[2].

وأمّا المبيع الغائب، فعن مالك في ذلك ثلاث روايات، أشهرها: أنّ الضمان من البائع إلّا أن يشترطه على المبتاع، والثانية: أنّه من المبتاع إلّا أن يشترطه على البائع، والثالثة: الفرق بين ما ليس بمأمون البقاء إلىٰ وقت الاقتضاء كالحيوان والمأكولات، وبين ما هو مأمون البقاء[3].

---

* أجمع فقهاء الإماميّة علىٰ أنّ تلف المبيع بعد قبضه وانقضاء الخيار هو من مال المشتري؛ لأنّ المال صار له بحيث لاتعلُّق لأحدٍ بوجه، وأمّا لو تلف بعد قبضه وفي مدّة الخيار ـ خيار البائع أو المشتري ـ فلا خلاف بينهم في أنّ التلف يكون ممّن لا خيار له؛ للأخبار المعتبرة المستفيضة. (رياض المسائل ٨: ٢٠٨ ـ ٢١٠، جواهر الكلام ٢٣: ٨٥، مفتاح الكرامة ١٠: ١٠٢٧ـ١٠٢٨).

---

١. تحفة الفقهاء ٢: ٤٣، مختصر اختلاف العلماء ٣: ٩٨، الحاوي الكبير ٥: ٢٢١ ـ ٢٢٢.

٢. المعونة ٢: ٩٧٣، التلقين ٢: ٣٧١، الإشراف لعبدالوهاب ٢: ٥٥٣.

٣. المعونة ٢: ٩٨٠، المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٢١٣، التفريع ٢: ١٧٠.

والخلاف في هذه المسألة مبنيّ علىٰ: هل القبض شرط من شروط العقد، أو حكم من أحكام العقد، والعقد لازم دون القبض؟ فمن قال: القبض من شروط صحة العقد أو لزومه أو كيفما شئت أن تعبّر في هذا المعنىٰ، كان الضمان عنده من البائع حتىٰ يقبضه المشتري *، ومن قال: هو حكم لازم من أحكام المبيع، والبيع قد انعقد ولزم، قال: العقد يدخل في ضمان المشتري[١].

وتفريق مالك بين الغائب والحاضر، والذي فيه حقّ توفية، والذي ليس فيه حقّ توفية، استحسان. ومعنىٰ الاستحسان في أكثر الأحوال هو الالتفات إلى المصلحة والعدل[٢].

وذهب أهل الظاهر إلىٰ أنّ بالعقد يدخل في ضمان المشتري فيما أحسب[٣]، وعمدة من رأىٰ ذلك اتّفاقُهم علىٰ أنّ الخراج قبل القبض للمشتري، وقد قال عليه الصلاة والسلام: «الخراج بالضمان»[٤و٥].

وعمدة المخالف: حديث عتاب بن أسيد: أنّ رسول الله ﷺ لمّا بعثه إلىٰ مكة قال له:

---

* لا خلاف في أنّ القبض من الأُمور المعتبرة شرعاً في البيع؛ لما يترتّب عليه من الأحكام، فإنّ للقبض فيه مدخلاً باعتبار شرطيته للصحة أو للزوم، فمن أحكامه: انتقال ضمان المبيع إلى المشتري بعده إن لم يكن له خيار، وكونه على البائع قبله؛ لقول النبي ﷺ: «**كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه**». (الحدائق الناضرة ١٩: ١٥٣، تذكرة الفقهاء ١٠: ١١٢، رياض المسائل ٨: ٢٣٦).

---

١. المعونة ٢: ٩٧٣، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٥٥٣، الحاوي الكبير ٥: ٢٢١.

٢. الضروري في أصول الفقه: ٩٨.

٣. المحلّىٰ بالآثار ٨: ٣٧٩.

٤. مرّ سابقاً.

٥. وصف ابن حزم هذا الخبر مرّة بأنّه لايصحّ، انفرد به مخلد بن خفاف ومسلم بن خالد الزنجي ووصفه مرّة بأنّه فاسد. راجع: المحلّىٰ بالآثار ٨: ١٣٦، ٩: ٨١.

«انْهَهم عن بيع ما لم يقبضوا وربح ما لم يضمنوا»[١و٢] وقد تكلّمنا في شرط القبض في المبيع فيما سلف، ولا خلاف بين المسلمين أنّه من ضمان المشتري بعد القبض إلّا في العهدة والجوائح[٣]، وإذ قد ذكرنا العهدة فينبغي أن نذكر هاهنا الجوائح.

القول في الجوائح

اختلف العلماء في وضع الجوائح في الثمار، فقال بالقضاء بها مالك وأصحابه[٤]، ومنعها أبو حنيفة والثوري والشافعي في قوله الجديد والليث[٥]*.

---

* لا فرق عند الإماميّة بين الثمرة وغيرها من المبيعات في أحكام التلف، فالذي عليه فقهاء الإماميّة أنّه إذا أُصيب كلّ الثمرة المباعة ـ بعد بدو صلاحها ـ بآفة من الله، سماوية أو أرضية، قبل قبضه ـ الذي هو التخلية ـ كان من مال بائعه كغيره من أفراد المبيع؛ للعموم وغيره، وإذا أُصيب البعض انفسخ العقد فيه بلا خلاف بينهم فيه، وأخذ السليم بحصّته من الثمن، وكان له خيار التبعيض.

وأمّا لو تلف الكلّ أو البعض بآفة أو من أجنبي بعد القبض ـ وهو التخلية ـ فالمشهور بينهم هو من مال المشتري، فإنّ مقتضىٰ قاعدة البيع أنّ التلف بعد القبض ←

---

١. المصنّف لابن أبي شيبة ٦: ٥٧٢، كتاب البيوع والأقضية، باب من كره أن يأكل ربح ما لم يضمن، الحديث ٢٠٨٠، الأم ٣: ٨٧، كتاب البيوع، باب حكم المبيع قبل القبض وبعده، مسند أبي حنيفة: ١٢٤، كتاب البيوع، الحديث ١٨.

٢. الحاوي الكبير ٥: ٢٢١.

٣. مراتب الإجماع: ٨٥، الإقناع لابن القطّان ٢: ٢١٦.

٤. الموطّأ ٢: ٦٢١، كتاب البيوع، باب الجائحة في بيع الثمار والزروع، التفريع ٢: ١٥١ـ١٥٢، الرسالة الفقهية: ٢٢١ ـ ٢٢٢، النوادر والزيادات ٦: ٢٠٣، المعونة ٢: ١٠١٩، المقدّمات الممهّدات ٢: ٥٣٨، المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٢٥.

٥. مختصر المزني: ٩٠، مختصر اختلاف العلماء ٣: ١٠٠، الحاوي الكبير ٥: ٢٠٥، التهذيب للبغوي ٣: ٣٩٢، الاستذكار ١٩: ١٠٦، ١٠٧، المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٣٢، شرح معاني الآثار ٤: ٣٦.

فعمدة من قال بوضعها: حديث جابر: أنّ رسول الله ﷺ قال: «من باع ثمراً فأصابته جائحة فلا يأخذ من أخيه شيئاً، على ماذا يأخذ أحدكم مال أخيه؟» خرّجه مسلم عن جابر[١]. وما روي عنه أنّه قال: أمر رسول الله ﷺ بوضع الجوائح[٢]، فعمدة من أجاز الجوائح حديثا جابر هذان[٣]، وقياس الشبه أيضاً، وذلك أنّهم قالوا: إنّه مبيع بقي على البائع فيه حقّ توفية، بدليل ما عليه من سقيه إلىٰ أن يكمل، فوجب أن يكون ضمانه منه، أصله: سائر المبيعات التي بقي فيها حقّ توفية[٤]. والفرق عندهم بين هذا المبيع وبين سائر البيوع: أنّ هذا بيع وقع في الشرع، والمبيع لم يكمل بعد، فكأنّه مستثنىً من النهي عن بيع ما لم يُخلَق، فوجب أن يكون في ضمانه مخالفاً لسائر المبيعات[٥].

وأمّا عمدة من لم يقل بالقضاء بها فتشبيه هذا البيع بسائر المبيعات، وأنّ التخلية في هذا المبيع هو القبض. وقد اتّفقوا علىٰ أنّ ضمان المبيعات بعد القبض من المشتري[٦]، ومن طريق السماع أيضاً حديث أبي سعيد الخدري قال: أُجيح رجل في ثمار ابتاعها وكثر دينه، فقال رسول الله ﷺ: «تصدَّقوا عليه» فتُصدّق عليه، فلم يبلغ وفاء دينه، فقال رسول الله ﷺ «خُذوا ما

← لايوجب رجوع المشتري على البائع بشيء، وذكروا أنّه لاينفسخ البيع، سواء كان التالف الجميع أو البعض، إلّا أنّه قال الشيخ في المبسوط: وإن قلنا: إنّه ينفسخ في مقدار التالف كان قولاً قوياً. (المبسوط ٢: ١١٦ ـ ١١٧، تذكرة الفقهاء ١٠: ٣٨٧ ـ ٣٨٨، مفتاح الكرامة ٩: ٦٦٤ ـ ٦٦٥، جواهر الكلام ٢٤: ٨٧ ـ ٨٨، الحدائق الناضرة ١٩: ٣٤٧ ـ ٣٤٩).

---

١. صحيح مسلم ٣: ١١٩٠، كتاب المساقاة، باب وضع الجوائح، الحديث ١٥٥٤/١٤.

٢. صحيح مسلم ٣: ١١٩١، كتاب المساقاة، باب وضع الجوائح الحديث ١٥٥٤/١٧، سنن النسائي ٧: ٢٦٥، كتاب البيوع، باب وضع الجوائح.

٣. المقدّمات الممهّدات ٢: ٥٣٨، الاستذكار ١٩: ١٠٥، المعونة ٢: ١٠١٩، المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٣٢.

٤. المقدّمات الممهّدات ٢: ٥٣٩ ـ ٥٤٠، المعونة ٢: ١٠٢٠، الإشراف لعبدالوهاب ٢: ٥٤٧.

٥. الإشراف لعبدالوهاب ٢: ٥٤٧، المعونة ٢: ١٠٢٠.

٦. شرح معاني الآثار ٤: ٣٥، ٣٦، الحاوي الكبير ٥: ٢٠٧، المقدّمات الممهّدات ٢: ٥٣٩.

وجدتم، وليس لكم إلّا ذلك»[١] قالوا: فلم يحكم بالجائحة[٢].

فسبب الخلاف في هذه المسألة هو تعارض الآثار فيها، وتعارض مقاييس الشبه، وقد رام كلّ واحد من الفريقين صرف الحديث المعارض للحديث الذي هو الأصل عنده بالتأويل، فقال من منع الجائحة: يشبه أن يكون الأمر بها إنّما ورد من قبل النهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها، قالوا: ويشهد لذلك أنّه لمّا كثر شكواهم بالجوائح أُمروا أن لا يبيعوا الثمر إلّا بعد أن يبدو صلاحه، وذلك في حديث زيد بن ثابت المشهور[٣و٤]. وقال من أجازها في حديث أبي سعيد: يمكن أن يكون البائع عديماً، فلم يقض عليه بجائحة، أو أن يكون المقدار الذي أصيب من الثمر مقداراً لا يلزم فيه جائحة، أو أن يكون أصيب في غير الوقت الذي تجب فيه الجائحة، مثل أن يصاب بعد الجذاذ أو بعد الطيب[٥].

وأمّا الشافعي فروىٰ حديث جابر عن سليمان بن عتيق عن جابر، وكان يضعّفه ويقول: إنّه اضطرب في ذكر وضع الجوائح فيه، ولكنّه قال: إن ثبت الحديث وجب وضعها في القليل والكثير[٦]. ولا خلاف بينهم في القضاء بالجائحة بالعطش[٧]*.

---

* ذكر بعض فقهاء الإماميّة أنّه لا يجب على البائع السقي؛ لأصالة براءة ذمته، بل ←

---

١. صحيح مسلم ٣: ١١٩١، كتاب المساقاة، باب استحباب الوضع من الدين، الحديث ١٥٥٦/١٨، سنن الترمذي ٣: ٤٤، كتاب الزكاة، باب ما جاء من تحل له الصدقة من الغارمين وغيرهم، الحديث ٦٥٥.

٢. مختصر اختلاف العلماء ٣: ١٠٢، الحاوي الكبير ٥: ٢٠٧، المقدّمات الممهّدات ٢: ٥٣٨ـ٥٣٩، شرح معاني الآثار ٤: ٣٥ـ٣٦.

٣. تقدّم تخريجه في الباب الثالث (البيوع المنهي عنها بسبب الغرر) من هذا الكتاب.

٤. أنظر: الاستذكار ١٩: ١٠١، شرح معاني الآثار ٤: ٢٨.

٥. المقدّمات الممهّدات ٢: ٥٣٨ ـ ٥٣٩، الاستذكار ١٩: ١١٢.

٦. الأم ٣: ٦٨ ـ ٧٠، مختصر المزني: ٩٠، الاستذكار ١٩: ١٠٦ـ١٠٧.

٧. المقدّمات الممهّدات ٢: ٥٣٩، ٥٤٥، المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٣٧، المعونة ٢: ١٠٢٠، المغني لابن قدامة ٤: ٢٣٤، الحاوي الكبير ٥: ٢٠٨.

وقد جعل القائلون بها اتّفاقهم في هذا حجةً علىٰ إثباتها[١]. والكلام في أصول الجوائح علىٰ مذهب مالك ينحصر في أربعة فصول:

الأول: في معرفة الأسباب الفاعلة للجوائح.

الثاني: في محلّ الجوائح من المبيعات.

الثالث: في مقدار ما يوضع منه فيه.

الرابع: في الوقت الذي توضع فيه.

الفصل الأول في معرفة الأسباب الفاعلة للجوائح

وأمّا ما أصاب الثمرة من السماء مثل البرد والقحط وضدِّه والعفن، فلا خلاف في المذهب أنّه جائحة[٢]، وأمّا العطش ـ كما قلنا ـ فلا خلاف بين الجميع أنّه جائحة[٣]. وأمّا ما أصاب من صنع الآدميين فبعض من أصحاب مالك رآه جائحة، وبعض لم يره جائحة[٤]*.

والذين رأوه جائحةً انقسموا قسمين: فبعضهم رأى منه جائحةً ما كان غالباً كالجيش،

← التمكين منه مع الحاجة، فلو تلف بترك السقي، فإن لم يكن قد منع فلا ضمان عليه، وإن منع ضمن لأنّه سبب الإتلاف. (مفتاح الكرامة ٩: ٦٦٦، الدروس الشرعية ٣: ٢٣٦، تذكرة الفقهاء ١٠: ٣٨٩).

* ألحق كثير من فقهاء الإماميّة ـ من دون نقل خلاف ـ التلف الحاصل من النهب أو السرقة بالتلف الحاصل بآفة سماوية أو أرضية؛ لصدق التلف علىٰ ذلك كلّه. (تذكرة الفقهاء ١٠: ٣٩١، مهذّب الاحكام ١٨: ٦٥، جواهر الكلام ٢٤: ٨٧).

---

١. المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٣٢، المقدّمات الممهّدات ٢: ٥٣٩، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٥٤٧، المعونة ٢: ١٠٢٠.

٢. المدوَّنة الكبرىٰ ٥: ٣٨، النوادر والزيادات ٦: ٢١٣، الاستذكار ١٩: ١١٤، المعونة ٢: ١٠١٩، المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٣٢ ـ ٢٣٣.

٣. تقدَّم تخريجه آنفاً.

٤. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٣٨، المقدّمات الممهّدات ٢: ٥٤٥، النوادر والزيادات ٦: ٢١٢، المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٣٢ ـ ٢٣٣.

ولم ير ما كان منه بمغافصة[١] جائحة مثل السرقة[٢]، وبعضهم جعل كلّ ما يصيب الثمرة من جهة الآدميين جائحة بأيّ وجهٍ كان[٣]. فمن جعلها في الأمور السماوية فقط اعتمد ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام: «أرأيت إن منع الله الثمرة؟» ومن جعلها في أفعال الآدميين شبّهها بالأمور السماوية، ومن استثنىٰ اللّص قال: يمكن أن يُتحفّظ منه[٤].

الفصل الثاني في محلّ الجوائح من المبيعات

ومحلّ الجوائح هي: الثمار والبقول. فأمّا الثمار فلا خلاف فيها في المذهب[٥]، وأمّا البقول ففيها خلاف، والأشهر فيها الجائحة[٦]. وإنّما اختلفوا في البقول لاختلافهم في تشبيهها بالأصل الذي هو الثمر[٧].

الفصل الثالث في مقدار ما يوضع منه فيه

وأمّا المقدار الذي تجب فيه الجائحة: أمّا في الثمار فالثلث[٨]*، وأمّا في البقول فقيل في

---

* ذكر بعض فقهاء الإماميّة أنّه لا فرق في أحكام التلف، سواء كان التالف الثلث أو أقلّ أو أكثر. (تحرير الاحكام ٢: ٣٩٨، تذكرة الفقهاء ١٠: ٣٩١).

---

١. غافصته مغافصةً: أي أخذتُه علىٰ غرّة فركبته بمساءة. أنظر: ترتيب كتاب العين ٢: ١٣٤٨، مادة: غفص.

٢. المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٣٢، المقدّمات الممهّدات ٢: ٥٤٥.

٣. المصدران السابقان.

٤. المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٣٢ ـ ٢٣٣، المقدّمات الممهّدات ٢: ٥٤٥.

٥. الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٣٤، المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٣٣، النوادر والزيادات ٦: ٢٠٤ ـ ٢٠٩، المقدّمات الممهّدات ٢: ٥٣٩، ٥٤٢.

٦. المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٣٣ ـ ٢٣٤، المقدّمات الممهّدات ٢: ٥٤٢، ٥٤٣، المعونة ٢: ١٠٢١.

٧. المعونة ٢: ١٠٢١، المقدّمات الممهّدات ٢: ٥٤٢.

٨. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٣١، النوادر والزيادات ٦: ٢٠٤ ـ ٢٠٧، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٣٤.

القليل والكثير[١]، وقيل في الثلث[٢]، وابن القاسم يعتبر ثلث الثمر بالكيل[٣]، وأشهب يعتبر الثلث في القيمة، فإذا ذهب من الثمر عند أشهب ما قيمته الثلث من الكيل وضع عنه الثلث من الثمن، وسواء كان ثلثاً في الكيل أو لم يكن[٤]. وأمّا ابن القاسم فإنّه إذا ذهب من الثمر الثلث من الكيل: فإن كان نوعاً واحداً ليس تختلف قيمة بطونه حطّ عنه من الثمن الثلث، وإن كان الثمر أنواعاً كثيرة مختلفة القيم أو كان بطوناً مختلفة القيم أيضاً، اعتبر قيمة ذلك الثلث الذاهب من قيمة الجميع، فما كان قدره حطّ بذلك القدر من الثمن[٥]. ففي موضع يعتبر المكيلة فقط؛ حيث تستوي القيمة في أجزاء الثمرة وبطونها، وفي موضع يعتبر الأمرين جميعاً حيث تختلف القيمة.

والمالكية يحتجّون في مصيرهم إلى التقدير في وضع الجوائح، وإن كان الحديث الوارد فيها مطلقاً بأنّ القليل في هذا معلوم من حكم العادة أنّه يخالف الكثير، إذ كان معلوماً أنّ القليل يذهب من كلّ ثمر، فكأنّ المشتري دخل علىٰ هذا الشرط بالعادة وإن لم يدخل بالنطق، وأيضاً فإنّ الجائحة التي عُلّق الحكم بها تقتضي الفرق بين القليل والكثير. قالوا: وإذا وجب الفرق وجب أن يعتبر فيه الثلث، إذ قد اعتبره الشرع في مواضع كثيرة[٦] وإن كان المذهب يضطرب في هذا الأصل؛ فمرّة يجعل الثلث من حيّز الكثير كجعله إياه هاهنا، ومرّة يجعله في حيّز القليل، ولم يضطرب في أنّه الفرق بين القليل والكثير[٧]، والمقدَّرات يعسر

---

١. المدوَّنة الكبرىٰ ٥: ٣٢، الاستذكار ١٩: ١١٤، المقدّمات الممهّدات ٢: ٥٤٢، المعونة ٢: ١٠٢١.

٢. المدوَّنة الكبرىٰ ٥: ٣٢، المعونة ٢: ١٠٢١، المقدّمات الممهّدات ٢: ٥٤٢.

٣. المدوَّنة الكبرىٰ ٥: ٢٦ ـ ٢٧، النوادر والزيادات ٦: ٢٠٤، الاستذكار ١٩: ١١٣ ـ ١١٤، المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٣٦، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٣٤، عقد الجواهر الثمينة ٢: ٧٣٦.

٤. النوادر والزيادات ٦: ٢٠٤، ٢٠٥، المعونة ٢: ١٠٢٠، الاستذكار ١٩: ١١٤، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٣٤، المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٣٦.

٥. المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٣٥، عقد الجواهر الثمينة ٢: ٧٣٧.

٦. المقدّمات الممهّدات ٢: ٥٤٠ ـ ٥٤١، الاستذكار ١٩: ١١٣، المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٣٦، المعونة ٢: ١٠٢٠.

٧. المقدّمات الممهّدات ٢: ٥٤٠ ـ ٥٤١، المعونة ٢: ١٠٢٠، ٣: ١٣٢٥، ١٣٣٦.

إثباتها بالقياس عند جمهور الفقهاء، ولذلك قال الشافعي: لو قلت بالجائحة لقلت فيها بالقليل والكثير[١]، وكون الثلث فرقاً بين القليل والكثير هو نصّ في الوصية، في قوله عليه الصلاة والسلام: «الثلث، والثلث كثير»[٢].

الفصل الرابع في الوقت الذي توضع فيه

وأمّا زمان القضاء بالجائحة فاتّفق المذهب علىٰ وجوبها في الزمان الذي يحتاج فيه إلىٰ تبقية الثمر على رؤوس الشجر حيث يستوفي طيبَه[٣].

واختلفوا إذا أبقاه المشتري في الثمار ليبيعه على النضارة وشيئاً شيئاً، فقيل فيه الجائحة تشبيهاً بالزمان المتّفق عليه[٤]، وقيل: ليس فيه جائحة؛ تفريقاً بينه وبين الزمان المتّفق علىٰ وجوب القضاء بالجائحة فيه[٥]. وذلك أنّ هذا الزمان يشبه الزمان المتّفق عليه من جهة ويخالفه من جهة، فمن غلّب الاتّفاق أوجب فيه الجائحة، ومن غلّب الاختلاف لم يوجب فيه جائحة[٦]، أعني: من رأىٰ أنّ النضارة مطلوبة بالشراء كما الطيب مطلوب قال بوجوب الجائحة فيه، ومن لم ير الأمر فيهما واحداً قال: ليس فيه جائحة. ومن هنا اختلفوا في وجوب الجوائح في البقول.

---

١. تقدَّم آنفاً.

٢. صحيح البخاري ٤: ٤٨، كتاب الوصايا، باب الوصية بالثلث، الحديث ٦، ٧، صحيح مسلم ٣: ١٢٥٠، كتاب الوصية، باب الوصية بالثلث، الحديث ١٦٢٨/٥.

٣. المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٣٣، المقدّمات الممهّدات ٢: ٥٤٢، عقد الجواهر الثمينة ٢: ٧٣٨ـ٧٣٩.

٤. المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٣٣، ٢٣٤، عقد الجواهر الثمينة ٢: ٧٣٩.

٥. المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٣٣، عقد الجواهر الثمينة ٢: ٧٣٩.

٦. المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٣٣ ـ ٢٣٤.

الجملة الثالثة من جمل النظر في الأحكام

وهو في تابعات المبيعات

ومن مسائل هذا الباب المشهورة اثنتان:

الأولىٰ: بيع النخيل وفيها الثمر متىٰ يتبع بيع الأصل ومتىٰ لايتبعه؟

فجمهور الفقهاء علىٰ أنّ من باع نخلاً فيها ثمر قبل أن يؤبَّر فإنّ الثمر للمشتري، وإذا كان البيع بعد الإبار فالثمر للبائع إلّا أن يشترطه المبتاع[1] *، والثمار كلّها في هذا المعنىٰ

---

* أجمع فقهاء الإماميّة علىٰ أنّه لو باع نخلاً وعليه ثمرة فإن كانت الثمرة مؤبرة فهي للبائع، إلّا أن يشترطها المشتري فتكون له؛ عملاً بمفهوم قوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم».

كما أجمعوا علىٰ أنّها لو لم تكن مؤبرة فهي للمشتري، إلّا أن يشترطها البائع له فتكون له؛ للنصوص، منها: قول الصادق عليه السلام: «من باع نخلاً قد لقح فالثمرة للبائع، إلّا أن يشترطها المبتاع، قضى رسول الله صلى الله عليه وآله بذلك».

ومنها: ما عن الصادق عليه السلام أيضاً قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: «من باع نخلاً قد أبّره فثمره للذي باع، إلّا أن يشترط المبتاع». ←

---

١. التفريع ٢: ١٤٦، المعونة ٢: ١٠١١ ـ ١٠١٢، الاستذكار ١٩: ٨٣، المغني لابن قدامة ٤: ٢٠٦، البيان للعمراني ٥: ٢١٩، المهذّب للشيرازي ٣: ٩٣.

في معنىٰ النخيل[١] *، وهذا كلّه لثبوت حديث ابن عمر: أنّ رسول الله ﷺ قال: «من باع نخلاً قد أُبّرت فثمرها للبائع إلّا أن يشترطه المبتاع»[٢] قالوا: فلمّا حكم ﷺ بالثمن للبائع بعد الإبار علمنا بدليل الخطاب أنّها للمشتري قبل الإبار بلا شرط[٣].

وقال أبو حنيفة وأصحابه: هي للبائع قبل الإبار وبعده[٤]، ولم يجعل المفهوم هاهنا من باب دليل الخطاب، بل من باب مفهوم الأحرىٰ والأولىٰ[٥].

قالوا: وذلك أنّه إذا وجبت للبائع بعد الإبار فهي أحرىٰ أن تجب له قبل الإبار. وشبّهوا خروج الثمر بالولادة، وكما أنّ من باع أمةً لها ولد فولدها للبائع إلّا أن يشترطه المبتاع **،

← وهو يدلّ علىٰ أنّ النخل إذا لم تؤبَّر تكون الثمرة للمشتري، لأنّه ﷺ جعل الإبار حدّاً لملك البائع، وهو يدلّ علىٰ أنّه جعل ما قبله حدّاً لملك المشتري؛ ولأنّها قبل التأبير كالجزء من النخلة لا يعلم حالها من صحة الثمرة وفسادها. (تذكرة الفقهاء ١٢: ٦٨ ـ ٦٩، مسالك الأفهام ٣: ٢٣٢ ـ ٢٣٣، رياض المسائل ٨: ٢٣٢، ٢٣٥، جواهر الكلام ٢٣: ١٣٦ ـ ١٣٧، مهذّب الأحكام ١٧: ٢٥٩).

* أجمع فقهاء الإماميّة علىٰ أنّه يكون الثمر في غير النخل من الأشجار للبائع، سواء لقّحت أو لم تلقّح إلّا مع الشرط؛ للأصل، والإجماع، واختصاص دليل التفصيل بخصوص النخل. (تذكرة الفقهاء ١٢: ٧٣، مهذّب الأحكام ١٧: ٢٥٩ ـ ٢٦٠، جواهر الكلام ٢٣: ١٣٨).

** أجمع فقهاء الإماميّة علىٰ أنّ الحمل لا يدخل في بيع الأُم؛ للأصل، والعرف القاضي بأنّه ليس جزءاً من المسمّىٰ، ولا تابعاً له عادةً. (تذكرة الفقهاء ١٠: ٢٧٥، مهذّب الأحكام ١٧: ٢٥٩).

---

١. التفريع ٢: ١٤٦ ـ ١٤٧، المعونة ٢: ١٠١٣، المهذّب للشيرازي ٣: ٩٧ ـ ٩٨، البيان للعمراني ٥: ٢٢٦ ـ ٢٢٨، المغني لابن قدامة ٤: ٢١٠ ـ ٢١١.

٢. صحيح البخاري ٣: ١٦١، كتاب البيوع، باب من باع نخلاً قد أبّرت.... الحديث ١٤٦، صحيح مسلم ٣: ١١٧٢، باب من باع نخلاً عليها ثمر، الحديث ١٥٤٣/٨٠.

٣. الاستذكار ١٩: ٨٣، المهذّب للشيرازي ٣: ٩٣ ـ ٩٤، المغني لابن قدامة ٤: ٢٠٦.

٤. مختصر اختلاف العلماء ٣: ٩٥ ـ ٩٦، الهداية للمرغيناني ٣: ٢٨، مختصر القدروي: ٧٩.

٥. الاستذكار ١٩: ٨٥ ـ ٨٦، الحاوي الكبير ٥: ١٦١.

كذلك الأمر في الثمر[١].

وقال ابن أبي ليلىٰ: سواء أُبِّر أو لم يؤبَّر، إذا بيع الأصل فهو للمشتري، اشترطها أو لم يشترطها[٢]، فردّ الحديث بالقياس، لأنّه رأىٰ أنّ الثمر جزء من المبيع[٣]، ولا معنىٰ لهذا القول إلّا إذا كان لم يثبت عنده الحديث. وأمّا أبو حنيفة فلم يردّ الحديث، وإنّما خالف مفهوم الدليل فيه[٤].

فإذن سبب الخلاف في هذه المسألة بين أبي حنيفة والشافعي ومالك ومن قال بقولهم: معارضة دليل الخطاب لدليل مفهوم الأحرىٰ والأولىٰ، وهو الذي يسمّىٰ فحوىٰ الخطاب، لكنّه هاهنا ضعيف وإن كان في الأصل أقوىٰ من دليل الخطاب، وأمّا سبب مخالفة ابن أبي ليلىٰ فمعارضة القياس للسماع، وهو ـ كما قلنا ـ ضعيف.

والإبار عند العلماء: أن يجعل طلع ذكور النخل في طلع إناثها *، وفي سائر الشجر أن تنوّر وتعقد، والتذكير في شجر التين التي تذكر في معنىٰ الإبار[٥]، وإبار الزرع مختلف فيه

---

* ذكر كثير من فقهاء الإماميّة ـ من دون نقل خلاف ـ أنّ الإبار هو تلقيح بذر طلع الفحل من النخل في طلع الإناث بعد تشقيقه. (رياض المسائل ٨: ٢٣٢، مفتاح الكرامة ١٠: ١١٨١، جواهر الكلام ٢٣: ١٣٦).

---

١. الموجود في كتب الأحناف استدلالهم بما روي عن رسول الله ﷺ أنّه قال: «من اشترىٰ أرضاً فيها نخل فالثمرة للبائع، إلّا أن يشترطها المبتاع» جعل ﷺ الثمرة للبائع مطلقاً عن وصف وشرط، فدلّ أنّ الحكم لايختلف بالتأبير وعدمه، ولأنّ النخل اسم لذات الشجرة، فلا يدخل ما عداه إلّا بقرينة زائدة. (بدائع الصنائع ٦: ٦١٢، الهداية للمرغيناني ٣: ٢٨)

وأمّا ما ذكره المصنّف فلاحظه في: المنتقىٰ للباجي ٤: ٢١٥، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٥٤١ ـ ٥٤٢، الحاوي الكبير ٥: ١٦١ ـ ١٦٣.

٢. البيان للعمراني ٥: ٢١٩، مختصر اختلاف العلماء ٣: ٩٥، الاستذكار ١٩: ٨٦.

٣. الاستذكار ١٩: ٨٦، مختصر اختلاف العلماء ٣: ٩٥، البيان للعمراني ٥: ٢١٩.

٤. البيان للعمراني ٥: ٢١٩، الاستذكار ١٩: ٨٥، ٨٦، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٥٤١ ـ ٥٤٢.

٥. الاستذكار ١٩: ٨٢، ٨٣، البيان للعمراني ٥: ٢١٩، المنتقىٰ للباجي ٤: ٢١٥، الإقناع لابن القطّان ٢: ٢١٨.

في المذهب؛ فروىٰ ابن القاسم عن مالك: أنّ إباره أن يُفرك قياساً علىٰ سائر الثمر[١]، وهل الموجب لهذا الحكم هو الإبار أو وقت الإبار؟ قيل: الوقت، وقيل: الإبار*، وعلىٰ هذا ينبني الاختلاف إذا أُبِّر بعض النخل ولم يؤبَّر البعض، هل يتبع ما لم يؤبَّر ما أُبِّر أو لا يتبعه؟[٢]**

واتّفقوا ـ فيما أحسبه ـ علىٰ أنّه إذا بيع ثمر وقد دخل وقت الإبار فلم يؤبَّر: أن حكمه حكم المؤبّر[٣].

المسألة الثانية: وهي اختلافهم في بيع مال العبد

وذلك أنّهم اختلفوا في مال العبد هل يتبعه في البيع والعتق؟ علىٰ ثلاثة أقوال:

أحدها: أنّ ماله في البيع والعتق لسيده، وكذلك في المكاتب، وبه قال الشافعي والكوفيون[٤].

---

* ذكر صاحب الجواهر أنّ المدار على التأبير فعلاً، كما هو ظاهر النصوص والفتاوىٰ، لا وقته، فلو باعه النخل بعد صلاح الثمرة، لكنّها لم تكن مؤبّرة، كانت للمشتري؛ للصدق، إلّا أن يكون هناك عرف يقتضي الخروج. (جواهر الكلام ٢٣: ١٣٨).

** لا خلاف بين فقهاء الإماميّة في أنّه لو باع النخل المؤبَّر وغير المؤبَّر صفقة كان ثمرة المؤبَّر للبايع، وثمرة غير المؤبَّر للمشتري؛ عملاً بظاهر الخبر، سواء اتّحد البستان أو اختلف، وسواء اتّحد نوع المؤبَّر أو اختلف. (جواهر الكلام ٢٣: ١٤٠، مفتاح الكرامة ١٠: ١١٨٢).

---

١. المنتقىٰ للباجي ٤: ٢١٥.

٢. الاستذكار ١٩: ٨٤، المنتقىٰ للباجي ٤: ٢١٥، البيان والتحصيل ٧: ٣٠٦ـ٣٠٧.

٣. الاستذكار ١٩: ٨٣، الحاوي الكبير ٥: ١٦٥، ١٦٦.

٤. الاستذكار ١٩: ٣٦، الاشراف لابن المنذر ٢: ١٧٧، مختصر المزني: ٩٣، مختصر اختلاف العلماء ٣: ٧٠، الحاوي الكبير ٥: ٢٦٨، المحلّىٰ بالآثار ٩: ٢١٤.

والثاني: أنّ ماله تبع له في البيع والعتق، وهو قول داود وأبي ثور[١].

والثالث: أنّه تبع له في العتق لا في البيع، إلّا أن يشترطه المشتري، وبه قال مالك والليث[٢]*.

فحجّة من رأىٰ أنّ ماله في البيع لسيده إلّا أن يشترطه المبتاع: حديث ابن عمر المشهور عن النبيﷺ أنّه قال: «من باع عبداً وله مال فماله للذي باعه، إلّا أن يشترطه المبتاع»[٣و٤].

---

* الأشهر بين فقهاء الإماميّة أنّ من اشترىٰ عبداً له مال كان ماله لمولاه، إلّا أن يشترطه المشتري، واحتجّوا بالأخبار:

منها: ما رواه محمد بن مسلم: سألت أحدهما عليهما السلام عن رجل باع مملوكاً فوجد له مالاً، فقال: «المال للبائع، إنّما باع نفسه، إلّا أن يكون شرط عليه أن ما كان له من متاع فهو له».

خلافاً لابن البراج فقال: إن لم يعلم البائع بمال العبد فهو له، وإن علم به فهو للمشتري؛ لحسن زرارة: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: الرجل يشتري المملوك وله مال، لمن ماله؟ فقال: «إن كان علم البائع أنّ له مالاً فهو للمشتري، وإن لم يكن علم فهو للبائع» وقد ضُعِّف.

هذا في البيع، وأمّا مال المكاتب إذا أُعتق، فقد ذكر بعض فقهائهم ـ من دون نقل خلاف ـ إنّ مال المكاتب له إذا أُعتق.

وأمّا تبعية مال العبد له وعدمها في العتق، فسيأتي بيان مذهب الإماميّة فيه في كتاب العتق. (رياض المسائل ٨: ٣٩٣ ـ ٣٩٤، جواهر الكلام ٢٤: ١٨٦ ـ ١٩٠، قواعد الاحكام ٣: ٢٠٤، كشف اللثام ٨: ٣٧٢، ٥١٩).

---

١. الاستذكار ١٩: ٣٦، المحلّىٰ بالآثار ٩: ٢١٣.

٢. الاستذكار ١٩: ٣٦، المعونة ٢: ١٠٧٠.

٣. صحيح البخاري ٣: ٢٣١ كتاب المساقاة، باب الرجل يكون له ممرّ أو شرب في حائطٍ أو نخل، الحديث ٢٧، صحيح مسلم ٣: ١١٧٣، كتاب البيوع، باب من باع نخلاً عليها ثمر، الحديث ١٥٤٣/٨٠، الموطأ ٢: ٦١١، كتاب البيوع، باب ما جاء في مال المملوك، الحديث ٢.

٤. مختصر اختلاف العلماء ٣: ٧٠، الاستذكار ١٩: ٣٢، المغني لابن قدامة ١٢: ٢٩٠.

ومن جعله لسيده في العتق فقياساً على البيع[١].

وحجة من رأىٰ أنّه تبع للعبد في كلّ حال انبنت علىٰ كون العبد مالكاً عندهم، وهي مسألة اختلف العلماء فيها اختلافاً كثيراً، أعني: هل يملك العبد أو لايملك[٢] *؟ ويشبه أن يكون هؤلاء إنّما غلّبوا القياس على السماع؛ لأنّ حديث ابن عمر هو حديث خالف فيه نافع

---

* المشهور بين الإماميّة أنّ المملوك لايملك. واحتجّ له ـ مضافاً إلىٰ دعوى الإجماع ـ بالآيات، مؤيّداً بأصالة عدم الملكية، وللأخبار، منها: صحيح محمد بن إسماعيل عن الرضا عليه السلام: سألته عن رجلٍ يأخذ من أم ولد شيئاً وهبه لها بغير طيب نفسها، من خدم أو متاع، أيجوز ذلك؟ قال: «نعم إذا كانت أم ولده».

وقيل: يملك في الجملة، ونسب إلى الأكثر. فحكي عن بعضهم أنّه يملك فاضل الضريبة وأرش الجناية أو أحدهما.

وقيل: يملك مطلقاً، لكنّه محجور عليه بالرقّ حتىٰ يأذن له المولىٰ.

واستدلّوا بعمومات ما دلّ علىٰ تملّك سائر الناس لأموالهم، وببعض الأخبار الخاصة؛ كصحيحة عمر بن يزيد في أنّه يملك فاضل الضريبة، وببعض الأخبار العامة، منها: «لا زكاة في مال المملوك» فإنّ الظاهر منها أنّ النفي لجهة مملوكية المالك؛ كالصغر والجنون المانعين عن تعلّق الزكاة.

ومنها: ما ورد أنّ الرق لايرث ولايورث، فلو لم يكن العبد مالكاً، فما معنىٰ انتقال ماله إلى مولاه وكونه وارثاً له؟! (تذكرة الفقهاء ١٠: ٣١٧ ـ ٣١٨، جواهر الكلام ٢٤: ١٧١ ـ ١٨٠، الزكاة للأنصاري ٩٦ ـ ١٠٥، كفاية الفقه ٢: ٤٤٦، المستند في شرح العروة الوثقىٰ ٢٣: ٢٠، مهذّب الأحكام ١١: ١٥، غنائم الأيام ٤: ٣٨ ـ ٣٩).

---

١. المحلّىٰ بالآثار ٩: ٢١٥.

٢. الاستذكار ١٩: ٣٢ ـ ٣٣، المعونة ٢: ١٠٦٩، التهذيب للبغوي ٣: ٤٦٧.

سالماً، لأنّ نافعاً رواه عن ابن عمر عن عمر، وسالم رواه عن ابن عمر عن النبي ﷺ[١].

وأمّا مالك فغلَّب القياس في العتق والسماع في البيع، وقال مالك في الموطّأ: الأمر المجمع عليه عندنا: أنّ المبتاع إذا اشترط مال العبد فهو له، نقداً كان أو عرضاً أو ديناً[٢]، وقد روي عن النبي ﷺ أنّه قال: «من أعتق غلاماً فماله له، إلّا أن يستثنيه سيده»[٣ و٤].

ويجوز عند مالك أن يشتري العبد وماله بدراهم، وإن كان مال العبد دراهم أو فيه دراهم[٥]. وخالفه أبو حنيفة والشافعي إذا كان مال العبد نقداً، وقالوا: العبد وماله بمنزلة من باع شيئين، لايجوز فيهما إلّا ما يجوز في سائر البيوع[٦]*.

واختلف أصحاب مالك في اشتراط المشتري لبعض مال العبد في صفقة البيع، فقال

---

* ذكر العلّامة أنّه لو اشترىٰ عبداً ومالَه، صحّ البيع بشرطين: العلم بمقداره، وأن لايتضمّن الربا. فلو كانت معه مائة درهم واشتراه مع ماله بمائة درهم، لم يصحّ البيع؛ لأنّه ربا. ولو اشتراه بمائة ودرهم صحّ البيع، وكان المائة مقابلة المائة، والدرهم مقابل العبد. وكذا لو اشتراه بغير الجنس أو لم يكن الثمن ربوياً أو لم يكن المال الذي معه ربوياً. ولو اشتراه ومالَه مع جهله بالمال لم يصحّ؛ لأنّه جزء من المبيع مقصود، فوجب العلم به. (تذكرة الفقهاء ١٠: ٣٢٠).

---

١. الاستذكار ١٩: ٢٩ ـ ٣٠.

٢. الموطّأ ٢: ٦١١.

٣. سنن أبي داود ٤: ٢٨، كتاب البيوع، باب في من أعتق عبداً وله مال، الحديث ٣٩٦٢، سنن ابن ماجة ٢: ٨٤٥، كتاب العتق، باب من أعتق عبداً وله مال، الحديث ٢٥٢٩.

٤. المعونة ٢: ١٠٧٠، المغني لابن قدامة ١٢: ٢٩٠، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٥٥٢.

٥. المدوَّنة الكبرىٰ ٤: ٢٢٥، الاستذكار ١٩: ٣٤، وفيهما تقييد الشراء بالأجل.

٦. مختصر اختلاف العلماء ٣: ٧٠، شرح معاني الآثار ٤: ٢٧، التهذيب للبغوي ٣: ٤٦٧، الاستذكار ١٩: ٣٥ ـ ٣٦، الحاوي الكبير ٥: ٢٦٩.

ابن القاسم: لايجوز[١] *، وقال أشهب: جائز أن يشترط بعضه[٢]. وفرّق بعضهم فقال: إن كان ما اشترىٰ به العبد عيناً، وفي مال العبد عين، لم يجز ذلك؛ لأنّه يدخله دراهم بعرض ودراهم، وإن كان ما اشترىٰ به عروضاً أو لم يكن في مال العبد دراهم جاز[٣]. ووجه قول ابن القاسم أنّه لايجوز أن يشترط بعضه: تشبيهه بثمر النخل بعد الإبار[٤]. ووجه قول أشهب: تشبيه الجزء بالكلّ[٥]، وفي هذا الباب مسائل مسكوت عنها كثيرة ليست ممّا قصدناه.

ومن مشهور مسائلهم في هذا الباب: الزيادة والنقصان اللذان يقعان في الثمن الذي انعقد عليه البيع بعد البيع بما يرضىٰ به المتبايعان، أعني: أن يزيد المشتري البائع بعد البيع على الثمن الذي انعقد عليه البيع، أو يحطّ منه البائع، هل يتبع حكم الثمن أو لا؟ وفائدة الفرق: أنّ من قال: هي من الثمن، أوجب ردّها في الاستحقاق وفي الردّ بالعيب وما أشبه ذلك، وأيضاً من جعلها في حكم الثمن الأول إن كانت فاسدة البيع، ومن لم يجعلها من الثمن ـ أعني: الزيادة ـ لم يوجب شيئاً من هذا.

فذهب أبو حنيفة إلىٰ أنّها من الثمن، إلّا أنّه قال: لا تثبت الزيادة في حقّ الشفيع **

---

* ذكر البعض أنّه لو اشترىٰ عبداً وشرط ماله، فكذلك الأمر ـ كما تقدم آنفاً ـ فإن كانا ربويّين، شرطت زيادة الثمن، وإلّا فلا، إلّا في شيء واحد، وهو العلم بمقدار المال، فإنّه ليس شرطاً هنا، لأنّه تابع للمبيع وليس مقصوداً بالذات، فكان كماء الآبار وخشب السقوف. (تذكرة الفقهاء ١٠: ٣٢٠، جواهر الكلام ٢٤: ١٨٦).

** ظاهر الإمامية الإجماع علىٰ أنّه لو زاد المشتري في ثمن الشفعة بعد العقد فإنّها لاتلحق بثمن الشفعة؛ لأنّ المشتري يملكه بمجرّد العقد، فلا عبرة بما يزاد وينقص ←

---

١. النوادر والزيادات ٦: ٣٢٥، الاستذكار ١٩: ٣٥، البيان والتحصيل ٧: ٣٧٣، ٨: ١٧.

٢. النوادر والزيادات ٦: ٣٢٤، الاستذكار ١٩: ٣٥، البيان والتحصيل ٨: ١٧، المنتقىٰ للباجي ٤: ١٧١.

٣. الاستذكار ١٩: ٣٥، النوادر والزيادات ٦: ٣٢٥، البيان والتحصيل ٨: ١٦ ـ ١٧.

٤. المنتقىٰ للباجي ٤: ١٧١.

٥. المصدر السابق.

ولا في بيع المرابحة *، بل الحكم للثمن الأول[١] وبه قال مالك[٢]. وقال الشافعي: لاتلحق الزيادة والنقصان بالثمن أصلاً، وهو في حكم الهبة[٣] **.

← بعده، كما أنّ ظاهرهم الإجماع على أنّه لو حطّ البائع من الثمن بعد العقد لم يلحق بالثمن أيضاً.

خلافاً للمنسوب إلى الشيخ في المبسوط، حيث حكم بإلحاق الزيادة والنقصان بثمن الشفعة في مدّة الخيار؛ محتجّاً بأنّه بمنزلة ما يفعل حال العقد؛ لأنّ الشفيع يأخذ بالثمن الذي يستقرّ عليه العقد. (مفتاح الكرامة ١٤: ٣٤١ ـ ٣٤٣، جواهر الكلام ٣٧: ٣٢٦ ـ ٣٢٧، تذكرة الفقهاء ١٢: ٢٧٦).

* ذهب فقهاء الإماميّة إلى أنّه لو أسقط البائع بعض الثمن أو زاد المشتري على الثمن، جاز للمشتري ـ إذا أراد بيعه مرابحة ـ أن يُخبر بأصل الثمن ـ من دون الحطيطة أو الزيادة ـ سواء كان ذلك في زمن الخيار أو بعده، لأنّ الذي وجب بالبيع إنّما هو أصل الثمن، وعروض السقوط بالإبراء لايخرجه عن كونه من الثمن.

خلافاً للشيخ في المبسوط وابن زهرة في ظاهر الغنية أو صريحها، فذهبا إلى أنّه إذا كان الحطّ قبل لزوم العقد صحّت الحطيطة وأُلحق بالثمن وأخبر بما بقي، وإن كان بعد لزومه كانت هبة مجدّدة وجاز الإخبار بأصل الثمن، فقد قيل: إنّ هذا القول كأنّه مبني على أنّ المبيع إنّما ينتقل بانقضاء مدة الخيار، وقد ضُعّف. (تحرير الأحكام ٢: ٣٨٦، جواهر الكلام ٢٣: ٣٢٠، مفتاح الكرامة ٩: ٨٤٥).

** ذكر العلّامة أنّه لو زاد في الثمن أو المثمن، فإن كان بعد لزوم العقد لم يلحق بالعقد؛ لأنّ زيادة الثمن لو التحقت بالعقد لوجب على الشفيع كل ذلك، والتالي باطل ←

---

١. بدائع الصنائع ٧: ٢٦٣، ٢٧٠، المبسوط للسرخسي ١٣: ٩٩، ١٠١ ـ ١٠٢، مختصر القدوري ٨٦، ١٠٨، الهداية للمرغيناني ٣: ٦٦ ـ ٦٧، ٤: ٣٥٧.

٢. المدوّنة الكبرى ٤: ٢٣٦، ٥: ٤١١، البيان والتحصيل ٨: ٣٧٦ ـ ٣٧٧، المعونة ٢: ١٢٨٢ ـ ١٢٨٣.

٣. البيان للعمراني ٥: ٣٠٩، المهذّب للشيرازي ٣: ١٣٤، بدائع الصنائع ٧: ٢٦٤، الحاوي الكبير ٥: ٢٨١.

واستدلّ من ألحق الزيادة بالثمن بقوله عزّ وجلّ: ﴿وَلا جُناحَ عَلَيْكُمْ فِيما تَراضَيْتُمْ بِهِ مِن بَعْدِ ٱلْفَرِيضَةِ﴾[١] قالوا: وإذا لحقت الزيادة في الصداق بالصداق لحقت في البيع بالثمن[٢].

واحتجّ الفريق الثاني باتفاقهم علىٰ أنّها لاتلحق في الشفعة[٣].

وبالجملة: من رأىٰ أنّ العقد الأول قد تقرّر قال: الزيادة هبة، ومن رأىٰ أنّها فسخ للعقد الأول وعقد ثانٍ عدّها من الثمن[٤].

← إجماعاً، وكذا لو نقص في مدّة الخيار من الثمن وغيره، لايلتحق بالعقد حتى يأخذ الشفيع بما سمّي في العقد، لا بما بقي بعد الحطّ.

وإن كان هذه الإلحاقات قبل لزوم العقد، بأن كانت في مجلس العقد أو في زمن الخيار المشروط، فعندنا لاتلتحق كما لاتلتحق بعد لزوم العقد لتمام العقد، كما بعد اللزوم. (تذكرة الفقهاء ١٠: ٣٠٢).

---

١. سورة النساء: الآية ٢٤.

٢. بدائع الصنائع ٧: ٢٦٥، المبسوط للسرخسي ١٣: ١٠٠.

٣. العزيز شرح الوجيز ٤: ١٢٤، ٥: ٥١٣. وانظر: المبسوط للسرخسي ١٣: ١٠١ ـ ١٠٢، مختصر القدوري: ١٠٨، المعونة ٢: ١٢٨٢ ـ ١٢٨٣، المغني لابن قدامة ٥: ٥٠٦.

٤. الحاوي الكبير ٥: ٢٨١، بدائع الصنائع ٧: ٢٧٠ ـ ٢٧١.

الجملة الرابعة

وإذا اتّفق المتبايعان علىٰ البيع، واختلفا في مقدار الثمن، ولم تكن هناك بـيّنة، فـفقهاء الأمصار متّفقون علىٰ أنّهما يتحالفان ويتفاسخان بالجملة[1]، ومختلفون في التفصيل أعني: في الوقت الذي يحكم فيه بالأيمان والتفاسخ.

فقال أبو حنيفة وجماعة: إنّهما يتحالفان ويتفاسخان ما لم تفت عين السلعة، فإن فاتت فالقول قول المشتري مع يمينه[2]. وقال الشافعي ومحمد بن الحسن صـاحب أبـي حـنيفة وأشهب صاحب مالك: يتحالفان في كلّ وقت[3].

وأمّا مالك فعنه روايتان: إحداهما: أنّهما يتحالفان ويتفاسخان قبل القبض، وبعد القبض القول قول المشتري[4].

والرواية الثانية مثل قول أبي حنيفة؛ وهي رواية ابن القاسم[5]، والثانية روايـة أشـهب، والفوت عنده يكون بتغيير الأسواق، وبزيادة المبيع ونقصانه[6]. وقال داود وأبو ثور: القول قول المشتري علىٰ كلّ حال[7]، وكذلك قال زفر، إلّا أن يكونا اختلفا في جنس الثمن، فحينئذٍ

---

١. الإفصاح ١: ٢٩٤، مختصر اختلاف العلماء ٣: ٣٨١، الحاوي الكبير ٥: ٢٩٧، الاستذكار ٢٠: ٢٤٢.

٢. مختصر اختلاف العلماء ٣: ١٢٦، ٣٨١، الهداية للمرغيناني ٣: ١٨٠، ١٨١.

٣. الحاوي الكبير ٥: ٢٩٧، البيان للعمراني ٥: ٣٣٠، المـهذّب للشـيرازي ٣: ١٤٧، ١٥١، الاسـتذكار ٢٠: ٢٤٣، مختصر اختلاف العلماء ٣: ١٢٦، الهداية للمرغيناني ٣: ١٨١، المعونة ٢: ١٠٧٧.

٤. المعونة ٢: ١٠٧٧، الاستذكار ٢٠: ٢٤٠، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٣٦، المنتقىٰ للباجي ٥: ٦٢.

٥. المصادر السابقة.

٦. الاستذكار ٢٠: ٢٤٠، المعونة ٢: ١٠٧٧، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٣٦.

٧. الحاوي الكبير ٥: ٢٩٧، الاستذكار ٢٠: ٢٤٤.

يكون التفاسخ عندهم والتحالف[١]*.

---

* ذهب فقهاء الإماميّة إلىٰ أنّه لو اختلف في قدر الثمن فادّعى البائع الأكثر والمشتري الأقلّ، فإن كان لأحدهما بيّنة قُضي بها، وإن أقام كلّ واحد منهما بيّنةً علىٰ ما يقوله سمعنا بيّنة من لايكون القول قوله مع اليمين وعدم البيّنة، وإن لم يكن لواحد منهما بيّنة فالمشهور بينهم أنّ القول قول البائع مع يمينه إن كان المبيع قائماً بعينه، وقول المشتري مع يمينه إن كان تالفاً، بل ادّعي عليه الاجماع.

واستدلّ له ـ مضافاً للاجماع المتقدّم ـ ما رواه المشايخ الثلاثة مسنداً في روايتي الكليني والشيخ عن أحمد بن محمد بن أبي نصر عن رجل عن أبي عبدالله عليه السلام، ومرسلاً في الفقيه عن أبي عبدالله عليه السلام: في الرجل يبيع الشيء فيقول المشتري: هو بكذا وكذا، بأقلّ ممّا قاله البائع، قال: «القول قول البائع مع يمينه إذا كان الشيء قائماً بعينه». والتقريب: أنّها تدلّ بمنطوقها علىٰ تقديم قول البائع مع قيام عين المبيع، وبمفهومها علىٰ تقديم قول المشتري مع تلف العين.

ولايضرّ إرسال الخبر المذكور؛ لرواية المشايخ الثلاثة له، ولما ذكروه من استثناء مراسيل أحمد بن محمد بن أبي نصر لأنّه ممّن أجمعت العصابة علىٰ تصحيح ما يصحّ عنه، ولعمل جلّ الأعلام بها، لاسيما المحدّثين الثلاثة وغيرهم من المتقدّمين، وجل المتأخّرين.

وفي المسألة أقوال أُخر، منها: أنّهما يتحالفان مطلقاً، لأنّ كلّاً منهما مدّع ومنكر، وذلك لأنّ العقد الذي تضمّن الأقلّ وتشخّص به ينكره البائع، والعقد الذي تضمّن الثمن الأكثر وتشخّص به ينكره المشتري، فيتحالفان ويبطل البيع. وهذا القول احتمله العلّامة في كثير من كتبه، وصحّحه ولدُه في الإيضاح، واختاره الشهيد في القواعد، ونسبه في الدروس إلى الندور. (تذكرة الفقهاء ١٢: ٨٣ ـ ٨٤، مسالك الأفهام ٣: ٢٥٨ ـ ٢٥٩، الحدائق الناضرة ١٩: ١٩١ ـ ١٩٣، رياض المسائل ٨: ١٥٠ ـ ١٥١، جواهر الكلام ٢٣: ١٨٤ ـ ١٨٧، مفتاح الكرامة ١٠: ١٢٩٦ ـ ١٢٩٧).

---

١. مختصر اختلاف العلماء ٣: ١٢٦، الاستذكار ٢٠: ٢٤٤.

ولا خلاف أنّهم إذا اختلفوا في جنس الثمن أو المثمون: أنّ الواجب هو التحالف والتفاسخ[١]*، وإنّما صار فقهاء الأمصار إلى القول علىٰ الجملة بالتحالف والتفاسخ عند الاختلاف في عدد الثمن لحديث ابن مسعود: أنّ رسول الله ﷺ قال: «أيُّما بيّعين تبايعا فالقول قول البائع أو يترادّان»[٢] فمن حمل هذا الحديث علىٰ وجوب التفاسخ وعمومه قال: يتحالفان في كلّ حال ويتفاسخان[٣]، والعلّة في ذلك عنده: أنّ كلّ واحد منهما مُدَّعٍ ومدعىٰ عليه[٤].

وأمّا من رأىٰ أنّ الحديث إنّما يجب أن يحمل على الحالة التي يجب أن يتساوىٰ فيها دعوى البائع والمشتري، قال: إذا قبض السلعة أو فاتت فقد صار القبض شاهداً للمشتري وشبهة لصدقه، واليمين إنّما يجب علىٰ أقوىٰ المتداعيين شبهةً، وهذا هو أصل مالك في الأيمان، ولذلك يوجب في مواضع اليمين على المدّعي، وفي مواضع على المدَّعىٰ عليه، وذلك أنّه لم يجب اليمين بالنصّ على المدَّعى عليه عنده من حيث هو مدّعىً عليه. وإنّما وجبت عليه من حيث هو في الأكثر أقوىٰ شبهةً، فإذا كان المدّعي في مواطن أقوىٰ شبهةً وجب أن يكون اليمين في حيّزه[٥].

---

* الذي عليه فقهاء الإماميّة: أنّ المتبايعين لو اختلفا في جنس الثمن أو المثمن تحالفا وبطل البيع. وعلّلوه بأنّ اختلافهما في المبيع المقتضي لتعدّد الدعوى، ولأنّه يمتنع الجمع بين كلاميهما إذ ليس هناك قدر مشترك بينهما يبقى معه أصل المبيع. (تذكرة الفقهاء ١٢: ٨٧، جامع المقاصد ٤: ٤٤٩، مفتاح الكرامة ١٠: ١٣٠٩ ـ ١٣١٠).

---

١. المنتقىٰ للباجي ٥: ٦٢، المهذّب للشيرازي ٣: ١٥٣، المغني لابن قدامة ٤: ٢٩٠ ـ ٢٩١، المحيط البرهاني ٦: ٤٤٢.

٢. مرّ في الباب الأول (في العقد) من القسم الثاني (الأسباب والشروط المصحّحة للبيع).

٣. المعونة ٢: ١٠٧٧، الإشراف لعبدالوهاب ٢: ٥٧٣ ـ ٥٧٤.

٤. المنتقىٰ للباجي ٥: ٦١، الاستذكار ٢٠: ٢٤٣ ـ ٢٤٤.

٥. المعونة ٢: ١٠٧٧، ١٠٧٨، الإشراف لعبدالوهاب ٢: ٥٧٣ ـ ٥٧٤، ٥٧٥.

وأمّا من رأى القول قول المشتري، فإنّه رأىٰ أن البائع مقرّ للمشتري بالشراء ومدَّع عليه عدداً مّا في الثمن[١]، وأمّا داود ومن قال بقوله فردّوا حديث ابن مسعود لأنّه منقطع[٢]، ولذلك لم يخرّجه الشيخان: البخاري ومسلم، وإنّما خرّجه مالك[٣].

وعن مالك: إذا نكل المتبايعان عن الأيمان روايتان: إحداهما: الفسخ، والثانية: أنّ القول قول البائع[٤]. وكذلك من يبدأ باليمين في المذهب فيه خلاف، فالأشهر البائع علىٰ ما في الحديث[٥]. وهل إذا وقع التفاسخ يجوز لأحدهما أن يختار قول صاحبه؟ فيه خلاف في المذهب[٦].

---

١. الاستذكار ٢٠: ٢٤٥، الحاوي الكبير ٥: ٢٩٧، فتح المالك ٨: ١٥٩.

٢. الاستذكار ٢٠: ٢٤٤ ـ ٢٤٥، فتح المالك ٨: ١٥٩.

٣. الموطّأ ٢: ٦٧١ كتاب البيوع، باب بيع الخيار الحديث ٨٠.

٤. الاستذكار ٢٠: ٢٤١، المنتقىٰ للباجي ٥: ٦١، المعونة ٢: ١٠٧٨ ـ ١٠٧٩.

٥. المنتقىٰ للباجي ٥: ٦١، الاستذكار ٢٠: ٢٤٤، المعونة ١٠٧٨.

٦. النوادر والزيادات ٦: ٤٠٨، المنتقىٰ للباجي ٥: ٦١.

القسم الرابع[1]

من النظر المشترك في البيوع

وهو النظر في حكم البيع الفاسد إذا وقع، فنقول: اتّفق العلماء علىٰ أنّ البيوع الفاسدة إذا وقعت ولم تفت بإحداث عقد فيها أو نماء أو نقصان أو حوّالة سوق أنّ حكمها الردّ، أعني: أن يردّ البائع الثمن، والمشتري المثمون[2]*.

---

* أجمع فقهاء الإماميّة علىٰ وجوب ردّ المقبوض بالعقد الفاسد إلىٰ مالكه مع العلم بعدم رضاه ببقاء المال تحت يده، بل ومع الشكّ أيضاً؛ لقوله ﷺ: «لايحلّ مال أمرء مسلم إلّا بطيب نفسه».

وأمّا وجوب ردّه فوراً فقد ادّعي عليه الإجماع، وأرسله في الجواهر إرسال المسلمات. وقال الشيخ الأنصاري: والظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه علىٰ تقدير عدم جواز التصرّف فيه كما يلوح من مجمع الفائدة، ويدلّ عليه: أنّ الإمساك آناً ما تصرّف في مال الغير بغير إذنه فلا يجوز؛ لقوله عجل الله فرجه: «لايجوز لأحدٍ أن يتصرّف في مال غيره إلّا بإذنه». ولو نوقش في كون الإمساك تصرّفاً كفى عموم قوله ﷺ «لايحلّ ←

---

١. الصواب: الجزء الخامس.

٢. مراتب الإجماع ٨٧ ـ ٨٨، التفريع ٢: ١٨٠، المحيط البرهاني ٦: ٤٢٣، المقدّمات الممهّدات ٢: ٦٤، العزيز شرح الوجيز ٤: ١٢٣، وانظر: المغني لابن قدامة ٤: ٣١١.

واختلفوا إذا قُبضت وتصرِّف فيها بعتق أو هبة أو بيع أو رهن أو غير ذلك من سائر التصرفات، هل ذلك فوت يوجب القيمة، وكذلك إذا نمت أو نقصت؟ * فقال الشافعي: ليس ذلك كلّه فوتاً، ولا شبهة ملك في البيع الفاسد، وإنّ الواجب الردّ[١]. وقال مالك: كلّ ذلك فوت يوجب القيمة، إلّا ما روىٰ عنه ابن وهب في الربا أنّه ليس بفوت[٢]، ومثل ذلك قال أبو حنيفة[٣]**.

← مال امرئ مسلم لأخيه إلّا عن طيب نفسه».

نعم يظهر من المبسوط عدم الاثم في إمساكه وكذا السرائر لكنه ضعيف ولا يبعد ارادة صورة الجهل لأنّه لا يعاقب. (تذكرة الفقهاء ١٠: ٢٩٠، جامع المقاصد ٤: ٤٣٥، المكاسب ٣: ١٩٩ ـ ٢٠٠، مهذّب الأحكام ١٦: ٢٥٨، فقه الصادق ١٦: ٣٨٨).

* الأشهر بين فقهاء الإماميّة أنّ يردّ البائع ـ بالعقد الفاسد ـ على المشتري ما زاد في المبيع بفعله مطلقاً، سواء كانت الزيادة منفعةً كتعليم الصنعة أو عيناً كالصبغ؛ لأنّها أثر فعله غير متبرّع به فيكون له مع استلزام الحكم بعدم وجوب الردّ الضررَ والحيفَ عليه وإضاعة عمله مع احترامه في الشريعة، حيث لم يوجد ما يوجب إبطاله، خلافاً للمبسوط فلا يردّ مطلقاً وحكم بأنّه للبائع، لأنّه نماء ملكه، وخلافاً للحلّي فذكر أنّ الزيادة إن كانت عين مالٍ كان للمشتري أخذها، وإن كانت فعلاً، سواء كانت صبغاً أو صنعةً، ولم يكن له الرجوع على البائع بشيء، وقد قيّد الحكم في هذه المسألة بجهل البائع بالحال.

وقد ذكروا ـ من دون نقل خلاف ـ أنّه لو نقصت العين فعلىٰ المشتري أرشها. (رياض المسائل ٨: ١٤٨ ـ ١٤٩، مفتاح الكرامة ٨: ٢٩٦ ـ ٢٩٧، جواهر الكلام ٢٢: ٤١٦).

** ذكر بعض فقهاء الإماميّة ـ من دون نقل خلاف ـ أنّه لا ينفذ عتق المقبوض بالعقد الفاسد، ولا يصحّ شيء من التصرّف فيه، مثل البيع والهبة والوقف وغير ذلك، ويجب عليه ردّه إلىٰ مالكه، فلو باع ما اشتراه بالعقد الفاسد لم يصحّ، ويجب علىٰ المشتري الثاني ردّه. ←

---

١. مختصر المزني: ٩٧، الحاوي الكبير ٥: ٣١٦، العزيز شرح الوجيز ٤: ١٢٢.

٢. أنظر: المعونة ٢: ١٠٧٤، التفريع ٢: ١٨٠، المدوَّنة الكبرىٰ ٤: ١٤٨.

٣. مختصر اختلاف العلماء ٣: ١٢٩، تحفة الفقهاء ٢: ٦٣، الهداية للمرغيناني ٣: ٥٨.

والبيوع الفاسدة عند مالك تنقسم: إلىٰ محرّمة وإلى مكروهة. فأمّا المحرّمة فإنّها إذا فاتت مضت بالقيمة، وأمّا المكروهة فإنّها إذا فاتت صحّت عنده[١]، وربّما صحّ عنده بعض البيوع الفاسدة بالقبض؛ لخفّة الكراهة عنده في ذلك[٢]، فالشافعية تشبّه المبيع الفاسد لمكان الربا والغرر بالفاسد؛ لمكان تحريم عينه، كبيع الخمر والخنزير، فليس عندهم فيه فوت[٣]. ومالك يرىٰ أنّ النهي في هذه الأمور إنّما هو لمكان عدم العدل فيها، أعني: بيوع الربا والغرر، فإذا فاتت السلعة فالعدل فيها هو الرجوع بالقيمة؛ لأنّه قد تُقبض السلعة وهي تساوي ألفاً، وترد وهي تساوي خمسمائة، أو بالعكس، ولذلك يرىٰ مالك حوالة الأسواق فوتاً في المبيع الفاسد[٤].

ومالك يرىٰ في البيع والسلف أنّه إذا فات وكان البائع هو المسلف ردّ المشتري القيمة ما لم تكن أزيد من الثمن؛ لأنّ المشتري قد رفع له في الثمن لمكان السلف، فليس من العدل أن يردّ أكثر من ذلك، وإن كان المشتري هو الذي أسلف البائع فقد حطّ البائع عنه من الثمن لمكان السلف، فإذا وجبت على المشتري القيمة ردّها ما لم تكن أقلّ من الثمن؛ لأنّ هذه البيوع إنّما وقع المنع فيها لمكان ما جعل فيها من العوض مقابل السلف الذي هو موضوع لعون الناس بعضهم لبعض[٥]، ومالك في هذه المسألة أفقه من الجميع.

← والمعروف بينهم أنّه يضمن المقبوض بالعقد الفاسد لو تلف بالمثل إن كان مثلياً ـ والمشهور أنّ المثلي هو ما يتساوىٰ قيمة أجزائه ـ وإن كان قيمياً ضُمن بالقيمة كما حكي عليه الاتّفاق. إلّا أنّه وقع الخلاف في القيمة، فقيل: قيمة يوم التلف، وقيل: قيمة الأعلىٰ من يوم القبض إلىٰ يوم التلف، وقيل: يوم القبض، وقيل غيره. (كتاب الخلاف ٣: ١٥٨، تذكرة الفقهاء ١٠: ٢٩٩، الحدائق الناضرة ١٨: ٤٦٨ ـ ٤٧٠، المكاسب ٣: ٢٠٩ ـ ٢٢١، ٢٤٠).

---

١. المقدّمات الممهّدات ٢: ٦١، ٦٣، ٦٨، التفريع ٢: ١٨٠، ١٨١، المعونة ٢: ١٠٧٤.

٢. المقدّمات الممهّدات ٢: ٦٨.

٣. الحاوي الكبير ٥: ٣١٦، العزيز شرح الوجيز ٤: ١٢٢ ـ ١٢٣.

٤. المعونة ٢: ١٠٧٤، المدوّنة الكبرىٰ ٤: ١٤٥، ١٤٧.

٥. المدوّنة الكبرىٰ ٤: ١٣٢، المنتقىٰ للباجي ٥: ٢٩، الاستذكار ٢٠: ١٤٢ ـ ١٤٣، المقدّمات الممهّدات ٢: ٦٥.

واختلفوا إذا ترك الشرط قبل القبض، أعني شرط السلف، هل يصحّ البيع أم لا؟ فقال أبو حنيفة والشافعي وسائر العلماء: البيع مفسوخ[١]، وقال مالك وأصحابه: البيع غير مفسوخ[٢]، إلّا ابن عبدالحكم قال: البيع مفسوخ[٣]. وقد روي عن مالك مثل قول الجمهور[٤].

وحجّة الجمهور: أنّ النهي يتضمّن فساد المنهي، فإذا انعقد البيع فاسداً لم يصحّحه بعد رفع الشرط الذي من قبله وقع الفساد، كما أنّ رفع السبب المفسد في المحسوسات بعد فساد الشيء ليس يقتضي عودة الشيء إلىٰ ما كان عليه قبل الفساد من الوجود، فاعلمه[٥].

وروي أنّ محمد بن أحمد بن سهل البرمكي سأل عن هذه المسألة إسماعيل بن إسحاق المالكي، فقال له: ما الفرق بين السلف والبيع، وبين رجل باع غلاماً بمائة دينار وزقّ خمر، فلمّا انعقد البيع بينهما قال: أنا أدع الزقّ، وهذا البيع مفسوخ عند العلماء بإجماع، فوجب أن يكون بيع السلف كذلك، فجاوب عن ذلك بجواب لاتقوم به حجّة[٦]، وقد تقدّم القول في ذلك[٧].

وإذ قد انقضىٰ القول في أصول البيوع الفاسدة، وأصول البيوع الصحيحة، وفي أصول أحكام البيوع الصحيحة، وأصول الأحكام الفاسدة المشتركة العامة لجميع البيوع أو لكثير منها، فلنصر إلىٰ ما يخصّ واحداً واحداً من هذه الأربعة الأجناس، وذلك بأن نذكر منها ما يجري مجرى الأصول.

---

١. التهذيب للبغوي ٣: ٥٤٣ ـ ٥٤٤، الاستذكار ٢٠: ١٤٣، الحاوي الكبير ٥: ٣٥١، المنتقىٰ للباجي ٥: ٢٩، المبسوط للسرخسي ١٣: ٢٠.

٢. المنتقىٰ للباجي ٥: ٢٩، الاستذكار ٢٠: ١٤٢، الموطّأ ٢: ٦٥٧.

٣. الاستذكار ٢٠: ١٤٣، فتح المالك ٨: ١٣١.

٤. المنتقىٰ للباجي ٥: ٢٩، الاستذكار ٢٠: ١٤٣، فتح المالك ٨: ١٣١.

٥. المصادر السابقة.

٦. الاستذكار ٢٠: ١٤٤، المنتقىٰ للباجي ٥: ٢٩، فتح المالك ٨: ١٣١، وفي الاستذكار والفتح: «البركاني» بدلاً من «البرمكي».

٧. تقدّم في الباب الرابع في (بيوع الشروط والثنيا).

كتاب الصرف

كتاب الصرف

ولمّا كان يخصّ هذا البيع شرطان: أحدهما عدم النسيئة وهو الفور، والآخر: عدم التفاضل وهو اشتراط المثلية، كان النظر في هذا الكتاب ينحصر في خمسة أجناس:

الأول: في معرفة ما هو نسيئة ممّا ليس بنسيئة.

الثاني: في معرفة ما هو مماثل ممّا ليس بمماثل، إذ هذان القسمان ينقسمان بفصول كثيرة فيعرض هنالك الخلاف.

الثالث [والرابع][1]: فيما وقع أيضاً من هذا البيع بصورة مختلف فيها، هل هو ذريعة إلىٰ أحد هذين ـ أعني: الزيادة والنسيئة ـ أو كليهما عند من قال بالذرائع وهو مالك وأصحابه[2]، وهذا ينقسم أيضاً إلىٰ نوعين كانقسام أصله.

الخامس: في خصائص أحكام هذا البيع من جهة ما يعتبر فيه هذان الشرطان: أعني: عدم النساء والتفاضل أو كليهما، وذلك أنّه يخالف هذا البيع البيوع لمكان هذين الشرطين فيه في أحكام كثيرة.

وأنت إذا تأمّلت الكتب الموضوعة في فروع الكتاب الذي يرسمونه بكتاب الصرف وجدتها كلّها راجعة إلىٰ هذه الأجناس الخمسة، أو إلىٰ ما تركّب منها، ما عدا المسائل التي يُدخِلون في الكتاب الواحد بعينه ممّا ليس هو من ذلك الكتاب، مثل إدخال المالكية في

---

١. أي: فيما هو ذريعة إلى الزيادة، وفيما هو ذريعة إلى النسيئة.

٢. احكام الفصول: ٥٦٧، المقدّمات الممهدّات ٢: ٣٩.

الصرف مسائل كثيرة هي من باب الاقتضاء في السلف، لكن لمّا كان الفاسد منها يؤول إلىٰ أحد هذين الأصلين، أعني: إلىٰ صرف بنسيئة أو بتفاضل أدخلوها في هذا الكتاب، مثل مسائلهم في اقتضاء القائمة والمجموعة والفرادىٰ بعضها من بعض، ولكن لمّا كان قصدنا إنّما هو ذكر المسائل التي هي منطوق بها في الشرع أو قريب من المنطوق بها، رأينا أن نذكر في هذا الكتاب سبع مسائل مشهورة تجري مجرى الأصول لمّا يطرأ على المجتهد من مسائل هذه الباب، فإنّ هذا الكتاب إنّما وضعناه ليبلغ المجتهد في هذه الصناعة رتبة الاجتهاد إذا حصل ما يجب له أن يحصل قبله من القدر الكافي له في علم النحو واللغة وصناعة أصول الفقه، ويكفي من ذلك ما هو مساو لجِرم هذا الكتاب أو أقلّ، وبهذه الرتبة يسمَّىٰ فقيهاً لا بحفظ مسائل الفقه ولو بلغت في العدد أقصىٰ ما يمكن أن يحفظه إنسان كما نجد متفقّهة زماننا يظنّون أنّ الأفقه هو الذي حفظ مسائل أكثر، وهؤلاء عَرض لهم شبيه ما يعرض لمن ظنَّ أن الخَفّاف هو الذي عنده خِفاف كثيرة لا الذي يقدر علىٰ عملها، وهو بيّن أنّ الذي عنده خفاف كثيرة سيأتيه إنسان بقدم لا يجد في خفافه ما يصلح لقدمه، فيلجأ إلىٰ صانع الخِفاف ضرورة، وهو الذي يصنع لكل قدم خُفّاً يوافقه، فهذا هو مثال أكثر المتفقهة في هذا الوقت.

وإذ قد خرجنا عمّا كنّا بسبيله، فلنرجع إلىٰ حيث كنّا من ذكر المسائل التي وعدنا بها.

المسألة الأولىٰ

أجمع العلماء علىٰ أنّ بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة لا يجوز، إلّا مثلاً بمثل، يداً بيد[1]*،

---

* أجمعت الإماميّة علىٰ عدم جواز التفاضل في الجنس الواحد في بيع الأثمان ـ وهو بيع الذهب والفضة مطلقاً، مسكوكين كانا أم لا ـ فإنّه ربا محض، وللأخبار المستفيضة، منها الصحيح: «الفضة بالفضة مثلاً بمثل، ليس فيه زيادة ولا نقصان، الزائد والمستزيد في النار». ←

١. الاجماع لابن المنذر: ١٦١، الاستذكار ١٩: ٢٠٧ ـ ٢٠٨، الإقناع لابن القطّان ٢: ٢٢٦.

إلّا ما روي عن ابن عباس ومن تبعه من المكّيين فإنّهم أجازوا بيعه متفاضلاً ومنعوه نسيئة فقط[١]، وإنّما صار ابن عباس لذلك لما رواه عن أُسامة بن زيد عن النبي ﷺ أنّه قال: «لا ربا إلّا في النسيئة»[٢] وهو حديث صحيح، فأخذ ابن عباس بظاهر هذا الحديث، فلم يجعل الربا إلّا في النسيئة[٣].

وأما الجمهور فصاروا إلىٰ ما رواه مالك عن نافع عن أبي سعيد الخدري أنّ رسول الله ﷺ قال: «لاتبيعوا الذهب بالذهب إلّا مثلاً بمثل، ولاتشفّوا بعضها علىٰ بعض، ولاتبيعوا الفضة بالفضة إلّا مثلاً بمثل، ولاتشفُّوا بعضها علىٰ بعض، ولاتبيعوا منها شيئاً غائباً بناجز»[٤و٥] وهو من أصحّ ما روي في هذا الباب.

وحديث عبادة بن الصامت[٦] حديث صحيح أيضاً في هذا الباب، فصار الجمهور إلىٰ هذه الأحاديث إذ كانت نصّاً في ذلك. وأمّا حديث ابن عباس فإنّه ليس بنصٍّ في ذلك؛

← ويشترط فيه التقابض في المجلس، سواء تماثلا جنساً أو اختلفا، ويبطل لو افترقا قبله على الأشهر، بل عليه الاجماع عند بعض، وهو الحجة، مضافاً إلى الصحاح المستفيضة وغيرها، ففي الصحيح: «إذا اشتريت ذهباً بفضة أو فضة بذهب فلا تفارقه حتّىٰ تأخذ منه، وإن نزا حائطاً فانز معه». (رياض المسائل ٨: ٣١٥ ـ ٣٢١، تذكرة الفقهاء ١٠: ٤١٣، الخلاف ٣: ٤٢ ـ ٤٣).

---

١. الاستذكار ١٩: ٢٠٧ ـ ٢٠٨، المغني لابن قدامة ٤: ١٣٤.

٢. صحيح البخاري ٣: ١٥٥، كتاب البيوع، باب بيع الدينار بالدينار نساء، الحديث ١٢٦، صحيح مسلم ٣: ١٢١٧، كتاب المساقاة، باب بيع الطعام مثلاً بمثل، الحديث ١٥٩٦/١٠١.

٣. الاستذكار ١٩: ٢٠٨، المغني لابن قدامة ٤: ١٣٤.

٤. صحيح البخاري ٣: ١٥٤، كتاب البيوع، باب بيع الفضة بالفضة، الحديث ١٢٥، الموطّأ ٢: ٦٣٢ ـ ٦٣٣، كتاب البيوع، باب بيع الذهب بالفضة تبراً وعيناً، الحديث ٣٠.

٥. الاستذكار ١٩: ٢١١، المغني لابن قدامة ٤: ١٣٤.

٦. قد تقدّم في الفصل الأول من الباب الثاني في بيوع الربا من كتاب البيع.

لأنّه روي فيه لفظان:

أحدهما: أنّه قال: «إنّما الربا في النسيئة»[١] وهذا ليس يفهم منه إجازة التفاضل إلّا من باب دليل الخطاب، وهو ضعيف، ولاسيما إذا عارضه النصّ.

وأمّا اللفظ الآخر وهو: «لا ربا إلّا في النسيئة»[٢] فهو أقوىٰ من هذا اللفظ؛ لأنّ ظاهره يقتضي أنّ ما عدا النسيئة فليس بربا، لكن يحتمل أن يريد بقوله: «لا ربا إلّا في النسيئة» من جهة أنّه الواقع في الأكثر، وإذا كان هذا محتملاً والأول نصّ، وجب تأويله على الجهة التي يصحّ الجمع بينهما.

وأجمع الجمهور علىٰ أنّ مسكوكه وتبره ومصوغه سواء في منع بيع بعضه ببعض متفاضلاً؛ لعموم الأحاديث المتقدّمة في ذلك[٣]*، إلّا معاوية فإنّه كان يجيز التفاضل

---

* لا خلاف بين فقهاء الإماميّة في أنّه يستوي في اعتبار التماثل المصوغ والمكسور، وجيد الجوهر ورديّه؛ لصدق اتّحاد الجنس فيه، وللأخبار المستفيضة، منها: ما في الخبر الصحيح عن الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن الرجل يستبدل الشامية بالكوفية وزناً بوزن، فيقول الصيرفي: لا أبدلك حتّىٰ تبدلني يوسفية بغلّة وزناً بوزن، فقال: «لابأس»، فقلنا: إنّ الصيرفي إنّما طلب فضل اليوسفية على الغلّة، فقال: «لابأس».

هذا، وذكر كثير من فقهاء الإماميّة ـ من دون نقل خلاف ـ أنّه لايباع تراب معدن الذهب أو الفضة ـ الخليط بهما ـ بالخالص من الذهب أو الفضة، مع جهالتهما أو جهالة أحدهما؛ لاحتمال زيادة أحد العوضين عن الآخر. (تذكرة الفقهاء ١٠: ٤١٩ ـ ٤٢٠، رياض المسائل ٨: ٣٢٢ ـ ٣٢٣، مفتاح الكرامة ٩: ٦٩٨، ٧٠١).

---

١. صحيح مسلم ٣: ١٢١٨، كتاب المساقاة، باب بيع الطعام مثلاً بمثل، الحديث ١٥٩٦/١٠٢، سنن النسائي ٧: ٢٨١، كتاب البيوع، باب بيع الفضة بالذهب نسيئة.

٢. صحيح البخاري ٣: ١٥٥، كتاب البيوع، باب بيع الدينار بالدينار نساءً، الحديث ١٢٦، سنن النسائي ٧: ٢٨١، كتاب البيوع، باب بيع الفضة بالذهب نسيئة.

٣. الاستذكار ١٩: ١٩٢، ١٩٤، المغني لابن قدامة ٤: ١٤١، الإقناع لابن القطّان ٢: ٢٢٦.

بين التبر والمصوغ؛ لمكان الصياغة[١]، وإلّا ما روي عن مالك أنّه سئل عن الرجل يأتي دار الضرب بورقه فيعطيهم أجرة الضرب ويأخذ منهم دنانير ودراهم وزن ورقه أو درهمه، فقال: إذا كان ذلك لضرورة خروج الرفقة ونحو ذلك فأرجو أن لايكون به بأس[٢]. وبه قال ابن القاسم من أصحابه[٣]، وأنكر ذلك ابن وهب من أصحابه، وعيسى بن دينار وجمهور العلماء[٤].

وأجاز مالك بدل الدينار الناقص بالوازن أو بالدينارين، علىٰ اختلاف بين أصحابه في العدد الذي يجوز فيه ذلك من الذي لايجوز علىٰ جهة المعروف[٥].

المسألة الثانية

اختلف العلماء في السيف والمصحف المحلّىٰ يباع بالفضة وفيه حلية فضة، أو بالذهب وفيه حلية ذهب: فقال الشافعي: لايجوز ذلك؛ لجهل المماثلة المشروطة في بيع الفضة بالفضة في ذلك، والذهب بالذهب[٦]. وقال مالك: إن كان قيمة ما فيه من الذهب والفضة الثلث فأقلّ، جاز بيعه، أعني: بالفضة إن كانت حليته فضة أو بالذهب إن كانت حليته ذهباً، وإلّا لم يجز[٧]. وكأنّه رأىٰ أنّه إذا كانت الفضة قليلة لم تكن مقصودة في البيع، وصارت كأنّها هبة. وقال أبو حنيفة وأصحابه: لابأس ببيع السيف المحلّىٰ بالفضة إذا كانت الفضة أكثر من الفضة التي في السيف، وكذلك الأمر في بيع السيف المحلّىٰ بالذهب؛ لأنّهم رأوا

---

١. الاستذكار ١٩: ١٩٣، ٢١٤، المغني لابن قدامة ٤: ١٤١، وراجع: صحيح مسلم ٣: ١٢١٠، كتاب المساقاة، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً، الحديث ١٥٨٧/٨٠.

٢. الاستذكار ١٩: ٢٠٤ ـ ٢٠٥، النوادر والزيادات ٥: ٣٥٦.

٣. الاستذكار ١٩: ٢٠٦، النوادر والزيادات ٥: ٣٥٧.

٤. الاستذكار ١٩: ٢٠٦، النوادر والزيادات ٥: ٣٥٧، البيان والتحصيل ٦: ٤٤٣.

٥. المدونة الكبرىٰ ٣: ٤٣١ ـ ٤٣٢، البيان والتحصيل ٦: ٤٣٨ ـ ٤٣٩، المعونة ٢: ١٠٢٥.

٦. الأم ٣: ٤١، الاستذكار ١٩: ٢٢٨.

٧. الموطّأ ٢: ٦٣٦، المدونة الكبرىٰ ٣: ٤١٤.

أنّ الفضة التي فيه أو الذهب يقابل مثله من الذهب أو الفضة المشتراة بـه، ويـبقى الفـضل قيمة السيف[١]*.

وحجّة الشافعي: عموم الأحاديث، والنصّ الوارد في ذلك من حديث فضالة بن عبدالله الأنصاري أنّه قال: أُتي رسول الله ﷺ وهو بخيبر بقلادة فيها ذهب وخرز، وهي من الغنائم تباع، فأمر رسول الله ﷺ بالذهب الذي في القلادة يُنزع وحده، ثم قال لهـم رسـول الله ﷺ: «الذهب بالذهب وزناً بوزن» خرّجه مسلم[٢و٣].

وأمّا معاوية كما قلنا فأجاز ذلك على الإطلاق، وقد أنكره عليه أبـو سـعيد وقـال: لا أسكن في أرض أنت فيها؛ لما رواه من الحديث[٤].

---

* الظاهر أنّه لا خلاف بين فقهاء الإماميّة في أنّه يجوز بـيع المـراكب والسـيوف وغيرها المحلّاة بأحد النقدين بجنس الحلية عند العلم بمقدار الحـلية فـيها، بشـرط وجود زيادة تقابل المراكب وحديدة السيف ليخلص العقد من الربا، بل ادّعى الشيخ في الخلاف الإجماع عـليه؛ للأخـبار فـي ذلك، مـنها: مـا رواه مـنصور الصـيقل عـن الصادق ﷺ، قال: سألته عن السيف المفضّض يباع بالدراهم، فقال: «إذا كانت فضته أقلّ من النقد فلابأس، وإن كانت أكثر فلا يـصلح» والأكثرية هـنا تـتناول المسـاوي جـنساً وقدراً، لحصولها بانضمام المحلّىٰ إليها. (تذكرة الفقهاء ١٠: ٤٢٥ ـ ٤٢٦، رياض المسـائل ٨: ٣٣٣ ـ ٣٣٦، جواهر الكلام ٢٤: ٤١، الحدائق الناضرة ١٩: ٣٠٣).

---

١. كتاب الحجة علىٰ أهل المدينة ٢: ٥٧٣ ـ ٥٧٤، تحفة الفقهاء ٣: ٣٢ ـ ٣٣.

٢. صحيح مسلم ٣: ١٢١٣، كتاب المساقاة، باب بيع القلادة فيها خرز وذهب، الحديث ١٥٩١/٨٩.

٣. معالم السنن ٣: ٦١.

٤. الاستذكار ١٩: ١٩٣، ٢١٢ ـ ٢١٥، فتح المالك ٨: ٨٧ ـ ٩٣، وفـيهما: إنّ الذي أنكـر عـلىٰ مـعاوية وقـال: (لا أسكن في أرض أنت فيها) هو عبادة بن الصامت كما روي عن أبي الدرداء، مثل ما فعل عبادة مع معاوية، وأمّا أبو سعيد فلم نجد له شيئاً مثل ذلك إلّا ما ورد من أنّه أخبر معاوية بالحكم. ورواه الشافعي في الرسـالة: ٤٤٦، الفقرة ١٢٢٨.

المسألة الثالثة

اتّفق العلماء علىٰ أنّ من شرط الصرف أن يقع ناجزاً[١] * واختلفوا في الزمان الذي يُحدّ هذا المعنىٰ، فقال أبو حنيفة والشافعي: الصرف يقع ناجزاً ما لم يفترق المتصارفان، تعجّل أو تأخّر القبض[٢]. وقال مالك: إن تأخّر القبض في المجلس بطل الصرف وإن لم يفترقا حتّىٰ كره المواعدة فيه[٣] **.

وسبب الخلاف: تردّدهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام: «إلّا هاءَ وهاءَ»[٤] وذلك أنّ هذا يختلف بالأقلّ والأكثر، فمن رأىٰ أنّ هذا اللفظ صالح لمن لم يفترق من المجلس، أعني: أنّه يطلق عليه أنّه باع هاء وهاء، قال: يجوز التأخير في المجلس[٥]،

---

* أجمع فقهاء الإماميّة علىٰ أنّه يشترط في الصرف التقابض في المجلس، إلّا أنّه خالف الصدوق في ذلك، وقد نُسب قوله إلى الشذوذ والندرة، وكونه متروكاً. (رياض المسائل ٨: ٣١٥، جواهر الكلام ٢٤: ٤ ـ ٥).

** لا خلاف بين فقهاء الإماميّة في أنّه لايبطل الصرف فيما لو فارق المتصارفان المجلس مصطحبين قبل أن يتقابضا؛ للأصل، وظهور النصوص ـ خصوصاً قوله عليه السلام: «وإن نزا حائطاً فانز معه» ـ في أنّ المعتبر التقابض قبل التفرّق. (مفتاح الكرامة ٩: ٦٨٩ ـ ٦٩٠، جواهر الكلام ٢٤: ٩).

---

١. الاجماع لابن المنذر: ١٦١، الإقناع ٢: ٢٢٠، المغني لابن قدامة ٤: ١٩٢.

٢. الأم ٣: ٨٣، مختصر اختلاف العلماء ٣: ١٧٩، مختصر القدوري: ٩٠، التهذيب للبغوي ٣: ٣٥٨.

٣. المقدّمات الممهدّات ٢: ١٤ ـ ١٥، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٠٣.

٤. صحيح مسلم ٣: ١٢٠٩ ـ ١٢١٠، كتاب المساقاة، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً، الحديث ١٥٨٦/٧٩.

٥. المغني لابن قدامة ٤: ١٩٢، البيان للعمراني ٥: ١٦٣ ـ ١٦٤، الاستذكار ١٩: ٢١٦ ـ ٢١٧، المعونة ٢: ١٠٢٣.

ومن رأىٰ أنّ اللفظ لا يصلح إلّا إذا وقع القبض من المتصارفين على الفور، قال: إن تأخّر القبض عن العقد في المجلس بطل الصرف[١]؛ لاتّفاقهم علىٰ هذا المعنى، ولم يجز عندهم في الصرف حوالة ولا حمالة ولا خيار[٢]، إلّا ما حكي عن أبي ثور أنّه أجاز فيه الخيار[٣]*.

واختلف في المذهب في التأخير الذي يغلب عليه المتصارفان أو أحدهما، فمرّة قيل فيه: إنّه مثل الذي يقع بالاختيار[٤]، ومرّة قيل: إنّه ليس كذلك[٥]** في تفاصيل لهم في ذلك ليس قصدنا ذكرها في هذا الكتاب.

---

* اختلف فقهاء الإماميّة في ثبوت خيار الشرط في الصرف، فمنعه بعضهم، وأجازه بعض آخر وقد اتّفق المتأخّرون علىٰ ثبوته في الصرف. (كتاب الخلاف ٣: ١٢، جواهر الكلام ٢٣: ٦١ ـ ٦٢).

** لا خلاف بين الإماميّة أنّه لو قبض البعض خاصة قبل التفرّق صحّ فيما قبض، وبطل في غيره؛ لحصول مقتضي الصحة من العموم وغيره في الأول، ومقتضي البطلان من التفرّق قبل التقابض في الثاني. فإذا لم يكن تأخير القبض بتفريط من أحدهما تخيّرا معاً في الفسخ والإمضاء؛ لتبعّض الصفقة الموجب للخيار. ولو كان تأخيره بتفريطهما فلا خيار لهما، ولو اختصّ به أحدهما سقط خياره خاصة. (جواهر الكلام ٢٤: ٨ ـ ٩، فقه الصادق ١٨: ١٧٦).

---

١. المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٧٢ ـ ٢٧٣، المدونة الكبرىٰ ٣: ٣٩٧، المقدّمات الممهدّات ٢: ١٤، الاستذكار ١٩: ٢١٦.

٢. المقدّمات الممهدّات ٢: ١٤ ـ ١٥، ١٧ ـ ١٨، المبسوط للسرخسي ١٤: ٣٠ ـ ٣١، المغني لابن قدامة ٤: ١٣١، البيان للعمراني ٥: ١٦٤.

٣. لم نعثر عليه.

٤. المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٧٢، المقدّمات الممهدّات ٢: ١٥ ـ ١٦، النوادر والزيادات ٥: ٣٦٩.

٥. المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٧٢، المقدّمات الممهدّات ٢: ١٥ ـ ١٦.

المسألة الرابعة

اختلف العلماء في من اصطرف دراهم بدنانير ثم وجد فيها درهماً زائفاً، فأراد ردّه، فقال مالك: ينتقض الصرف، وإن كانت دنانير كثيرة انتقض منها دينار للدرهم فما فوقه إلىٰ صرف دينار، فإن زاد درهم علىٰ دينار انتقض منها دينار آخر، وهكذا ما بينه وبين أن ينتهي إلى صرف دينار[١]. قال: وإن رضي بالدراهم الزائف لم يبطل من الصرف شيء[٢]. وقال أبو حنيفة: لايبطل الصرف بالدراهم الزائف، ويجوز تبديله، إلّا أن تكون الزيوف نصف الدراهم أو أكثر، فإن ردّها بطل الصرف في المردود[٣].

وقال الثوري: إذا ردّ الزيوف كان مخيّراً، إن شاء أبدلها أو يكون شريكاً له بقدر ذلك في الدنانير، أعني: لصاحب الدنانير[٤]. وقال أحمد: لايبطل الصرف بالردّ، قليلاً كان أو كثيراً[٥]. وابن وهب من أصحاب مالك يجيز البدل في الصرف[٦]، وهو مبني على الغلبة على النَّظرِة في الصرف ليس لها تأثير، ولاسيما في البعض، وهو أحسن. وعن الشافعي في بطلان الصرف بالزيوف قولان[٧].

فيتحصّل لفقهاء الأمصار في هذه المسألة أربعة أقوال: قول بإبطال الصرف مطلقاً عند الردّ، وقول بإثبات الصرف ووجوب البدل، وقول بالفرق بين القليل والكثير، وقول بالتخيير

---

١. الموطّأ ٢: ٦٣٧، المدونة الكبرىٰ ٣: ٤٢١، النوادر والزيادات ٥: ٣٧٥.

٢. المدونة الكبرىٰ ٣: ٤٢٠، المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٧٤.

٣. المحيط البرهاني ٧: ٩٤، ١٧٨، الاستذكار ١٩: ٢٣٥ ـ ٢٣٦، المحلّىٰ بالآثار ٨: ٥١٠.

٤. الاستذكار ١٩: ٢٣٥، المحلّىٰ بالآثار ٨: ٥١٠.

٥. المغني لابن قدامة ٤: ١٧٩، الكافي لابن قدامة ٢: ٤٠. وفيهما حكاية رواية أخرىٰ عن أحمد وهو الحكم بالبطلان مع الردّ، بل حكي في الأول رواية ثالثة وهو لزوم العقد وعدم جواز الردّ والإبدال.

٦. النوادر والزيادات ٥: ٣٧٧، المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٧٤.

٧. الأم ٣: ٣٩، حلية العلماء ٤: ١٥٥ ـ ١٥٧، الحاوي الكبير ٥: ١٤٠، ١٤٢.

بين بدل الزائف أو يكون شريكاً له *. وسبب الخلاف في هذا كلّه: هل الغلبة على التأخير في الصرف مؤثّرة فيه أو غير موثّرة؟ وإن كانت مؤثّرة فهل هي مؤثرة في القليل أو في الكثير؟[١].

---

* ذكر في كتب فقهاء الإماميّة أنّ العيب الذي يظهر في صرف الأثمان المعينة تارة يكون من غير الجنس، بأن تظهر الفضة رصاصاً والذهب نحاساً، وتارة يكون العيب من الجنس كاختلاف الجوهر في الخشونة والنعومة، واضطراب السكة ففيه صورتان:

الصورة الأولىٰ:

١ ـ لا خلاف بينهم فيما لو اصطرفا دراهم بدراهم فظهر بعضها معيباً بعيب من غير جنسه في أنّه يصحّ العقد في الصحيح ويبطل في المعيب ـ من غير الجنس ـ لتوفر شروط الصحة في الأول، وانتفائها في الثاني، وعدم توقّف صحة الأول على الثاني، وعليه فليس للمشتري الرضا بالمعيب لبطلان العقد فيه.

٢ ـ ذكر غير واحد منهم أنّه لافرق في الحكم المذكور بين البيع بالمجانس كدراهم بدراهم، أو بغير المجانس كدراهم بدنانير.

٣ ـ الظاهر إجماع الإماميّة علىٰ أنّه للمشتري أن يتخيّر هنا بين أخذ الصحيح بحصته من الثمن وبين ردّ الكلّ، لتبعّض الصفقة، وأنّه حيث يأخذ المشتري الصحيح بحصّته كان للبايع الخيار مع جهله بالعيب لتبعّض الصفقة.

٤ ـ الظاهر إجماعهم علىٰ أنّه ليس للمشتري المطالبة ببدل البعض المعيب بالصحيح.

الصورة الثانية: لا خلاف بين الإماميّة في أنّه لو اصطرفا دراهم بدنانير، فظهر بعضها معيباً بعيب من الجنس، فإنّ المشتري مخيّر بين ردّ الجميع أو الإمساك، وليس له المطالبة ببدله. (مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٣١٨ ـ ٣١٩، مفتاح الكرامة ٩: ٧١٤ ـ ٧١٥، ٧١٧، جواهر الكلام ٢٤: ١٨ ـ ١٩).

---

١. أنظر: الاستذكار ١٩: ٢٣٧، المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٧٤.

وأمّا وجود النقصان فإنّ المذهب اضطرب فيه، فمرة قال فيه: إنّه إن رضي بالنقصان جاز الصرف، وإن طلب البدل انتقض الصرف قياساً على الزيوف[١]. ومرة قال: يبطل الصرف وإن رضي به[٢]*، وهو ضعيف.

واختلفوا أيضاً: إذا قبض بعض الصرف وتأخّر بعضه، أعني: الصرف المنعقد على التناجز، فقيل: يبطل الصرف كلّه، وبه قال الشافعي[٣]. وقيل: يبطل منه المتأخّر فقط، وبه قال أبو حنيفة ومحمد وأبو يوسف[٤] والقولان في المذهب[٥]**. ومبنى الخلافِ الخلافُ في الصفقة الواحدة يخالطها حرام وحلال، هل تبطل الصفقة كلّها أو الحرام منها فقط؟

---

* ذكر بعض فقهاء الإماميّة أنّه لو قبض المتصارفان الثمن والمثمن وتفرّقا، ثم ظهر كون المدفوع ناقصاً، فإنّه يبطل العقد في القدر الناقص خاصة، ويصحّ في الباقي، ويتخيّر المدفوع إليه في الفسخ في الباقي؛ لتبعّض الصفقة. (تذكرة الفقهاء ١٠: ٤١٨، مفتاح الكرامة ٩: ٦٩٧ ـ ٦٩٨، جواهر الكلام ٢٤: ٢٤).

** لا خلاف بين فقهاء الإماميّة في أنّه لو قبض البعض قبل التفرّق، صحّ العقد فيما قبض، وبطل في غير المقبوض. واحتجّ للصحة في المقبوض بالأصل والعمومات، وتوفّر الشرط المصحّح للعقد، واحتجّ للبطلان في غير المقبوض بحصول التفرّق قبل التقابض فيه. (مفتاح الكرامة ٩: ٦٩٠، جواهر الكلام ٢٤: ٨).

---

١. المدونة الكبرىٰ ٣: ٤٢٠، التفريع ٢: ١٥٥ ـ ١٥٦، المعونة ٢: ١٠٢٤.

٢. النوادر والزيادات ٥: ٣٧٣، المقدّمات الممهدّات ٢: ١٦.

٣. الأم ٣: ٣٨، الاستذكار ١٩: ٢٣٧، الحاوي الكبير ٥: ٨٠، العزيز شرح الوجيز ٤: ٧٨، بحر المذهب ٦: ١٣٧ ـ ١٣٨، وفيما عدا الأولين أنّه يبطل العقد في غير المقبوض، وأنّه يجوز في المقبوض، إلّا أنّه بنىٰ بعض الشافعية المسألة علىٰ تفريق الصفقة.

٤. مختصر اختلاف العلماء ٣: ١٨٠، المبسوط للسرخسي ١٤: ٢٩، الاستذكار ١٩: ١٣٨.

٥. المدونة الكبرىٰ ٣: ٣٩٣، ٤٢٠ ـ ٤٢١، الاستذكار ١٩: ٢٣٧، وانظر: المقدّمات الممهدّات ٢: ١٥ ـ ١٦.

المسألة الخامسة

أجمع العلماء علىٰ أنّ المراطلة جائزة في الذهب بالذهب وفي الفضة بالفضة، وإن اختلف العدد؛ لاتّفاق الوزن، وذلك إذا كان صفة الذهبين واحدة[١]*.

واختلفوا في المراطلة في موضعين: أحدهما: أن تختلف صفة الذهبين، والثاني: أن ينقص أحد الذهبين عن الآخر، فيريد الآخر أن يزيد بذلك عرضاً أو دراهم إن كانت المراطلة بذهب، أو ذهباً إن كانت المراطلة بدراهم.

فذهب مالك، أمّا في الموضع الأول (وهو أن يختلف جنس المراطل بهما في الجودة والرداءة) أنّه متىٰ راطل أحدهما بصنف من الذهب الواحد، وأخرج الآخر ذهبين أحدهما أجود من ذلك الصنف الواحد، والآخر أرداً؛ فإنّ ذلك عنده لايجوز، وإن كان الصنف الواحد من الذهبين ـ أعني: الذي أخرجه وحده ـ أجود من الذهبين المختلفين اللذين أخرجهما الآخر أو أردأ منهما معاً، أو مثل أحدهما وأجود من الثاني، جازت المراطلة عنده[٢]. وقال الشافعي: إذا اختلف الذهبان فلا يجوز ذلك[٣]. وقال أبو حنيفة وجميع الكوفيين والبصريين: يجوز جميع ذلك[٤]**.

---

* أجمع فقهاء الإماميّة علىٰ أنّه إذا اتّحد جنس الأثمان وجب التساوي قدراً. (مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٣٠٦، مفتاح الكرامة ٩: ٦٨٩).

** الظاهر إجماع الإماميّة ـ كما تقدّم ـ علىٰ أنّه لايجوز التفاضل مع اتحاد جنس الأثمان وإن اختلف الوصف بين الجيد منه والرديء، واحتجّوا لذلك ـ بعد ظهور ←

---

١. الإقناع لابن القطّان ٢: ٢٢٥، المعونة ٢: ١٠٢٧، الاستذكار ١٩: ٢٤١.

٢. الموطّأ ٢: ٦٣٨ ـ ٦٤٠، المدونة الكبرىٰ ٣: ٤٣٩ ـ ٤٤٠، النوادر والزيادات ٥: ٣٥٣.

٣. الأم ٣: ٤٢، الوجيز ١: ١٣٧، الحاوي الكبير ٥: ١٤٣.

٤. كتاب الحجة علىٰ أهل المدينة ٢: ٥٨٦، الاستذكار ١٩: ٢٤٢، ٢٤٥.

وعمدة مذهب مالك في منعه ذلك: الاتّهام، وهو مصير القول بسدّ الذرائع، وذلك أنّه يتّهم أن يكون المراطل إنّما قصد بذلك بيع الذهبين متفاضلاً، فكأنّه أعطىٰ جزءاً من الوسط بأكثر منه من الأردأ، أو بأقلّ منه من الأعلىٰ، فيتذرّع من ذلك إلىٰ بيع الذهب بالذهب متفاضلاً[١].

مثال ذلك: أنّ إنساناً قال لآخر: خذ منّي خمسة وعشرين مثقالاً وسطاً بعشرين من الأعلى، فقال: لايجوز هذا لنا، ولكن أعطيك عشرين من الأعلى وعشرة أدنىٰ من ذهبك، وتعطيني أنت ثلاثين من الوسط، فتكون العشرة الأدنىٰ يقابلها خمسة من ذهبك ويقابل العشرين من ذهب الوسط العشرين من ذهبك الأعلىٰ[٢]. وعمدة الشافعي: اعتبار التفاضل الموجود في القيمة[٣]. وعمدة أبي حنيفة: اعتبار وجود الوزن من الذهبين[٤]، وردّ القول بسدّ الذرائع[٥].

وكمثل اختلافهم في المصارفة التي تكون بالمراطلة اختلفوا في هذا الموضع في المصارفة التي تكون بالعدد، أعني: إذا اختلفت جودة الذهبين أو الأذهاب[٦]*.

← الإجماع ـ بالأخبار، منها: ما تقدَّم نقله في المسألة الأولى من هذه المسائل. (مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٣٠٦، مفتاح الكرامة ٩: ٦٨٩).

* تقدّم في المسألة الأولى، وفي هذه المسألة أيضاً: أنّه لا خلاف عند الإماميّة في أنّه يستوي في اعتبار التماثل في الجنس الواحد جيّد الجوهر ورديئه؛ لصدق اتحاد الجنس.

---

١. الموطّأ ٢: ٦٣٨ ـ ٦٤٠، النوادر والزيادات ٥: ٣٥٣، إحكام الفصول: ٥٦٧.

٢. أنظر: الموطّأ ٢: ٦٣٨ ـ ٦٤٠.

٣. الأم ٣: ٤٢، الوجيز ١: ١٣٧، الحاوي الكبير ٥: ١٤٣ ـ ١٤٤.

٤. كتاب الحجة علىٰ أهل المدينة ٢: ٥٨٦، الاستذكار ١٩: ٢٤٢، ٢٤٥ ـ ٢٤٦.

٥. احكام الفصول: ٥٦٨، المقدّمات الممهدّات ٢: ٣٩، كتاب الحجة علىٰ أهل المدينة ٢: ٥٨٤ ـ ٥٨٥.

٦. الحاوي الكبير ٥: ١٤٣، الاستذكار ١٩: ٢٤١ ـ ٢٤٢، المغني لابن قدامة ٤: ١٤١، المهذب للشيرازي ٣: ٧١ ـ ٧٢، البيان للعمراني ٥: ١٦٤ ـ ١٦٥.

وأمّا اختلافهم إذا نقصت المراطلة، فأراد أحدهما أن يزيد شيئاً آخر ممّا فيه الربا، أو ممّا لا ربا فيه؛ فقريب من هذا الاختلاف، مثل أن يراطل أحدهما صاحبه ذهباً بذهب، فينقص أحد الذهبين عن الآخر، فيريد الذي نقص ذهبه أن يعطي عوض الناقص دراهم أو عرضاً، فقال مالك والشافعي والليث: إنّ ذلك لا يجوز، والمراطلة فاسدة[١]. وأجاز ذلك كلّه أبو حنيفة والكوفيون[٢]*.

وعمدة الحنفية: تقدير وجود المماثلة من الذهبين، وبقاء الفضل مقابل للعرض[٣]. وعمدة مالك: التهمة في أن يقصد بذلك بيع الذهب بالذهب متفاضلاً[٤]. وعمدة الشافعي: عدم المماثلة بالكيل أو الوزن أو العدد الذي بالفضل[٥]. ومثل هذا يختلفون إذا كانت المصارفة بالعدد[٦].

---

* أجمع فقهاء الإماميّة على أنّه يجوز بيع الجنسين المختلفين بأحدهما إذا زاد على ما في المجموع من جنسه، بحيث تكون الزيادة في مقابلة المخالف، وذلك كبيع درهم ومدّ عجوة بدرهمين.

واحتجّوا ـ بعد الإجماع ـ بالأصل، والعمومات، والأخبار المعتبرة المستفيضة ـ التي كادت تكون متواترة ـ منها: ما جاء في الرواية الصحيحة عن أحدهما عليهما السلام: قلت: اشتري ألف درهم ودينار بألفي درهم، فقال: «لا بأس بذلك...». (تذكرة الفقهاء ١٠: ١٨١ ـ ١٨٢، رياض المسائل ٨: ٣١١ ـ ٣١٢).

---

١. الموطّأ ٢: ٦٣٨، الاستذكار ١٩: ٢٤٠ ـ ٢٤١، البيان للعمراني ٥: ١٧٩، ١٨٠، ١٨١.

٢. كتاب الحجة على أهل المدينة ٢: ٥٨٤، الاستذكار ١٩: ٢٤٢.

٣. كتاب الحجة على أهل المدينة ٢: ٥٨٤ ـ ٥٨٥، الحاوي الكبير ٥: ١١٣، الاستذكار ١٩: ٢٤٦.

٤. الموطّأ ٢: ٦٣٨، النوادر والزيادات ٥: ٣٥٣.

٥. الحاوي الكبير ٥: ١٤٤، العزيز شرح الوجيز ٤: ٨٤ ـ ٨٥.

٦. التهذيب للبغوي ٣: ٣٤٩، الاستذكار ١٩: ٢٤١، الموطّأ ٢: ٦٣٨، النوادر والزيادات ٥: ٣٥٣، كتاب الحجة على أهل المدينة ٢: ٥٨٤.

المسألة السادسة

واختلفوا في الرجلين يكون لأحدهما علىٰ صاحبه دنانير وللآخر عليه دراهم، هل يجوز أن يتصارفاها وهي في الذمة؟ فقال مالك: ذلك جائز إذا كانا قد حلّا معاً[١]. وقال أبو حنيفة: يجوز في الحال وفي غير الحال[٢]. وقال الشافعي والليث: لايجوز ذلك، حلّا أو لم يحلّا[٣]*.

وحجّة من لم يجزه: أنّه غائب بغائب، وإذا لم يجز غائب بناجز كان أحرىٰ أن لايجوز غائب بغائب[٤]. وأمّا مالك فأقام حول الأجلين في ذلك مقام الناجز بالناجز[٥]، وإنّما اشترط

---

* ذكر عدّة من فقهاء الإماميّة أنّه يجوز التصارف بما في الذمم إذا كان حالاً ومختلف الجنس، فلو كان لواحد علىٰ آخر ذهب مثلاً، وللآخر عليه دراهم فتصارفا صحّ، من دون تقابض؛ لأنّ ما في الذمة مقبوض، إلّا أنّه منع بعضهم من ذلك، لكونه بيع دين بدين.

واحتجّ للجواز، بكون ما في الذمة مقبوض، ولرواية عبيد بن زرارة قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يكون له على الصيرفي مائة دينار، ويكون للصيرفي عنده ألف درهم فيقاطعه عليها، قال: «لابأس»، ولعدم كونه من بيع الدين بالدين؛ لاختصاصه ببيع الكالي بالكالي، وهو المؤجّل بالمؤجّل. (مفتاح الكرامة ٩: ٧٢٨ ـ ٧٢٩، جواهر الكلام ٢٤: ٥٣).

---

١. الاستذكار ١٩: ٢٠٠، فتح المالك ٨: ١٠٠.

٢. المبسوط للسرخسي ١٤: ٢٦، المحيط البرهاني ٧: ٢١٩، الاستذكار ١٩: ٢٠١.

٣. الحاوي الكبير ٥: ١٤٧، الاستذكار ١٩: ٢٠١، المغني لابن قدامة ٤: ١٨٦.

٤. الاستذكار ١٩: ٢٠١، المغني لابن قدامة ٤: ١٨٦.

٥. الاستذكار ١٩: ٢٠١، المغني لابن قدامة ٤: ١٨٦، فتح المالك ٨: ١٠٠.

أن يكون حالين معاً لئلّا يكون ذلك من بيع الدين بالدين. وبقول الشافعي قال ابن وهب وابن كنانة من أصحاب مالك[١].

وقريب من هذا اختلافهم في جواز الصرف علىٰ ما ليس عندهما إذا دفعه أحدهما إلىٰ صاحبه قبل الافتراق، مثل أن يستقرضاه في المجلس فتقابضاه قبل الافتراق، فأجاز ذلك الشافعي وأبوحنيفة[٢]. وكرهه ابن القاسم من الطرفين، واستخفّه من الطرف الواحد، أعني: إذا كان أحدهما هو المستقرض فقط[٣]. وقال زفر: لايجوز ذلك إلّا أن يكون من طرف واحد[٤].

ومن هذا الباب اختلافهم في الرجل يكون له على الرجل دراهم إلىٰ أجل هل يأخذ فيها إذا حلّ الأجل ذهباً أو بالعكس؟ فذهب مالك إلىٰ جواز ذلك إذا كان القبض قبل الافتراق[٥]، وبه قال أبو حنيفة، إلّا أنّه أجاز ذلك وإن لم يحلّ الأجل[٦]، ولم يجز ذلك جماعة من العلماء، سواء كان الأجل حالاً أو لم يكن، وهو قول ابن عباس وابن مسعود[٧]*.

---

* ذهب أكثر المتأخّرين ـ ولعلّه عامتهم ـ فيما لو كان لزيد مثلاً علىٰ عمرو دنانير أو دراهم فأمره أن يحولها إلى الدراهم أو الدنانير في ذمته، وساعره علىٰ ذلك بأن عيّن كلّاً من العوضين بإزاء الآخر فقبل عمرو، صح وإن لم يقبض.

وقال ابن إدريس: إن تفرّقا قبل التقابض بطل.

واستدلّ الأكثر بالموثّقين، بل ربما عدّا صحيحين، وفي أحدهما: عن الرجل يكون لي عنده دراهم فآتيه فأقول: حوّلها دنانير من غير أن أقبض شيئاً، قال: لابأس بـه، ←

---

١. الاستذكار ١٩: ٢٠١.

٢. التهذيب للبغوي ٣: ٣٥٨، مختصر اختلاف العلماء ٣: ١٨١، المبسوط للسرخسي ١٤: ٢٠، الاستذكار ١٩: ٢٣٨.

٣. المدونة الكبرىٰ ٣: ٣٩٦ـ٣٩٧.

٤. الاستذكار ١٩: ٢٣٨، مختصر اختلاف العلماء ٣: ١٨١.

٥. المدونة الكبرىٰ ٣: ٤٠١، فتح المالك ٨: ١٠٠.

٦. المبسوط للسرخسي ١٤: ٣، المحيط البرهاني ٧: ٢١٩.

٧. الاستذكار ٢٠: ١٥، فتح المالك ٨: ١٠٠ـ١٠١.

وحجّة من أجاز ذلك حديث ابن عمر قال: «كنت أبيع الإبل بالبقيع، أبيع بالدنانير وآخذ الدراهم، وأبيع بالدرهم وآخذ الدنانير، فسألت عن ذلك رسول الله ﷺ، فقال: «لابأس بذلك إذا كان بسعر يومه» خرّجه أبو داود[١ و٢]. وحجّة من لم يجزه: ما جاء في حديث أبي سعيد وغيره: «ولاتبيعوا منها غائباً بناجز»[٣ و٤].

المسألة السابعة

اختلف في البيع والصرف في مذهب مالك، فقال: إنّه لايجوز إلّا أن يكون أحدهما الأكثر، والآخر تبع صاحبه، وسواء كان الصرف في دينار واحد أو في دنانير[٥]. وقيل: إن كان الصرف في دينار واحد جاز كيفما وقع، وإن كان في أكثر اعتبر كون أحدهما تابعاً للآخر في الجواز، فإن كانا معاً مقصودين لم يجز[٦]، وأجاز أشهب الصرف والبيع، وهو أجود؛ لأنّه ليس في ذلك ما يؤدّي إلىٰ رباً ولا إلىٰ غرر[٧*].

قلت: ويكون لي عنده دنانير فآتيه فأقول: حوّلها لي دراهم وأثبتها عندك ولم أقبض منه شيئاً، قال: لابأس به. (مفتاح الكرامة ٩: ٦٩٥، رياض المسائل ٨: ٣٢٠ ـ ٣٢١، تحرير الأحكام ٢: ٣١٤).

* تقدّم آنفاً ـ في المسألة الخامسة ـ بيان ما يتعلّق بهذه المسألة.

---

١. سنن أبي داود ٣: ٢٥٠، كتاب البيوع، باب في اقتضاء الذهب من الورق، الحديث ٣٣٥٤.

٢. الاستذكار ٢٠: ١٥، المبسوط للسرخسي ١٤: ٣.

٣. صحيح البخاري ٣: ١٥٤، كتاب البيوع، باب بيع الفضة بالفضة، الحديث ١٢٥، صحيح مسلم ٣: ١٢٠٨، كتاب المساقاة، باب الربا، الحديث ١٥٨٤/٧٥.

٤. الاستذكار ٢٠: ١٤ ـ ١٥.

٥. الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٠٥ ـ ٣٠٦، المعونة ٢: ١٠٢٧، المدونة الكبرىٰ ٣: ٤١٠ ـ ٤١٢.

٦. المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٧١، الكافي في فقه أهل المدينة ٥: ٣٠٥ ـ ٣٠٦.

٧. النوادر والزيادات ٥: ٣٩١، المنتقىٰ للباجي ٤: ٤٧٠، وانظر: البيان والتحصيل ٦: ٤٦٦.

كتاب السلم

كتاب السلم

وفي هذا الكتاب ثلاثةُ أبواب:

الباب الأول: في محلّه وشروطه.

الباب الثاني: فيما يجوز أن يقتضيَ من المسلَم إليه بدلَ ما انعقد عليه السَّلَم، وما يعرض في ذلك من الإقالة والتعجيل والتأخير.

الباب الثالث: في اختلافهم في السَّلَم.

الباب الأول في محلّه وشروطه

أمّا محَلُّه فإنّهم أجمعوا علىٰ جوازه في كلّ ما يكال أو يوزن[1]*؛ لما ثبت من حديث

---

* المشهور عند الإماميّة جواز السلف فيما يكال أو يوزن، بل يجوز أيضاً أن يسلم المكيل في الموزون والموزون في المكيل، وادّعي عليه الإجماع.

ومنع ابن الجنيد من إسلاف عرض في عرض إذا كانا مكيلين أو موزونين أو معدودين. واستدلّ له بما في الصحيح عن عبدالله بن سنان في الصحيح قال: سألت ←

---

١. الافصاح ١: ٣٠٤، الإجماع لابن المنذر: ١٦٢.

ابن عباس المشهور، قال: قِدم النبي ﷺ المدينة وهم يسلمون في التمر السنتين والثلاثة، فقال رسول الله ﷺ: «من أسلف فليسلف في ثمن معلوم ووزن معلوم إلىٰ أجل معلوم»[١].

واتّفقوا علىٰ امتناعه فيما لايثبت في الذمة، وهي الدُّور والعقار[٢]*، وأمّا سائر ذلك من العُروض والحيوان فاختلفوا فيها، فمنع ذلك داود وطائفة من أهل الظاهر؛ مصيراً إلىٰ ظاهر

← أبا عبدالله ﷺ عن رجل أسلف زيتاً علىٰ أن يأخذ منه سمناً، قال: «لايصلح» وغيرها كما منع ابن أبي عقيل من اسلاف غير النقدين.

واستدلّ للمشهور ـ مضافاً للإجماع ـ ببعض الأخبار:

منها: ما رواه ابن عباس قال: قدم النبي ﷺ المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين، فقال: «من أسلف في ثمر فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلىٰ أجل معلوم».

ومنها: ما رواه غياث بن إبراهيم عن أبي عبدالله ﷺ قال: قال أمير المؤمنين: «لابأس بالسلم كيلاً معلوماً إلىٰ أجل معلوم».

ومنها: ما في خبر وهب: «لابأس بالسلف ما يوزن فيما يكال، وما يكال فيما يوزن».

(مختلف الشيعة ٥: ١٣٦، مسالك الأفهام ٣: ٤٠٦، الحدائق الناضرة ٢٠: ١٠، جواهر الكلام ٢٤: ٢٧٣).

* الذي عليه فقهاء الإماميّة عدم جواز السلم في العقار والأرضين، وعلّلوه بوجود المانع فيه، وهو عدم إمكان ضبطه بالوصف علىٰ وجه ترتفع جهالته؛ لاختلاف البقاع، فلايمكن ضبطها، وعليه فلا يصحّ الإطلاق فيها، بل يفتقر إلى التعيين في موضع بعينه، فيكون بيع عين موصوفة ولايكون سلماً. (تذكرة الفقهاء ١١: ٢٧٧، مسالك الأفهام ٣: ٤١٠، جواهر الكلام ٢٤: ٢٨٣، المبسوط ٢: ١٩٠، الحدائق الناضرة ٢٠: ١١، ١٤).

---

١. صحيح البخاري ٣: ١٧٥، كتاب السلم، باب السلم في وزن معلوم، الحديث ٢، صحيح مسلم ٣: ١٢٢٦ ـ ١٢٢٧، كتاب المساقاة، باب السلم، الحديث ١٦٠٤/١٢٧، وفيهما: «في كيل معلوم» بدل «في ثمن معلوم».

٢. المقدّمات الممهدّات ٢: ٢٧، تحفة الفقهاء ٢: ١٤، الكافي لابن قدامة ٢: ٦٢، البيان للعمراني ٥: ٣٦٩.

الحديث[١]. والجمهور علىٰ أنّه جائز في العُروض التي تنضبط بالصفة والعدد[٢]*.

واختلفوا من ذلك فيما ينضبط ممّا لاينضبط بالصفة، فمن ذلك الحيوان والرقيق، فذهب مالك والشافعي والأوزاعي والليث إلىٰ أنّ السَّلَم فيهما جائز[٣]** وهو قول ابن عمر

---

* المشهور عند الإماميّة ـ بل دعوىٰ الإجماع عليه من المرتضىٰ ـ جواز إسلاف الأعراض في الأعراض إذا اختلفت والضابط المذكور هنا أنّه كلّ ما ينضبط وصفه صحّ السلم فيه؛ كالأشياء المعدودة، وضابط الوصف ما اختلف لأجله الثمن اختلافاً لايتسامح بمثله، والمرجع فيه إلى العرف.

ومنع ابن الجنيد إسلاف عرض في عرض إذا كانا مكيلين أو موزونين أو معدودين؛ كالسمن في الزيت. (مسالك الأفهام ٣: ٤٠٦، الحدائق الناضرة ٢٠: ١٠ ـ ١١، رياض المسالك ٨: ٤٣٧، جواهر الكلام ٢٤: ٢٧٣ ـ ٢٧٥).

** ظاهر الإماميّة الاجماع علىٰ جواز السلم في الحيوان بسائر أنواعه؛ لإمكان ضبطه بالوصف.

ويدلّ عليه ـ مضافاً للإجماع ـ ما رواه الحلبي في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال: «لابأس بالسلم في الحيوان إذا سمّيت الذي تسلم فيه فوصفته، فإن وفيته وإلّا فأنت أحقّ بدراهمك».

وفي الصحيح أن أبا جعفر عليه السلام «لم يكن يرى بأساً بالسلم في الحيوان بشيء معلوم إلىٰ أجل معلوم»، ولأنّه يثبت في الذمة صداقاً فيثبت سلماً؛ كالثياب. (تذكرة الفقهاء ١١: ٢٨٦، الروضة البهية ٢: ٦٤، رياض المسائل ٨: ٤٤٠، جواهر الكلام ٢٤: ٢٨٥، الغنية: ٢٢٧).

---

١. المحلّىٰ بالآثار ٩: ١٠٥، المقدّمات الممهدّات ٢: ٢٠، فتح المالك ٨: ١٧٦.

٢. المعونة ٢: ٩٨٣، التهذيب للبغوي ٣: ٥٧٤، ٥٧٦، بدائع الصنائع ٧: ١٢٥، الكافي لابن قدامة ٢: ٦٢، ٦٤.

٣. المقدّمات الممهّدات ٢: ٢٦، الاستذكار ٢٠: ٩٢، الوسيط ٣: ٤٣٨ ـ ٤٣٩، فتح المالك ٨: ١٧٦، المعونة ٢: ٩٨٥، عيون المجالس ٣: ١٥١٢ ـ ١٥١٣.

من الصحابة[١]، وقال أبو حنيفة والثوري وأهل العراق: لايجوز السلَم في الحيوان[٢] وهو قول ابنِ مسعود[٣]، وعن عمر في ذلك قولان[٤].

وعمدة أهل العراق في ذلك: ما روي عن ابن عباس: «أنّ النبي ﷺ نهىٰ عن السلف في الحيوان»[٥و٦]. وهذا الحديث ضعيف عند الفريق الأول، وربّما احتجّوا أيضاً بنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة[٧و٨].

وعمدة مَن أجاز السلم في الحيوان: ما روي عن ابن عمر: «أنّ رسول الله ﷺ أمره أن يجهّز جيشاً، فنفدت الإبل، فأمره أن يأخذ علىٰ قلاص الصدقة، فأخذ البعيرَ بالبعيرين إلىٰ إبل الصدقة»[٩و١٠] وحديث أبي رافع أيضاً: «أنّ النبي ﷺ استسلف بكراً»[١١و١٢]. قالوا: وهذا كلّه يدلّ علىٰ ثبوته في الذمة[١٣].

فسبب اختلافهم شيئان: **أحدهما**: تعارض الآثار في هذا المعنىٰ، **والثاني**: تردّد

---

١. الاستذكار ٢٠: ٩٢.

٢. مختصر اختلاف العلماء ٣: ١٢، الاستذكار ٢٠: ٩٢، فتح المالك ٨: ١٧٦، المبسوط للسرخسي ١٢: ١٥٥.

٣. الاستذكار ٢٠: ٩٢، المصنف لعبدالرزاق ٨: ٢٣، كتاب البيوع، باب السلف في الحيوان، الحديث ١٤١٤٧.

٤. المصنف لعبدالرزاق ٨: ٢٤، ٢٦، كتاب البيوع، باب السلف في الحيوان، الحديث ١٤١٥٢، ١٤١٦١، المغني لابن قدامة ٤: ٣٤٠ ـ ٣٤١، المحلّىٰ بالآثار ٩: ١٠٧، ١٠٩، الاستذكار ٢٠: ٩٢. وفي جميع هذه المصادر رواية عدم الجواز فقط عن عمر، وفي نسخة من البداية: عن ابن عمر.

٥. سنن الدارقطني ٣: ٧١، كتاب البيوع، مستدرك الحاكم ٢: ٥٧، كتاب البيوع.

٦. المبسوط للسرخسي ١٢: ١٥٧، الهداية للمرغيناني ٣: ٧٩.

٧. سنن الدارقطني ٣: ٧١، كتاب البيوع.

٨. مختصر اختلاف العلماء ٣: ١٤، الحاوي الكبير ٥: ٣٩٩.

٩. سنن الدارقطني ٣: ٧٠، كتاب البيوع.

١٠. البيان للعمراني ٥: ٣٦٦، الاستذكار ٢٠: ٩٣.

١١. الموطّأ ٢: ٦٨٠، كتاب البيوع، باب ما يجوز من السلف، الحديث ٨٩، سنن الترمذي ٣: ٦٠٩ كتاب البيوع، باب ما جاء في استقراض البعير أو الشيء من الحيوان أو السن، الحديث ١٣١٨.

١٢. المقدّمات الممهدّات ٢: ٢٢، الاستذكار ٢٠: ٩٣.

١٣. الاستذكار ٢٠: ٩٣، البيان للعمراني ٥: ٣٦٧.

الحيوان بين أن ينضبط بالصفة أو لا ينضبط. فمن نظر إلىٰ تباين الحيوان في الخَلْق والصفات، وبخاصة صفات النفس، قال: لاتنضبط، ومن نظر إلىٰ تشابهها قال: تنضبط[1].

ومنها: اختلافهم في البَيض والدُرِّ وغير ذلك: فلم يجز أبو حنيفة السلَم في البيض * وأجازه مالك بالعدد[2] **.

---

* المشهور عند الحنفية جواز السلم في البيض، خلافاً لزفر فمنع من السلم فيه، والمنقول عن أبي حنيفة منعه في بيض النعام. (بدائع الصنائع ٧: ١٢٧، المبسوط ١٢: ١٦٢، مختصر اختلاف العلماء ٣: ١٢، مختصر القدوري: ٨٨).

** ذكر جمع من فقهاء الإماميّة جواز السلم في البيض والجوز واللوز وغيرها ممّا هو قابل للانضباط بالوصف.

واستدلّوا على الجواز بأنّه يمكن ضبطها بالوصف المعلوم بين المتعاقدين، والذي يرجع فيه إلى العرف إلّا أنّ الشيخ الطوسي شرط في جواز السلف في البيض والجوز ضبطه بالوزن؛ لاختلافه، لأنّ ذلك يختلف بالصغر والكبر، ويختلف ثمنه بذلك، فلا يضبط بالصفة، فوجب أن لايصحّ السلف فيه لذلك.

لكن الشهيد الثاني وجماعة اكتفوا بالعدد مع ذكر النوع الذي يقلّ الاختلاف فيه بحيث يختلف بسببه الثمن، لأنّ الغرض العلم بالقدر، وهو حاصل بذلك، حيث لم يرد من الشارع تعيين الاعتبار، والعرف يدلّ عليه.

هذا، وقال العلّامة في التذكرة: لايكفي العدد في المعدودات التي تدخل تحت الوزن، كالبطيخ و... والبيض، بل يجب الوزن، ولايعتبر الكيل لأنها تتجافى في المكيال، ولا العدد؛ لتفاوتها كبراً وصغراً، وإنّما اكتفي بالعدد في العيان تعويلاً على المشاهدة وتسامحاً، بخلاف السلم الذي لا مشاهدة فيه. وكذا الجوز واللوز لايجوز ←

---

١. الاستذكار ٢٠: ٩٣، البيان للعمراني ٥: ٣٦٧.

٢. المدونة الكبرى ٤: ١٢، النوادر والزيادات ٦: ٦٥.

وكذلك في اللحم، أجازه مالك والشافعي[١]، ومنعه * أبو حنيفة[٢]. وكذلك السلم في الرؤوس والأكارع، أجازه مالك[٣] ومنعه أبو حنيفة[٤]**، واختلف في ذلك قول أبي حنيفة

← السلف فيهما عدداً، بل لابدّ من الوزن. (الخلاف ٣: ٢٠٩، مسالك الأفهام ٣: ٤١٠، الحدائق الناضرة ٢٠: ١٤، جواهر الكلام ٢٤: ٢٨٤، تذكرة الفقهاء ١١: ٣٢٩).

* لا خلاف بين الإماميّة ـ بل ادّعي عليه الإجماع ـ على عدم جواز السلم في اللحم، وذلك للتصريح بالمنع منه في خبر جابر، قال: سألت الباقر عليه السلام عن السلف في اللحم، فقال: «لاتقربنّه فإنّه يعطيك مرّةً السمين، ومرّة التاوي، ومرّة المهزول، واشتر معاينة يداً بيد»، ولأنّ اللحم لايضبط بالوصف، ففيه السمين والهزيل، والمشتمل على العظم والخالي عنه، واللين والقوي... وكلّ ما لاينضبط بالوصف لم يصحّ فيه السلم. (تذكرة الفقهاء ١١: ٢٨١، الروضة البهية ٢: ٦٣، رياض المسائل ٨: ٤٣٨، جواهر الكلام ٢٤: ٢٨٠، الحدائق الناضرة ٢٠: ١١ ـ ١٢).

** لا خلاف بين الإماميّة أنّه لايجوز السلم في الرؤوس إذا كانت مشوية أو مطبوخة؛ لاختلاف تأثير النار فيها.

وأمّا النيّة فذكر بعض الإماميّة أنّه لايجوز السلم فيها؛ لأنّ أكثر الرأس العظام والمشافر، فاللحم فيه قليل يختلف، وإذا كان أكثره غير مقصود لم يجز.

وأمّا الكوارع فذكر بعض الإماميّة أنّه لايجوز السلم فيها، سواء كانت مطبوخة أو مشوية أو نيّة، لعدم انضباطها، فقد يكثر لحمها ويقلّ. (الخلاف ٣: ٢٠٩ ـ ٢١٠، تذكرة الفقهاء ١١: ٢٨٨ ـ ٢٨٩، تحرير الأحكام ٢: ٤١٦).

---

١. المدونة الكبرى ٤: ١٥، البيان للعمراني ٥: ٣٨٤، روضة الطالبين ٣: ٢٦٢.

٢. المحيط البرهاني ٧: ٨٠، المبسوط للسرخسي ١٢: ١٦٣.

٣. المدونة الكبرى ٤: ١٥، المعونة ٢: ٩٨٧.

٤. المبسوط للسرخسي ١٢: ١٦٩، تحفة الفقهاء ٢: ١٤، المحيط البرهاني ٧: ٨٠، بدائع الصنائع ٧: ١٢٨.

والشافعي[١]، وكذلك السلَم في الدرّ والفصوص *، أجازه مالك[٢]، ومنعه الشافعي[٣].

وقصْدُنا من هذه المسائل إنّما هو الأُصول الضابطة للشريعة لا إحصاء الفروع؛ لأنّ ذلك غير منحصر. وأمّا شروطه، فمنها مجمع عليها ومنها مختلف فيها:

فأمّا المجمع عليها فهي ستة:

منها: أن يكون الثمن والمثمون ممّا يجوز فيه النَّساء، وامتناعه فيما لا يجوز فيه النساء[٤] **،

---

* اختلف الإماميّة في جواز السلم في اللآلي والجواهر واليواقيت، فقد أطلق في المبسوط والشرائع والتحرير والكفاية: عدم جواز السلم فيها، من دون فرق بين الصغار والكبار، وما يراد منه للدواء وغيره، وذلك لتعسّر ضبطها على وجه يرتفع بسببه اختلاف الثمن.

وجوّز السلم في الصغار من اللآلي والجواهر دون الكبار في الإيضاح والدروس وجامع المقاصد والمسالك والرياض، قال الشهيد في الدروس: الأقرب: جواز السلم في العقيق وشبهه من الجواهر التي لا يتفاوت الثمن باعتبارها تفاوتاً بيّناً.

قيل: وضابط الصغار من اللآلي كلّما يباع بالوزن، فلا يلاحظ فيه الأوصاف الكثيرة عرفاً، وعن بعضهم تحديدها بما يطلب للتداوي دون التزيّن، أو ما يكون وزنه سدس دينار. قال في الجواهر: والأولى إناطة ذلك بالعرف. (تذكرة الفقهاء ١١: ٢٧٦، جامع المقاصد ٤: ٢١٦، الروضة البهية ٢: ٦٣ ـ ٦٤، مفتاح الكرامة ١٣: ٦٧٨ـ٦٧٩، جواهر الكلام ٢٤: ٢٨٣، مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٣٥٨، الدروس ٣: ٢٤٨).

** المشهور ـ بل دعوى الإجماع عليه ـ أنّه يجوز إسلاف الأعراض في الأعراض ←

---

١. حلية العلماء ٤: ٣٧١، الوسيط ٣: ٤٤١ ـ ٤٤٢، الوجيز ١: ١٥٧، الأُم ٣: ١٣٥، هذا قول الشافعي. وأمّا أبو حنيفة فليس له إلّا قول واحد وقد ذكره فيما تقدّم، ولعلّ العبارة زائدة.

٢. المدوّنة الكبرى ٤: ١٧، المنتقى للباجي ٤: ٢٩٤.

٣. الأُم ٣: ١٣٩، الوجيز ١: ١٥٦.

٤. أنظر: بدائع الصنائع ٧: ١٥١، المقدّمات الممهّدات ٢: ٣٠.

وذلك: إمّا اتّفاق المنافع علىٰ ما يراه مالك ﷺ، وإمّا اتّفاق الجنس علىٰ ما يراه أبو حنيفة، وإمّا اعتبار الطعم مع الجنس علىٰ ما يراه الشافعي في علّة النَّساء.

ومنها: أن يكون مقدّراً: إمّا بالكيل أو الوزن أو العدد إن كان ممّا شأنه أن يلحقه التقدير *،

← إذا اختلفت، أو اتّفقت ولم تكن مقدّرة بأحد الأمرين أو الثلاثة؛ لإطلاق الأدلة، وفي خبر وهب: «لابأس بالسلف ما يوزن فيما يكال وما يكال فيما يوزن».

وذهب ابن أبي عقيل إلىٰ أنّه لايجوز السلم إلّا بالعين والورق، ولايجوز بالمتاع.

وحكي عن أبي علي من أنّه لايسلم في نوع من المأكول نوعاً منه، إذا اتفق جنسهما في الكيل والوزن والعدد، وإن اختلفت اسماؤها كالسمن بالزيت، لأنّه كالصرف نسيئة.

(جواهر الكلام ٢٤: ٢٧٣، مسالك الأفهام ٣: ٤٠٦).

* لا خلاف بين الإماميّة أنّ من شرائط السلم تقدير المبيع المسلم فيه والثمن بالكيل أو الوزن فيما يكال أو يوزن، وفيما لاينضبط بيعه سلفاً إلّا بهما وإن جاز بيعه جزافاً؛ كالحطب والحجارة، بل بلا خلاف فيه فتوى ونصّاً.

واستناداً في الأول إلىٰ ما دلّ عليه في مطلق البيع من حديث النهي عن بيع الغرر والمجازفة، وإلىٰ ما دلّ عليه بالخصوص من الأخبار:

منها: ما رواه الحلبي في الصحيح قال: سألت أبا عبدالله ﷺ عن السلف في الطعام بكيل معلوم، قال: «لا بأس به».

ومنها: ما رواه غياث بن إبراهيم عن أبي عبدالله ﷺ قال: قال أمير المؤمنين ﷺ: «لابأس بالسلف بكيل معلوم إلى أجل معلوم، لايسلم إلى ديّاس ولا إلى حصّاد».

ويدلّ على الثاني لزوم الغرر من دون الكيل والوزن وإن اندفع بالمشاهدة في غير السلف.

ولايكفي التقدير بالعدد إجماعاً في المعتبر بأحد التقديرين (وهما الكيل والوزن).

وأمّا السلف في المعدود فقد اختلف فيه الإماميّة، فقيل بعدم الجواز فيه وهو ←

أو منضبطاً بالصفة * إن كان ممّا المقصود منه الصفة[1].

← للشيخ الطوسي وجماعة، وذلك لعدم ارتفاع الغرر به؛ لكثرة اختلاف المعدود في الكبير والصغير وغيرهما، فلا يحصل العلم بقدره بغير الوزن.

وقيل بالتفصيل، بعدم الجواز في ذلك في مثل الرمان لحصول التفاوت بين أفراده، وجواز ذلك في مثل الجوز واللوز والبيض لعدم التفاوت في بعضٍ وقلّته في آخر بحيث يتسامح به.

وأمّا السلف في المذروع فالذي عليه فقهاء الإماميّة أنّه يعتبر في مثل الثوب ضبطه بالذرع وإن جاز بيعه مع المشاهدة بدون الذرع؛ لانتفاء الغرر بالمشاهدة.

وأمّا السلف في الذي يباع جزافاً فقد صرّحوا بوجوب تقديره ـ في السلم ـ بالكيل والوزن؛ لعدم المشاهدة الرافعة للغرر فيه. (جامع المقاصد ٤: ٢٢٤، مسالك الأفهام ٣: ٤١٣، الحدائق الناضرة ٢٠: ٢٠ ـ ٢١، مفتاح الكرامة ٩: ٧٨١ ـ ٧٨٣، رياض المسائل ٨: ٤٤٣ ـ ٤٤٥، جواهر الكلام ٢٤: ٢٩٦ ـ ٢٩٨).

* أجمعت الإماميّة على اعتبار ذكر الجنس والوصف شرطاً من شروط السلم، والمراد بالجنس الحقيقة النوعية كالحنطة والشعير، وبالوصف الفارق بين أصناف ذلك النوع، وضابطه: أنّه كلّما يختلف الثمن لأجله اختلافاً لايتسامح بمثله في السلم، فاللازم ذكره، لا مطلق الوصف، والمرجع في ذلك إلى العرف، وعليه فلو أخلّ بهما أو بأحدهما بطل العقد.

والوجه في ذلك ـ مضافاً إلى لزوم الغرر المنفي لو لم يذكر الوصف ـ الأخبار الواردة في المقام:

منها: ما رواه معاوية بن عمار عن أبي عبدالله عليه السلام: قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: «لابأس بالسلم في المتاع إذا سمّيت الطول والعرض». ←

---

١. الافصاح ١: ٣٠٣، الوجيز ١: ١٥٥، المقدّمات الممهدّات ٢: ٢٦، بدائع الصنائع ٧: ١٢٥، ١٢٧، الاجماع لابن المنذر ١٦٢.

ومنها: أن يكون موجوداً عند حلول الأجل[١]. ومنها: أن يكون الثمن غير مؤجّل أجلاً بعيداً[٢] لئلّا يكون من باب الكالئ بالكالئ[٣]، هذا في الجملة.

واختلفوا في اشتراط اليومين والثلاثة في تأخير نقد الثمن بعد اتّفاقهم علىٰ أن لايجوز في المدة الكثيرة ولا مطلقاً، فأجاز مالك اشتراط تأخير اليومين والثلاثة، وكذلك أجاز تأخيره بلا شرط[٤] وذهب أبو حنيفة والشافعي إلىٰ أنّ من شرطه التقابض في المجلس * كالصرف[٥]، فهذه ستّة متّفق عليها.

واختلفوا في أربعة: أحدها: الأجل، هل هو شرط فيه أم لا؟ والثاني: هل من شرطه أن يكون جنس المسلَم فيه موجوداً في حال عقد السلم أم لا؟ والثالث: اشتراط مكان دفع

← ومنها: ما رواه زرارة في الصحيح عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «لابأس بالسلم في الحيوان إذا وصفت أسنانها». (مسالك الأفهام ٣: ٤٠٦، الحدائق الناضرة ٢٠: ٤، مفتاح الكرامة ٩: ٧٦٣، رياض المسائل ٨: ٤٣٧ـ٤٣٨، جواهر الكلام ٢٤: ٢٧٤ ـ ٢٧٦).

* المشهور عند فقهاء الإماميّة علىٰ أنّ قبض رأس المال قبل التفرق شرط في صحة السلم، ولو افترقا قبله بطل.

واحتجّوا له ـ مضافاً إلى الاجماع ـ بالأصل، أي بالأصل في بقاء الملك على بائعه، وعدم انتقاله عنه إلّا بسبب شرعي، ولم يثبت ما تعاقدا عليه مع عدم القبض سبباً، وبأنّه مع عدم القبض يصير بيع دين بدين. (مختلف الشيعة ٥: ١٤٨ ـ ١٤٩، مسالك الأفهام ٣: ٤١٢، رياض المسائل ٨: ٤٤١، جواهر الكلام ٢٤: ٢٨٩، تذكرة الفقهاء ١١: ٣٣٥).

---

١. بدائع الصنائع ٧: ١٣٩، المعونة ٢: ٩٨٤، الاستذكار ٢٠: ٢١، التهذيب للبغوي ٣: ٥٧٠، الوجيز ١: ١٥٥.

٢. الوجيز ١: ١٥٤، الاجماع لابن المنذر: ١٦٢، المدونة الكبرىٰ ٤: ٣٨.

٣. بدائع الصنائع ٧: ١١٣ ـ ١١٤، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٣٧، البيان والتحصيل ٧: ٢٠٣، المقدّمات الممهدّات ٢: ٢٨.

٤. الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٣٧، المقدّمات الممهدّات ٢: ٢٨.

٥. بدائع الصنائع ٧: ١١٣، المحيط البرهاني ٧: ٧٣، البيان للعمراني ٥: ٣٩٧.

المسلَم فيه. والرابع: أن يكون الثمن مقدّراً: إمّا مكيلاً وإمّا موزوناً وإمّا معدوداً، وأن لا يكون جُزافاً.

فأمّا الأجل فإنّ أبا حنيفة هو عنده شرط صحة بلا خلاف عنه في ذلك[1]، وأمّا مالك فالظاهر من مذهبه والمشهور عنه: أنّه من شرط السلم[2]، وقد قيل: إنّه يتخرَّج من بعض الروايات عنه جواز السلم الحالّ[3]*. وأمّا اللَّخْمي فإنّه فصَّل الأمر في ذلك فقال: إنّ

---

* اختلفت الإماميّة في اشتراط الأجل في السلم وعدمه علىٰ قولين: فذهب جماعة -بل دعوىٰ الإجماع عليه- إلىٰ الأول، وذلك لعدّة أمور:

الأول: ذكر الأجل في جملة من الأخبار، منها: خبر سماعة قال: سألته عن السلم، وهو السلف في الحرير والمتاع الذي يصنع في البلد الذي أنت فيه، قال: «نعم، إذا كان إلىٰ أجلٍ معلوم».

الثاني: أنّ الحلول يخرجه عن اسمه ومعناه، فإنّه سمّي سَلَماً وسلفاً؛ لتعجيل أحد الطرفين وتأجيل الآخر، ومعناه: وضع للرفق، والرفق لا يحصل إلّا بالأجل.

الثالث: انسباق التأخير فيه، منه.

وذهب آخرون إلىٰ الثاني، وذلك:

أولاً: لأصالة عدم اعتبار ذكر المدّة.

ثانياً: إطلاقات جملة من الأدلّة، وما ذكر فيه الأجل إنّما هو من باب الغالب لا التقوّم الذاتي.

ثالثاً: عدم وجود المانع فإنّ أدلّة الفريق الأول كلّها قابلة للنقاش. (تذكرة الفقهاء ١١: ٢٦٢ ـ ٢٦٣، جواهر الكلام ٢٤: ٢٩٩ ـ ٣٠١، مهذب الاحكام ١٨: ٣٢ـ٣٤، فقه الصادق ١٨: ٢٧٧ ـ ٢٨٠).

---

١. بدائع الصنائع ٧: ١٤١، مختصر القدوري: ٨٨، المحيط البرهاني ٧: ٧٠.

٢. المعونة ٢: ٩٨٣، عقد الجواهر الثمينة ٢: ٧٥٢، المقدّمات الممهّدات ٢: ٢٦، المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٩٧.

٣. البيان والتحصيل ٧: ٢٠٣، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٣٧ ـ ٣٣٨، المقدّمات الممهّدات ٢: ٢٩، المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٩٧.

السلَم في المذهب يكون على ضربين: سلَم حال وهو الذي يكون من شأنه بيع تلك السلعة، وسلم مؤجّل وهو الذي يكون ممّن ليس من شأنه بيع تلك السلعة[١].

وعمدة من اشترط الأجل شيئان: ظاهر حديث ابن عباس[٢و٣] والثاني: أنّه إذا لم يشترط فيه الأجل كان من باب بيع ماليس عند البائع المنهيّ عنه[٤و٥]. وعمدة الشافعي: أنّه إذا جاز مع الأجل فهو حالّاً أجوز؛ لأنّه أقلّ غرراً[٦]، وربّما استدلّت الشافعية بما روي: أنّ النبي ﷺ اشترىٰ جملاً من أعرابي بوسْق تمر، فلمّا دخل البيت لم يجد التمر، فاستقرض النبيُّ ﷺ تمراً وأعطاه إياه[٧]. قالوا: فهذا هو شراء حالّ بتمر في الذمة[٨]. وللمالكية من طريق المعنىٰ: أنّ السلَم إنّما جُوِّز لموضِع الارتفاق، ولأنّ المسلف يرغب في تقديم الثمن لاسترخاص المسلَم فيه، والمسلَم إليه يرغب فيه لموضع النسيئة، وإذا لم يُشترط الأجل زال هذا المعنىٰ[٩].

واختلفوا في الأجل في موضعين: أحدهما: هل يقدّر بغير الأيام والشهور، مثل: الجَذاذ والقِطاف والحصاد والموسم[١٠]؟ والثاني: في مقداره من الأيام*.

---

* المشهور من مذهب الإماميّة أنّه لا ضابط للأجل قلّةً وكثرةً، ولايتقدّر الأجل في طرف القلّة ولا في طرف الكثرة، بل مهما اتّفقا عليه من الأجل القليل أو ←

---

١. أورده القرافي في الذخيرة ٥: ٢٥٣.

٢. صحيح البخاري ٣: ١٧٥، كتاب السلم، باب السلم في وزن معلوم، الحديث ٢.

٣. بدائع الصنائع ٧: ١٤٤، الهداية للمرغيناني ٣: ٨٠ ـ ٨١.

٤. تقدَّم تخريجه في باب: بيان ما يشترط فيه القبض من المبيعات.

٥. عقد الجواهر الثمينة ٢: ٧٥٢، بدائع الصنائع ٧: ١٤٥، المقدّمات الممهّدات ٢: ٢٩.

٦. الأُم ٣: ١١٩، البيان للعمراني ٥: ٣٦٤، التهذيب للبغوي ٣: ٥٧٠.

٧. المستدرك ٢: ٣٢، كتاب البيوع، باب من طلب حقّاً فليطلب في عفاف، السنن الكبرىٰ للبيهقي ٦: ٢٠، كتاب البيوع، باب جواز السلم الحال.

٨. أنظر: الحاوي الكبير ٥: ٣٨٩.

٩. الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٥٦٧، المعونة ٢: ٩٨٨.

١٠. المدونة الكبرىٰ ٤: ١٥٨، المغني لابن قدامة ٤: ٣٥٦.

وتحصيل مذهب مالك في مقداره من الأيام: أنّ المسلَم فيه علىٰ ضربين: ضرب يُقتضىٰ بالبلد المسلَم فيه، وضرب يُقتضىٰ بغير البلد الذي وقع فيه السلم[1].

فإن اقتضاه في البلد المسلَم فيه، فقال ابن القاسم: إنّ المعتبر في ذلك أجل تختلف فيه الأسواق، وذلك خمسة عشر يوماً أو نحوها.

وروىٰ ابن وهب عن مالك أنّه يُجَوِّز اليومين والثلاثة. وقال ابن عبدالحكم: لابأس به إلى اليوم الواحد[2].

وأمّا ما يُقتضىٰ ببلد آخر، فإنّ الأجل عندهم فيه هو قطع المسافة التي بين البلدين، قلّت

← الكثير بشرط كونه معيّناً غير مجهول.

خلافاً لما حكي عن ابن الجنيد، حيث قال: البيع المضمون إلىٰ أجل يتأخّر تسليمه إلىٰ ثلاثة أيام فصاعداً من وقت الصفقة، وهو السلم.

احتجّ للمشهور:

أولاً: بأنّ الأصل جواز اشتراط الأقلّ، وعموم الآية يدلّ عليه.

وثانياً: أنّ الأخبار الصحاح نطقت بالجواز مع ذكر الأجل المعلوم، من دون تقييد بقليل وكثير، فيصحّ معهما بالإطلاق.

وثالثاً: أنّ التأجيل إنّما اعتبر لأنّ المسلم فيه معدوم في الأصل؛ لكون السلم إنّما يثبت رخصة في حقّ المفاليس، فلابد من الأجل ليحصل فيسلّم، وهذا يتحقّق بأقلّ مدّة يتصوّر تحصيله فيها.

واحتجّ لابن الجنيد: بأنّ الأجل لابدّ أن يكون له وقع في الثمن، وأقلّه ثلاثة أيام.

وردّ: بمنع المقدّمتين. (الخلاف ٣: ١٩٦، تذكرة الفقهاء ١١: ٢٧٣، مختلف الشيعة ٥: ١٣٥ ـ ١٣٦).

---

١. المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٩٧، عقد الجواهر الثمينة ٢: ٧٥٢ ـ ٧٥٣.

٢. المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٩٧، المقدّمات الممهّدات ٢: ٢٨ ـ ٢٩، الكافي في فقه أهل المدينة ٣٣٧ ـ ٣٣٨، عقد الجواهر الثمينة ٢: ٧٥٢ ـ ٧٥٣.

أو كثرت[١]. وقال أبو حنيفة: لايكون أقلّ من ثلاثة أيام[٢].

فمن جعل الأجل شرطاً غير معلّل اشترط منه أقلّ ما ينطلق عليه الاسم، ومن جعله شرطاً معلّلاً باختلاف الأسواق اشترط من الأيام ما تختلف فيه الأسواق غالباً.

وأمّا الأجل إلىٰ الجذاذ والحصاد وما أشبه ذلك فأجازه مالك[٣] ومنعه أبو حنيفة والشافعي[٤]*. فمن رأىٰ أنّ الاختلاف الذي يكون في أمثال هذه الآجال يسير أجاز ذلك،

---

* لا خلاف عند الإماميّة ـ بل دعوىٰ الإجماع عليه ـ في تعيين الأجل المشترط بما يرفع احتمال الزيادة والنقصان في السلم، فلو ذكرا أجلاً مجهولاً يحتمل الزيادة والنقصان، كقدوم الحاجّ أو الدياس أو الحصاد كان باطلاً؛ لأنّ الأجل إذا كان مجهولاً تعذّر القبض والمطالبة، فلم يصحّ. ويدلّ عليه أيضاً ـ بالاضافة إلىٰ نفي الغرر ـ النصوص المستفيضة في المقام:

منها: ما رواه غياث بن إبراهيم عن أبي عبدالله عليه السلام عن أبيه عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: «لابأس بالسلف بكيل معلوم إلى أجل معلوم، لايسلم إلى دياس ولا إلى حصّاد».

ومنها: ما رواه الحلبي قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن السلف في الطعام بكيل معلوم، قال: «لابأس به».

ومنها: ما رواه عبدالله بن سنان وإبراهيم بن هاشم عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: سألته عن الرجل يسلم في غير زرع ولا نخل، قال: «يسمّي كيلاً معلوماً إلى أجل معلوم...» الحديث. (الخلاف ٣: ٢٠١ ـ ٢٠٢، تذكرة الفقهاء ١١: ٢٦٦، مسالك الأفهام ٣: ٤١٤، الحدائق الناضرة ٢٠: ٢٣، رياض المسائل ٨: ٤٤٥، جواهر الكلام ٢٤: ٢٩٩).

---

١. المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٩٨، عقد الجواهر الثمينة ٢: ٧٥٣.

٢. مختصر اختلاف العلماء ٣: ٦، الهداية للمرغيناني ٣: ٨١، النتف في الفتاوىٰ ١: ٤٥٩.

٣. المدوّنة الكبرىٰ ٤: ١٥٨، المعونة ٢: ٩٨٩.

٤. الأُم ٣: ١١٩، مختصر اختلاف العلماء ٣: ٢١، حلية العلماء ٤: ٣٧٢ ـ ٣٧٣.

إذ الغرر اليسير معفوّ عنه في الشرع، وشَبَّهه بالاختلاف الذي يكون في الشهور من قِبَل الزيادة والنقصان[١]، ومن رأىٰ أنّه كثير، وأنّه أكثر من الاختلاف الذي يكون من قِبَل نقصان الشهور وكمالها لم يُجِزه[٢].

وأمّا اختلافهم في هل من شرط السلم أنْ يكون جنسُ المسلَم فيه موجوداً في حين عقد السلم، فإنّ مالكاً والشافعي وأحمدَ وإسحاق وأبا ثور لم يشترطوا ذلك وقالوا: يجوز السلم في غير وقت ابّانه[٣]*. وقال أبو حنيفة وأصحابه والثوري والأوزاعي: لايجوز السلَم

---

* المشهور بين الإماميّة ـ بل لايكاد يعرف لهم مخالف ـ اشتراط كون المسلم فيه موجوداً في الغالب وبحسب العادة، وقت الحلول ولو كان معدوماً وقت العقد ـ وادّعى الشيخ الطوسي في الخلاف الإجماع عليه، علىٰ أن يكون مأمون الانقطاع في وقت المحلّ ـ لصدق القدرة على التسليم بذلك، إذ العاديات بمنزلة الموجودات، فلا تقدح المعدومية وقت العقد وإن كان مقتضىٰ الاستصحاب بقاؤها، بل الظاهر أنّ ذلك ليس من ملك المعدوم في شيء، ضرورة أن الحاصل بالعقد أنّه يملك عليه ذلك.

وفي التذكرة أنّ هذا الشرط ليس من خواصّ السلم، بل هو شرط في كلّ مبيع، وإنّما تعتبر القدرة على التسليم، عند وجوب التسليم، سواء كان المبيع حالاً أو مؤجّلاً.

والحاصل: أنّ الشرط هو تحقّق وجوده عادةً عند الأجل بحيث يقدر على تسليمه.

قال في الجواهر: لاريب في اعتبار هذا الشرط؛ بناءً على ذلك، إذ صحيح عبدالرحمان بن الحجاج والإجماع بقسميه وأدلّة الغرر وغيرها حجّة عليه، أمّا إذا أُريد منه أمر زائد على ما في البيع، كما عساه يوهمه ظاهر بعض العبارات، وبعض الفروع المذكورة، فلا أجد دليلاً عليه، بل إطلاق الأدلّة يقتضي بخلافه. ←

---

١. المعونة ٢: ٩٨٩، المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٩٨.

٢. الأُم ٣: ١١٩، مختصر اختلاف العلماء ٣: ٢٣.

٣. المعونة ٢: ٩٩٠، المغني لابن قدامة ٤: ٣٦٠ ـ ٣٦١، عيون المجالس ٣: ١٥٠٧، البيان للعمراني ٥: ٣٦٥.

إلّا في إبّان الشيء المسلَم فيه[١].

فحجّة مَن لم يشترط الإبان: ما ورد في حديث ابن عباس: «أنّ الناس كانوا يسلمون في التمر السنتين والثلاث»[٢] فأُقرّوا علىٰ ذلك ولم يُنهوا عنه[٣]. وعمدة الحنفية: ما روي من حديث ابن عمر: أنّ النبي ﷺ قال: «لاتسلموا في النخل حتّى يبدو صلاحها»[٤و٥] وكأنّهم رأوا أنّ الغرر يكون فيه أكثر إذا لم يكن موجوداً في حال العقد، وكأنّه يشبه بيعَ ما لم يُخلق أكثر وإن كان ذلك معيّناً وهذا في الذمة، وبهذا فارق السلَمُ بيع ما لم يُخلق.

وأمّا الشرط الثالث، وهو مكان القبض *، فإنّ أبا حنيفة اشترطه تشبيهاً بالزمان[٦]

← وقد روى عبدالرحمان بن الحجاج عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «لابأس بأن يشتري الطعام وليس هو عند صاحبه إلى أجلٍ، وحالاً لايسمّي أجلاً، إلّا أن يكون بيعاً لايوجد، مثل العنب والبطيخ وشبهه في غير زمانه، فلاينبغي شراء ذلك حالاً». (الخلاف ٣: ١٩٥، تذكرة الفقهاء ١١: ٣١٩، مسالك الأفهام ٣: ٤١٥ ـ ٤١٦، الحدائق الناضرة ٢٠: ٢٩ ـ ٣٠، رياض المسائل ٨: ٤٤٦، جواهر الكلام ٢٤: ٣٠٤ ـ ٣٠٧).

* اختلف فقهاء الإماميّة في ذكر موضع التسليم، هل هو شرط في صحة السلم أو لا؟ على أقوال:

أحدها: عدم الاشتراط مطلقاً، وهو مختار الشيخ الطوسي في النهاية، والمحقّق في الشرائع، وجماعة، بل عزي إلى المشهور. ←

---

١. مختصر القدوري: ٨٨، الفقه النافع ٣: ١٠٦٦، عيون المجالس ٣: ١٥٠٧ ـ ١٥٠٨.

٢. تقدّم تخريجه.

٣. المغني لابن قدامة ٤: ٣٦١، البيان للعمراني ٥: ٣٦٥، التهذيب للبغوي ٣٠: ٥٧٥.

٤. سنن أبي داود ٣: ٢٧٦، كتاب البيوع، باب في السلم في ثمرة بعينها، الحديث ٣٤٦٧، سنن ابن ماجة ٢: ٧٦٧، كتاب التجارات، باب السلم في نخل بعينه لم يطلع، الحديث ٢٢٨٤.

٥. المبسوط للسرخسي ١٢: ١٦٠، الهداية للمرغيناني ٣: ٨٠.

٦. مختصر اختلاف العلماء ٣: ٥، الهداية للمرغيناني ٣: ٨١ ـ ٨٢، النتف في الفتاوىٰ ١: ٤٥٩. اشترطه هؤلاء في تعيين المكان فيما إذا كان للسلم حمل ومؤونة.

← واستدلّوا عليه بأصالة البراءة من الاشتراط، وإطلاق الأوامر بالوفاء بالعقود وحلّ البيع، وبالإجماع على عدم اشتراطه في باقي أنواع البيوع.

وثانيها: اشتراطه مطلقاً، وهو مختار عليه الشيخ الطوسي في الخلاف، وتبعه جماعة، واستقربه الشهيد الأول.

ووجّهوه: بأنّ مكان التسليم ممّا تختلف فيه الأغراض، ويختلف باختلافه الثمن والرغبات، فإنّه قد يكون بعيداً من المشتري ولا يرغب في تكثير الثمن ولا في الشراء في بعض الوجوه، وقد يكون قريباً فينعكس الحكم، وكذا القول في البائع.

وبأنّ المطالبة بالمبيع فرع ثبوته في الذمة واستحقاق المطالبة به، وذلك في السلم المؤجّل غير معلوم؛ لأنّه إنّما يكون عند الحلول، ولا يعلم في أيّ مكان تحقّق الحلول على البائع.

وثالثها: التفصيل بين ما كان في حمله مؤونة فيجب تعيين محلّه، وإلّا فلا، وهو مختار الشيخ في المبسوط وابن حمزة. ووجهه يعلم ممّا تقدم، فإنّ الأغراض إنّما تختلف في محلٍّ يفتقر إلى المؤونة، أمّا غيره فلا.

ورابعها: أنّهما إن كانا في برية أو بلد غربة قصدهما مفارقته اشترط تعيينه، وإلّا، فلا وهو اختيار العلّامة في القواعد والمختلف.

ووجهه: أنّه متى كان البلد كذلك لم يمكن التسليم في مكان العقد، وليس أحد الأمكنة أولى من الآخر، فيفضي إلى التنازع؛ لجهالته، بخلاف ما إذا كانا في بلد يجتمعان فيه، فإنّ إطلاق العقد يقتضي التسليم في بلده.

وخامسها: إن كان لحمله مؤونة أو لم يكن المحلّ صالحاً؛ كالغربة، اشترط تعيينه، وإلّا فلا، وهو خيرة العلّامة في التذكرة.

ووجهه مركّب من القولين السابقين. ←

ولم يشترطه غيرُه، وهم الأكثر[١]، وقال القاضي أبو محمد: الأفضل اشتراطه[٢]، وقال ابن المواز: ليس يحتاج إلى ذلك[٣].

وأمّا الشرط الرابع، وهو أن يكون الثمن مقدّراً، مكيلاً أو موزوناً، أو معدوداً أو مذروعاً، لا جزافاً، فاشترط ذلك أبو حنيفة[٤]*.

← قال في المسالك: ولكلّ من الأقوال وجه، إلّا أنّ الأخير يضعّف السابقين عليه، ويبقى الاشكال في ترجيح أحد الثلاثة، فأصالة البراءة وحمل الإطلاق في نظائره على موضع العقد يرجّح الأول، واختلاف الأغراض وعدم الدليل على تعيين موضع العقد في المتنازع يؤيّد الثاني. ووجه الأخير ظاهر، ولاريب أنّ التعيين مطلقاً أولى، ثم تردّد في ترجيح أحدها.

وضعّف في الجواهر القول الثاني والقول الثالث والرابع وما بعده. (الخلاف ٣: ٢٠٢، مختلف الشيعة ٥: ١٥٠، مسالك الأفهام ٣: ٤٢١ ـ ٤٢٣، الحدائق الناضرة ٢٠: ٣١ ـ ٣٥، جواهر الكلام ٢٤: ٣١٧ ـ ٣١٩).

* المشهور عند الإماميّة: أن يكون الثمن ـ في السلم ـ مقدّراً بالكيل أو الوزن إذا كان لاينضبط إلّا بهما، فلايكفي مجهولاً؛ كقبضة من درهم، وصبرة من طعام، ولايجوز الاقتصار علىٰ مشاهدته إذا كان ممّا يكال أو يوزن.

واستدلّ لهم بعدّة أدلّة:

أولاً: أنّه غرر فيكون منهياً عنه؛ لأنّ النبي ﷺ نهىٰ عن الغرر.

ثانياً: ولأنّه عقد لايمكن إتمامه في الحال، ولاتسليم المعقود عليه، ولايؤمن ←

---

١. المعونة ٢: ٩٩٠، الوسيط ٣: ٤٣٥، المغني لابن قدامة ٤: ٣٦٧ ـ ٣٦٨، الافصاح ١: ٣٠٣، البيان للعمراني ٥: ٣٩٦.

٢. المعونة ٢: ٩٨٤، ٩٩٠، المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٩٩.

٣. النوادر والزيادات ٦: ٦٨، المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٩٩.

٤. مختصر القدوري: ٨٨، تحفة الفقهاء ٢: ٩، المحيط البرهاني ٧: ٧٣.

ولم يشترطه الشافعي[١] ولا صاحبا أبي حنيفة: أبو يوسف ومحمد[٢]، وقالوا: وليس يحفظ عن مالك في ذلك نصّ، إلّا أنّه يجوز عنده بيع الجزاف. إلّا فيما يَعظُم الغرر فيه علىٰ ما تقدّم من مذهبه[٣].

← انفساخه، فوجب معرفة مقدار رأس المال ليرّد بدله.

ثالثاً: ولأنّه لولاه لأفضىٰ إلى التنازع، والشارع أرشد إلى المصالح النافية للتنازع؛ كالشهادة وغيرها، ومعلوم أنّ الضرر الناشئ من تجهيل الثمن أشدّ من ضرر ترك الشهادة.

رابعاً: ولأنّه لايؤمن أن يظهر بعض الثمن مستحقّاً فينفسخ العقد في قدره، فلايدرىٰ في كم بقي وكم انفسخ.

خامساً: وللأخبار، منها: صحيح الحلبي قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن السلف في الطعام بكيل معلوم قال: «لابأس به».

وأمّا إذا كان من المذروعات: فذهب جماعة إلى اشتراط ذرعه، وتنظّر فيه آخرون، وقطع في (ايضاح النافع) بعدم ذرعه.

وأمّا إذا كان ممّا يباع جزافاً فلا خلاف في الاكتفاء بالمشاهدة فيه.

وأمّا المعدود فالأشهر ـ بل المشهور ـ أنّه لابد من تقديره بالعدّ، فلايكفي إذا كان مجهولاً؛ كقبضة من دراهم.

وخالف المرتضىٰ في ذلك كلّه؛ واكتفىٰ بالمشاهدة في الثمن مطلقاً، مكيلاً أو موزوناً، أو معدوداً أو مذروعاً. محتجّاً له بما روي عن النبي صلى الله عليه وآله أنّه قال: «من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلىٰ أجل معلوم»، فأذن النبي صلى الله عليه وآله في السلم علىٰ هذه الصفات، ولم يشترط سواها. (رياض المسائل ٨: ٤٤٥، الحدائق الناضرة ٢٠: ٢١ ـ ٢٣، مختلف الشيعة ٥: ١٣٧ ـ ١٣٨، جواهر الكلام ٢٤: ٢٩٩، مفتاح الكرامة ٩: ٧٨٤، التنقيح الرائع ٢: ١٤٤).

---

١. مختصر المزني: ١٠٠، الحاوي الكبير ٥: ٣٩٧، الوسيط ٣: ٤٣٦ ـ ٤٣٧.

٢. تحفة الفقهاء ٢: ٩، مختصر القدوري: ٨٨.

٣. عيون المجالس ٣: ١٥١٠، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٢٦، التفريع ٢: ١٣٠.

وينبغي أن تعلم أنّ التقدير في السلم يكون بالوزن فيما يمكن فيه الوزن، وبالكيل فيما يمكن فيه الكيل، وبالذرع فيما يمكن فيه الذرع، وبالعدد فيما يمكن فيه العدد[١]، وإن لم يكن فيه أحد هذه التقديرات انضبط بالصفات المقصودة من الجنس مع ذكر الجنس إن كان أنواعاً مختلفة، أو مع تركه إن كان نوعاً واحداً[٢]. ولم يختلفوا أنّ السلَم لايكون إلّا في الذمة، وأنّه لايكون في معيّن[٣]*، وأجاز مالك السلَم في قرية معيّنة إذا كانت مأمونة، وكأنّه رآها مثل الذمة[٤].

---

* الظاهر إجماع الإماميّة علىٰ أنّه يشترط في المُسْلَم فيه أن يكون ديناً، لأنّ لفظ السَّلَم والسلف موضوع للدَّيْن، فلو قال: بعتك هذه السلعة سَلَماً، وهي مشاهدة، لم يصحّ؛ لاختلال اللفظ.

وعبّر عنه الأكثر؛ بأنّ السلف لايكون إلّا في الذمة، ولايكون في العين. (تذكرة الفقهاء ١١: ٣١٨، مفتاح الكرامة ٩: ٧٥٨، ٧٩١، فقه الصادق ١٨: ٢٦٣، مجمع الفائدة والبرهان ١١: ٢٨٤، مختلف الشيعة ٥: ١٣٤).

---

١. القبس لابن العربي ٣: ٢٧١، المقدّمات الممهّدات ٢: ٢٦، المهذّب للشيرازي ٣: ١٦٩، بدائع الصنائع ٧: ١٢٥، المغني لابن قدامة ٤: ٣٥١.

٢. الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٣٨، المهذّب للشيرازي ٣: ١٧٠، بدائع الصنائع ٧: ١٢٥، المغني لابن قدامة ٤: ٣٤٣.

٣. المدونة الكبرىٰ ٤: ٢٧، الوجيز ١: ١٥٤، الاستذكار ٢٠: ٢٣، المعونة ٢: ٩٨٣، الكافي لابن قدامة ٢: ٦٢، وانظر: بدائع الصنائع ٧: ١٤٠.

٤. المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٨، المعونة ٢: ٩٩٤، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٣٨، التفريع ٢: ١٣٨.

الباب الثاني

فيما يجوز أن يقتضيَ من المسلَم إليه بدلَ ما انعقد عليه السلم، وما يعرض في ذلك من الإقالة والتعجيل والتأخير. وفي هذا الباب فروع كثيرة، لكن نذكر منها المشهور:

مسألة: اختلف العلماء في من أسلم في شيء من الثمر، فلمّا حلّ الأجل تعذّر تسليمُه، حتىٰ عُدِم ذلك المسلَمُ فيه، وخرج زمانه، فقال الجمهور: إذا وقع ذلك كان المسلِم بالخيار بين أن يأخذ الثمن أو يصبر إلى العام * القابل، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وابن القاسم[1].

---

* المشهور عند الإماميّة ـ وربّما أشعر عبارة المختلف والدروس بالاجماع عليه ـ أنّه إذا حلّ الأجل، وكان المسلم فيه منقطعاً لآفة ونحوها، فتعذّر تسليمه لعارض، ثم طالب المشتري بعد ذلك، كان بالخيار بين الفسخ وبين الصبر إلى وقت إمكان وجوده.

ويدلّ عليه: النصوص المستفيضة التي هي بين صريحة في المطلوب، كموثّق عبدالله بن بكير عن أبي عبدالله عليه السلام: عن رجل أسلفه في شيء يسلف الناس فيه من الثمار، فذهب زمانها ولم يستوف سلفه، قال: «فليأخذ رأس ماله أو لينظره»، وبين ظاهرة فيه؛ كالصحاح الواردة في بيع السلف بعد حلول الأجل.

ولأنّ البائع شرط الاستيفاء في وقت بعينه، وقد تعذّر الإيفاء، فكان له الفسخ إذا لم يأت بالمبيع على وصفه، وقد ثبت أنّه متى لم يأت بالموصوف كان له الفسخ. ←

---

١. المدوّنة الكبرىٰ ٤: ١١ ـ ١٢، الأُم ٣: ١٦٤، المقدّمات الممهّدات ٢: ٢٤ ـ ٢٥، بدائع الصنائع ٧: ١٣٩، المغني لابن قدامة ٤: ٣٦١، الاستذكار ١٩: ١٧٣.

وحجّتهم: أنّ العقد وقع علىٰ موصوف في الذمة، فهو باقٍ علىٰ أصله، وليس من شرط جوازه أن يكون من ثمار هذه السنة، وإنّما هو شيء شَرَطه المسلِم، فهو في ذلك بالخيار[١].

وقال أشهب من أصحاب مالك: ينفسخ السلم ضرورةً، ولايجوز التأخير، وكأنّه رآه من باب الكالئ بالكالئ[٢]، وقال سحنون: ليس له أخذ الثمن، وإنّما له أن يصبر إلى القابل[٣]، واضطرب قول مالك في هذا[٤].

والمعتمد عليه في هذه المسألة ما رآه أبو حنيفة والشافعي وابن القاسم، وهو الذي اختاره أبوبكر الطرطوشي[٥]، والكالئ بالكالئ المنهي عنه إنّما هو المقصود، لا الذي يدخل اضطراراً.

مسألة: اختلف العلماء في بيع المسلَم فيه إذا حان الأجل من المسلَم إليه قبل قبضه *،

← ولأنّها معاوضة لم يَسْلَم فيها أحد العوضين، فيكون الفسخ فيها متطرّقاً كغيرها من المعاوضات.

ولم يُنسب الخلاف إلّا إلىٰ ابن إدريس الحلّي، محتجّاً بأنّ العقد ثابت بالإجماع، وقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، وفسخه يحتاج إلى دليل، وليس في الشرع ما يدلّ عليه. وقد ضعف دليله أكثرُ من واحدٍ. (مختلف الشيعة ٥: ١٤٦ ـ ١٤٨، مسالك الأفهام ٣: ٤٣٠، الحدائق الناضرة ٢٠: ٤٥ ـ ٤٦، رياض المسائل ٨: ٤٥٨ ـ ٤٥٩، جواهر الكلام ٢٤: ٣٣٦ ـ ٣٣٨، فقه الصادق ١٨: ٢٨٣).

* المشهور عند الإماميّة: جواز بيع السلف بعد حلوله وقبل قبضه، على من هو عليه وعلى غيره، مطلقاً بجنس الثمن ومخالفه، بالمساوي له أو بالأقلّ أو بالأكثر، ←

---

١. بدائع الصنائع ٧: ١٣٩، العزيز شرح الوجيز ٤: ٤٠٢.

٢. المقدّمات الممهّدات ٢: ٢٥، الاستذكار ١٩: ١٧٣، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٤٠، عقد الجواهر الثمينة ٢: ٧٥٤.

٣. المصادر السابقة.

٤. المدوّنة الكبرىٰ ٤: ١١ ـ ١٢، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٤٠، المقدّمات الممهّدات ٢: ٢٤ ـ ٢٥، عقد الجواهر الثمينة ٢: ٧٥٤.

٥. لم نعثر عليه.

← ما لم يستلزم الربا، سواء كان المسلم فيه طعاماً أو غيره، مكيلاً أو موزوناً أو معدوداً أو غيره؛ لإطلاق الأدلّة وعمومها، وخصوص مرسل أبان عن الصادق عليه السلام في رجل يسلف الدراهم في الطعام إلى أجل فيحلّ الطعام، فيقول: ليس عندي طعام، ولكن انظر ما قيمته فخذ منّي ثمنه، فقال: «لابأس بذلك».

وموثق ابن فضّال: كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام: الرجل يسلفني الطعام، فيجيء الوقت وليس عندي طعام، أعطيه بقيمته دراهم؟ قال: «نعم».

خلافاً للشيخ الطوسي في التهذيب، فمنع من بيعه بعد الأجل بجنس الثمن مع الزيادة، وتبعه ابن الجنيد وجماعة، بل ادعىٰ في الدروس أنّه مذهب الأكثر، وعن الحلبي دعوى الإجماع عليه، واختاره جمع ممّن تأخّر؛ لكثير من النصوص:

منها: صحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: «**من اشترى طعاماً أو علفاً إلى أجل، فإن لم يجد شرطه وأخذ ورقاً لا محالة قبل أن يأخذ شرطه، فلا يأخذ إلّا رأس ماله، لاتَظلمون ولا تُظلمون**».

ومنها: صحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام أنّه سئل عن الرجل يسلف في الغنم ثنيان وجذعان وغير ذلك إلى أجل مسمّى، قال: «**لابأس إن لم يقدر الذي عليه الغنم على جميع ما عليه: يأخذ صاحب الغنم نصفها أو ثلثها أو ثلثيها، ويأخذ رأس ماله ما بقي من الغنم دراهم**».

وضعّف بأنّ الإجماع المحكي مرهون بمصير أكثر المتأخّرين إلى خلافه.

والمراد من خبر محمد بن قيس بعد الإغضاء عن الاضطراب في متنه، على ما في التهذيب وغيره: أنّ السلم إذا لم يوجد شرطه لآفة في المسلم فيه أو لعدم مطالبته به إلّا بعد انقطاعه، ولم يرد الانتظار إلى زمن حصول شرطه، بل أراد الورق، فليس له أن يأخذ إلّا رأس ماله، لايظلم ولايُظلم، فيفسخ العقد حينئذٍ ويستردّ الثمن. لا أنّ المراد بيعه عليه برأس ماله. ←

فمن العلماء مَن لم يُجِز ذلك أصلاً، وهم القائلون بأنّ كلّ شيء لايجوز بيعه قبل قبضه، وبه قال أبو حنيفة وأحمد وإسحاق[١]. وتمسَّك أحمد وإسحاق في منع هذا بحديث عطية العوفي عن أبي سعيد الخدري قال: قال رسول الله ﷺ: «من أسلم في شيءٍ فلا يصرفه في غيره»[٢ و٣].

وأمّا مالك فإنّه منع شراء المسلَم فيه قبل قبضه في موضعين: **أحدهما**: إذا كان المسلم فيه طعاماً، وذلك بناءً علىٰ مذهبه في أنّ الذي يُشترَط في بيعه القبضُ هو الطعام[٤] على ما جاء عليه النصّ في الحديث[٥]. **والثاني**: إذا لم يكن المسلَم فيه طعاماً فأخذ عوضه المسلِم ما لايجوز أن يسلِم فيه رأسَ ماله، مثل أن يكون المسلَم فيه عرضاً، والثمن عرَضاً مخالفاً له، فيأخذ المسلِم من المسلَم إليه إذا حان الأجل شيئاً من جنس ذلك العَرض الذي هو الثمن، وذلك أنّ هذا يدخله إمّا سلف وزيادة إن كان العرَض المأخوذ أكثر من رأس مال السلم، وإمّا ضمان وسلف إن كان مثلَه أو أقلّ[٦].

وكذلك إن كان رأس مال السلم طعاماً لم يجز أن يأخذ فيه طعاماً آخر أكثر، لا من جنسه

← وأمّا صحيح الحلبي فلا دلالة فيه أصلاً، ضرورة عدم البأس فيما تضمّنه بعد التراضي منهما، مع أنّه لم يعلم أنّ رأس مال المسلم فيه دراهم، ولا تعرض فيه للزيادة والنقيصة. وبالجملة: هو غير ظاهر في إرادة البيع. (مسالك الأفهام ٣: ٤٢٤ ـ ٤٢٥، الحدائق الناضرة ٢٠: ٣٦، رياض المسائل ٨: ٤٤٨ ـ ٤٥٢، جواهر الكلام ٢٤: ٣٢٠ ـ ٣٢٤).

---

١. المبسوط للسرخسي ١٢: ١٩٥، بدائع الصنائع ٧: ١٥٣، الاستذكار ٢٠: ٢٤، المغني لابن قدامة ٤: ٣٧٠.

٢. سنن أبي داود ٣: ٢٧٦، كتاب البيوع، باب السلف لا يحوَّل، الحديث ٣٤٦٨، سنن ابن ماجة ٢: ٧٦٦، كتاب التجارات، باب من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره، الحديث ٢٢٨٣.

٣. الاستذكار ٢٠: ٢٥، المغني لابن قدامة ٤: ٣٧٢، الكافي لابن قدامة ٢: ٦٩.

٤. المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٨٦، ٨٧، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٤٢.

٥. تقدَّم تخريج هذا الحديث في باب بيع الطعام قبل قبضه.

٦. المعونة ٢: ٩٧٢، التفريع ٢: ١٣٣ ـ ١٣٤، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣١٩، ٣٤٢.

ولا من غير جنسه[١]، فإن كان مثلَ طعامه في الجنس والكيل والصفة فيما حكاه عبدالوهاب جاز، لأنّه يحمله علىٰ العروض[٢]. وكذلك يجوز عنده أن يأخذ من الطعام المسلَم فيه طعاماً من صفته وإن كان أقلّ جودةً؛ لأنّه عنده من باب البدل في الدنانير. والإحسان مثل أن يكون له عليه قمح فيأخذَ بمكيلته شعيراً[٣]، وهذا كلّه من شرطه عند مالك أن لايتأخّر القبض؛ لأنّه يدخله الدَّين بالدَّين[٤].

وإن كان رأسُ مال السلم عيناً، وأخذ المسلِم فيه عيناً من جنسه، جاز ما لم يكن أكثر منه، ولم يتّهمه علىٰ بيع العين بالعين نسيئة إذا كان مثله أو أقلّ، وإن أخذ دراهم في دنانير لم يتّهمه علىٰ الصرف المتأخّر، وكذلك إن أخذ فيه دنانير من غير صنف الدنانير التي هي رأس مال السلم[٥].

وأما بيع السلم من غير المسلَم إليه *، فيجوز بكلّ شيء يجوز به التبايع ما لم يكن طعاماً؛ لأنّه يدخله بيع الطعام قبل قبضه[٦].

وأما الإقالة، فمن شرطها عند مالك: أن لايدخلها زيادة ولا نقصان **، فإن دخلها زيادة

---

* لاحظ رأي الإماميّة فيما تقدّم.

** لا خلاف بين الإماميّة ـ إلّا ما يحكىٰ عن الاسكافي ـ في أنّ الإقالة لاتصحّ بزيادة عن الثمن الذي وقع عليه العقد ولا بنقيصة؛ لأنّها فسخ لا بيع، ولخصوص صحيح الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: سألته عن رجل اشترى ثوباً ولم يشترط على صاحبه ←

---

١. المعونة ٢: ٩٦٩، التفريع ٢: ١٣١ ـ ١٣٢، الموطّأ ٢: ٦٤٥.

٢. المعونة ٢: ٩٦٩، وانظر: التفريع ٢: ١٣٥، المنتقىٰ للباجي ٤: ٣٠٣.

٣. الموطّأ ٢: ٦٤٥، المنتقىٰ للباجي ٤: ٣٠٣.

٤. الموطّأ ٢: ٦٦٠، المعونة ٢: ٩٧٢، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٤٢.

٥. انظر: المدوّنة الكبرى ٤: ٨٧ ـ ٨٨.

٦. الموطّأ ٢: ٦٥٨، ٦٦٠، ٦٦١، المدوّنة الكبرى ٤: ٨٦، ٨٧، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣١٩، المقدّمات الممهّدات ٢: ٣٧.

أو نقصان كان بيعاً من البيوع، ودخلها ما يدخل البيوع[١]، أعني: أنّها تفسد عنده بما يُفسد بيوع الآجال، مثل أن يتذرّع إلى بيع وسلف، أو إلىٰ: ضع وتعجّل، أو إلىٰ بيع السلم بما لا يجوز بيعه، مثال ذلك: في دخول بيع وسلف به إذا حلّ الأجل، فأقاله علىٰ أن أخذ البعض وأقال من البعض، فإنّه لايجوز عنده، فإنّه يدخله التذرّع إلىٰ بيع وسلف[٢]، وذلك جائز عند الشافعي وأبي حنيفة[٣]؛ لأنّهما لايقولان بتحريم بيوع الذرائع[٤].

مسألة: اختلف العلماء في الشراء برأس مال السلَم من المسلَم إليه شيئاً بعد الإقالة بما لايجوز قبل الإقالة، فمن العلماء مَن لم يجزه أصلاً، ورأىٰ أنّ الإقالة ذريعةٌ إلىٰ أن يُجَوِّز من ذلك ما لايَجُوز، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه[٥]، ومالك وأصحابه[٦]، إلّا أنّ عند أبي حنيفة

← شيئاً، فكرهه ثم ردّه على صاحبه، فأبىٰ أن يقيله إلّا بوضيعة، قال: «لايصلح له أن يأخذه بوضيعة، فإن جهل فأخذه فباعه بأكثر من ثمنه ردّ على صاحبه الأول ما زاد».

ولا فرق في المنع من الزيادة والنقيصة بين العينية والحكمية، كما صرّح به غير واحد.

وتصحّ الإقالة في جميع ما وقع عليه العقد، وفي بعضه، سلماً كان العقد أو غيره؛ لإطلاق الأدلّة، معتضداً بعدم الخلاف فيه، سوى ما حكاه الشهيد في حواشيه عن ابن المتوّج فيما إذا اتّحد البائع والمشتري والعقد، فإنّ الإقالة لاتصحّ إلّا في الكلّ دون البعض.

وردّوه بأنّ المنقول خلافه، بل ضعفه واضح. (جامع المقاصد ٤: ٤٥٤ ـ ٤٥٥، مسالك الأفهام ٣: ٤٣٧، الحدائق الناضرة ٢٠: ٩١ ـ ٩٢، جواهر الكلام ٢٤: ٣٥٢ ـ ٣٥٦).

---

١. المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٧٠، الموطّأ ٢: ٦٤٤ ـ ٦٤٥، المعونة ٢: ٩٧١.

٢. الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٥٧٠، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٢٤، المقدّمات الممهّدات ٢: ٣٩، وانظر: أحكام الفصول: ٥٦٩.

٣. الأُم ٣: ١٥٨، مختصر اختلاف العلماء ٣: ٢٦، المبسوط للسرخسي ١٢: ١٥٤، حلية العلماء ٤: ٣٨٧.

٤. أنظر: أحكام الفصول: ٥٦٩، المقدّمات الممهّدات ٢: ٣٩.

٥. الجامع الصغير: ٣٢٧، مختصر اختلاف العلماء ٣: ٢٣، الاستذكار ٢٠: ٢٣ ـ ٢٤.

٦. الموطّأ ٢: ٦٤٤، الاستذكار ٢٠: ٢٣ ـ ٢٤.

لايجوز على الإطلاق، إذ كان لايجوز عنده بيع المسلَم فيه قبل القبض على الإطلاق[١]، ومالك يمنع ذلك في المواضع التي يَمنع بيع المسلم فيه قبل القبض، علىٰ ما فصّلناه قبل هذا من مذهبه[٢]، ومن العلماء من أجازه، وبه قال الشافعي والثوري[٣].

وحجّتهم: أنّ بالإقالة قد ملك رأس ماله، فإذا ملكه جاز له أن يشتري به ما أحبّ، والظنّ الرديء بالمسلمين غيرُ جائز، قال: وأمّا حديث أبي سعيد[٤] فإنّه إنّما وقع النهي فيه قبل الإقالة[٥].

مسألة: اختلفوا إذا ندم المبتاع في السلم، فقال للبائع: أقلني وأنظِرُك بالثمن الذي دفعت إليك: فقال مالك وطائفة: ذلك لايجوز[٦]*، وقال قوم: يجوز[٧].

واعتلّ مالك في ذلك مخافة أن يكون المشتري لمّا حلّ له الطعام على البائع أخّره عنه علىٰ أن يقيله، فكان ذلك من باب بيع الطعام إلىٰ أجل قبل أن يُستوفىٰ[٨]، وقوم اعتلّوا لمنع ذلك بأنّه من باب فسخ الدَّين بالدَّين[٩]. والذين رأوه جائزاً، رأوا أنّه من باب المعروف

---

* يتّضح رأي الإماميّة ممّا تقدّم من التصريح بالمنع من الزيادة والنقيصة، وأنّه لا فرق بين العينية والحكمية، فلو أقاله على أن ينظره بالثمن، أو يأخذ الصحاح عوض المكسّر ونحوه، لم يصحّ. (تذكرة الفقهاء ١٢: ١٢٢، مسالك الأفهام ٣: ٤٣٧، الحدائق الناظرة ٢٠: ٩٢، جواهر الكلام ٢٤: ٣٥٤).

---

١. الهداية للمرغيناني ٣: ٨٣، مختصر اختلاف العلماء ٣: ٢٣، الاستذكار ٢٠: ٢٤.

٢. الموطّأ ٢: ٦٤٤، الاستذكار ٢٠: ٢٣.

٣. الاستذكار ٢٠: ٢٥، المهذّب للشيرازي ٣: ١٨١ ـ ١٨٢، مختصر المزني: ١٠٢.

٤. تقدم تخريجه آنفاً.

٥. الاستذكار ٢٠: ٢٥ ـ ٢٦.

٦. الموطّأ ٢: ٦٤٤، الاستذكار ٢٠: ٢٦ ـ ٢٧.

٧. مختصر اختلاف العلماء ٣: ٢٤، الاستذكار ٢٠: ٢٨.

٨. الموطّأ ٢: ٦٤٤، الاستذكار ٢٠: ٢٦ ـ ٢٧.

٩. مختصر اختلاف العلماء ٣: ٢٤، الاستذكار ٢: ٢٨.

والإحسان الذي أمر الله تعالىٰ به، قال رسول الله ﷺ: «من أقال مسلماً صفقته أقال الله عثرته يوم القيامة»[١و٢] و«من أنظر معسراً أظلّه الله في ظلّه يوم لا ظلَّ إلّا ظلُّه»[٣و٤].

مسألة: أجمع العلماء علىٰ أنّه إذا كان لرجل علىٰ رجل دراهم أو دنانير إلىٰ أجل، فدفعها إليه عند محِلّ الأجل وبعده، أنّه يلزمه أخذها[٥]*.

واختلفوا في العُروض المؤجّلة من السلَم وغيره، فقال مالك والجمهور: إنْ أتىٰ بها قبل محِلّ الأجل لم يَلزَم أخذُها[٦]، وقال الشافعي: إن كان ممّا لايتغيّر ولايقصد به النظارة لزمه أخذه؛ كالنحاس والحديد، وإن كان ممّا يُقصد به النظارةُ كالفواكه لم يلزمه[٧]. وأمّا إذا أتىٰ به بعد محلّ الأجل، فاختلف في ذلك أصحاب مالك، فروي عنه أنّه يلزمه قبضه، مثل أن يُسلِم في قطائف الشتاء، فيأتي بها في الصيف[٨]، وقال ابن وهب وجماعة: لايلزمه ذلك[٩].

---

* قال العلّامة في التذكرة: كلّ من عليه حقّ مالي حالّ أو مؤجل وقد حلّ إذا دفعه إلىٰ صاحبه وجب عليه قبوله مطلقاً لأنّ له غرضاً في إبراء ذمّته. وذكر بعض المعاصرين أنّه في الدين المؤجل إذا كان التأجيل حقاً للدائن أو لهما معاً فله الامتناع عن القبول قبل حلول الأجل. (تذكرة الفقهاء ١١: ٣٥٤، منهاج الصالحين للسيد الخوئي ٢: ١٧٠).

---

١. سنن أبي داود ٣: ٢٧٤، كتاب البيوع، باب في فضل الإقالة، الحديث ٣٤٦٠، السنن الكبرىٰ للبيهقي ٦: ٢٧، كتاب البيوع، باب من أقال المسلم إليه بعض السلم وقبض بعضاً.

٢. الاستذكار ٢٠: ٢٨، بدائع الصنائع ٧: ١٥٦.

٣. صحيح مسلم ٤: ٢٣٠٢، كتاب الزهد والرقائق، باب حديث جابر الطويل، الحديث ٣٠٠٦/٧٤، سنن ابن ماجة ٢: ٨٠٨، كتاب الصدقات، باب انظار المعسر، الحديث ٢٤١٩.

٤. الاستذكار ٢٠: ٢٨.

٥. انظر: الاستذكار ٢٠: ٢٧١ ـ ٢٧٢، العزيز شرح الوجيز ٤: ٤٢٦ ـ ٤٢٧.

٦. الموطّأ ٢: ٦٧٤، الاستذكار ٢٠: ٢٧١.

٧. الأُم ٣: ٤٩، التهذيب للبغوي ٣: ٥٨٧، الحاوي الكبير ٥: ٤١٦.

٨. الموطّأ ٢: ٦٧٤، الاستذكار ٢٠: ٢٧٢.

٩. الاستذكار ٢٠: ٢٧٢، المنتقىٰ للباجي ٥: ٧٣، وفي الأول نسبة الحكم بالإلزام لابن وهب.

وحجّة الجمهور: في أنّه لايلزمه قبض العُروض قبل محلّ الأجل من قِبَل أنّه من ضمانه إلىٰ وقت المضروب الذي قصده، ولما عليه من المؤونة في ذلك، وليس كذلك الدنانير والدراهم، إذ لا مؤونة فيها[١]. ومن لم يُلزِمه بعد الأجل فحجّته أنّه رأىٰ أنّ المقصود من العُروض إنّما كان وقتَ الأجل لا غيرَه[٢] وأمّا من أجاز ذلك في الوجهين، أعني: بعد الأجل أو قبله، فشبَّهه بالدنانير والدراهم[٣].

مسألة: اختلف العلماء في من أسلم إلىٰ آخر أو باع منه طعاماً علىٰ مكيلةٍ مَّا، فأخبر البائعُ أو المسلَمُ إليه المشتريَ بكيل الطعام، هل للمشتري أن يقبضه منه دون أن يكيله، وأن يعمل في ذلك علىٰ تصديقه؟ فقال مالك: ذلك جائز في السّلَم وفي البيع بشرط النقد، وإلّا خِيف أن يكون من باب الربا، كأنّه إنّما صدّقه في الكيل لمكان أنّه أنظره بالثمن[٤]. وقال أبو حنيفة والشافعي والثوري والأوزاعي والليث: لايجوز ذلك * حتّىٰ يكيله البائع للمشتري مرة ثانية بعد أن كاله لنفسه بحضرة البائع[٥].

وحجّتهم: أنّه لمّا كان ليس للمشتري أن يبيعه إلّا بعد أن يكيله؛ لم يكن له أن يقبضه إلّا

---

* تقدّم اعتبار الإماميّة في شروط السلم تقدير المسلم فيه بالكيل أو الوزن فيما يكال أو يوزن، قال في الجواهر: بلا خلاف أجده إذاكان من المكيل أو الموزون، بل ولا إشكال؛ ضرورة توقّف المعلومية فيهما عليهما في المشاهد، فضلاً عن الغائب. وفي الحدائق: أنّ المعلومية في المكيل لاتتحقّق إلّا بكيله، وفي الموزون إلّا بوزنه. (الحدائق الناضرة ٢٠: ٢٠ ـ ٢٣، جواهر الكلام ٢٤: ٢٩٦).

---

١. الحاوي الكبير ٥: ٤١٦، الاستذكار ٢٠: ٢٧١ ـ ٢٧٢.

٢. الاستذكار ٢٠: ٢٧٣.

٣. الاستذكار ٢٠: ٢٧١ ـ ٢٧٢، ٢٧٣.

٤. الموطّأ ٢: ٦٧٥، المدونة الكبرىٰ ٤: ٤١، ٩٠، التفريع ٢: ١٣١، المعونة ٢: ٩٧٦.

٥. الاستذكار ٢٠: ٢٧٥، المبسوط للسرخسي ١٢: ١٩٨، الحاوي الكبير ٥: ٢٣٣.

بعد أن يكيله البائع له؛ لأنّه لمّا كان من شرط البيع الكيل، فكذلك القبض[١]. واحتجّوا بما جاء في الحديث: أنّه عليه الصلاة والسلام نهىٰ عن بيع الطعام حتّىٰ يجريَ فيه الصاعان: صاعُ البائع، وصاع المشتري[٢و٣].

واختلفوا إذا هلك الطعام في يد المشتري قبل الكيل فاختلفا في الكيل، فقال الشافعي: القول قول المشتري، وبه قال أبو ثور[٤]. وقال مالك: القول قول البائع؛ لأنّه قد صدّقه المشتري عند قبضه إيّاه[٥]، وهذا مبني عنده علىٰ أنّ البيع يجوز بنفس تصديقه.

---

١. المصادر السابقة.

٢. سنن ابن ماجة ٢: ٧٥٠، كتاب التجارات، باب النهي عن بيع الطعام قبل ما لم يقبض، الحديث ٢٢٢٨.

٣. المبسوط للسرخسي ١٢: ١٩٨.

٤. الاستذكار ٢٠: ٢٧٦، الحاوي الكبير ٥: ٢٣٤.

٥. الاستذكار ٢٠: ٢٧٧، النوادر والزيادات ٦: ٨٠، المنتقىٰ للباجي ٥: ٧٥.

الباب الثالث

في اختلاف المتبايعَين في السَّلَم

والمتبايعان في السلَم: إمّا أن يختلفا في قدر الثمن أو المثمون، وإمّا في جنسهما، وإمّا في الأجل، وإمّا في مكان قبض السلم.

فأمّا اختلافهم في قدر المسلَم فيه *، فالقول فيه قول المسلَم إليه إن أتىٰ بما يُشبه، وإلّا فالقول أيضاً قول المسلِم إن أتىٰ أيضاً بما يشبه، فإن أتيا بما لايُشبه فالقياس أن يتحالفا ويتفاسخا[1]. وأمّا اختلافهم في جنس المسلَم فيه، فالحكم في ذلك التحالف والتفاسخ **، مثلَ أن يقول أحدهما: أسلمت في تمر، ويقول الآخر: في قمح[2].

---

* صرَّح فقهاء الإماميّة أنّه لو اختلفا في قدر المسلم فيه قدّم قول منكر الزيادة في ذلك مع اليمين. (تذكرة الفقهاء ١١: ٣٦١، قواعد الأحكام ٢: ٥٤، جامع المقاصد ٤: ٢٤٦، مفتاح الكرامة ٩: ٨٢٩، جواهر الكلام ٢٤: ٣٣٦).

** ذهبت الإماميّة إلى التحالف والتفاسخ فيما لو اختلفا في جنس المسلَم فيه، كما لو قال أحدهما: في حنطة، وقال الآخر: في شعير، فإنّه يتحالفان وينفسخ العقد، وعلّل ذلك بأنّ كلّ منهما مدّعٍ ومنكر، فيقدّم قول المنكر مع يمينه في الدعويين. (تذكرة الفقهاء ١١: ٣٦١، مفتاح الكرامة ٩: ٨٢٦، جواهر الكلام ٢٤: ٣٣٦).

---

١. المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٤٣، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٤١.

٢. المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٤٣، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٤٠ ـ ٣٤١.

وأمّا اختلافهم في الأجل، فإن كان في حلوله فالقول قول المسلَم إليه[١] *، وإن كان في قدره ** فالقول أيضاً قول المسلَم إليه، إلّا أن يأتي بما لايشبه، مثل أن يدّعي المسلِم وقت إبّان المسلَم فيه، ويدّعي المسلَمُ إليه غير ذلك الوقت، فالقول قول المسلِم[٢].

وأمّا اختلافهم في موضع القبض، فالمشهور أنّ من ادّعىٰ موضع عقد السلَم فالقول قوله، وإن لم يدَّعه واحد منهما فالقول قول المسلَم إليه[٣]. وخالف سحنون في الوجه الأول، فقال: القول قول المسلَم إليه وإن ادّعىٰ القبضَ في موضع العقد. وخالف أبو الفرج في الموضع الثاني، فقال: إذا لم يدّع واحد منهما موضعَ العقد تحالفا وتفاسخا[٤].

وأمّا اختلافهم في الثمن ***، فحكمه حكم اختلاف المتبايعَين قبل القبض. وقد تقدَّم ذلك[٥].

---

* ذهبت الإماميّة إلىٰ تقديم قول المسلم إليه فيما لو اتّفقا على قدر الأجل واختلفا في حلوله، كأن يقول أحدهما: عقدنا في رجب، ويقول الآخر: في شعبان، فالقول قول المسلم إليه في بقاء الأجل مع يمينه، وذلك لأنّه منكر، ولأصالة البقاء، والمسلم يدّعي انقضاءه، والأصل أيضاً عدم العقد في رجب. (تذكرة الفقهاء ١١: ٣٦١، جامع المقاصد ٤: ٢٤٦، مفتاح الكرامة ٩: ٨٢٩ ـ ٨٣٠، جواهر الكلام ٢٤: ٣٣٦).

** لاريب عند الإماميّة في تقديم قول منكر الزيادة مع يمينه فيما لو اختلفا في قدر الأجل. (تذكرة الفقهاء ١١: ٣٦١، جامع المقاصد ٤: ٢٤٦، مفتاح الكرامة ٩: ٨٣٠، جواهر الكلام ٢٤: ٣٣٦).

*** لاريب عند الإماميّة في أنّه لو اختلفا في قدر الثمن فإنّه يقدّم قول منكر الزيادة مع يمينه. (تذكرة الفقهاء ١١: ٣٦١، مفتاح الكرامة ٩: ٨٣٠، جواهر الكلام ٢٤: ٣٣٦).

---

١. المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٤٤ ـ ٤٥، النوادر والزيادات ٦: ٤٢١.

٢. المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٤٥، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٤١.

٣. المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٤٦، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٤١.

٤. لم نعثر عليه.

٥. تقدّم آنفاً في مسألة اختلاف المتبايعين.

كتاب بيع الخيار

كتاب بيع الخيار

والنظر في أصول هذا الباب: أمّا أوّلاً فهل يجوز أم لا؟ وإن جاز؛ فكم مدّة الخيار؟ وهل يشترط النقد فية أم لا؟ وممّن ضمان المبيع في مدّة الخيار؟ وهل يورّث الخيار أم لا؟ ومن يصحّ خياره ممن لايصحّ؟ وما يكون من الأفعال خياراً كالقول؟

أمّا جواز الخيار فعليه الجمهور[1]*، إلّا الثوري وابنَ شُبْرُمة وطائفةً من أهل الظاهر[2].

---

* نصّ بعض فقهاء الإماميّة علىٰ أنّ بيع الخيار فرد من أفراد خيار الشرط؛ فإنّه يضاف إلى البيع ويقال له بيع الخيار ـ وهو أن يبيع شيئاً ويشترط الخيار لنفسه مدّة، بأن يردّ الثمن فيها ويرتجع المبيع ـ وهو جائز بلا خلاف بل أدعي عليه الإجماع.

والأصل فيه ـ بعد الأخبار العامّة المسوّغة لاشتراط كل شرط إلّا ما استثني ـ النصوص المستفيضة، منها: موثّق إسحاق بن عمار، قال: سمعت من يسأل أبا عبدالله عليه السلام يقول وقد سأله رجل مسلم احتاج إلىٰ بيع داره فمشى إلىٰ أخيه فقال له: أبيعك داري هذه ويكون لك أحبّ إليَّ من أن يكون لغيرك علىٰ أن تشترط لي أنّي إذا جئتك بثمنها إلىٰ سنة تردّها عليَّ؟ قال عليه السلام: «لابأس بهذا، إن جاء بثمنها ردّها عليه» ←

---

١. مختصر اختلاف العلماء ٣: ٥١، المقدّمات الممهدّات ٢: ٨٥، البيان للعمراني ٥: ١٩، المغني لابن قدامة ٤: ٩٧ ـ ٩٨.

٢. مختصر اختلاف العلماء ٣: ٥١، الاستذكار ٢٠: ٢٥٠، المحلّىٰ بالآثار ٨: ٣٧٠، ٣٧٣.

وعمدة الجمهور حديث حبّان بن منقذ، وفيه: «ولك الخِيار ثلاثاً»[١]، وما روي في حديث ابن عمر: «البيّعان بالخيار ما لم يفترقا إلّا بيع الخيار»[٢و٣].

وعمدة من منعه أنّه غرر، وأنّ الأصل هو اللزوم في البيع، إلّا أن يقوم دليل علىٰ جواز البيع على الخيار من كتاب الله أو سنةٍ ثابتة أو إجماع. قالوا: وحديث حبّان أمّا أنّه ليس بصحيح، وإمّا أنّه خاص؛ لَمّا شكىٰ إليه ﷺ أنّه يُخدع في البيوع[٤]. قالوا: وأما حديث ابنِ عمر وقوله فيه: «إلّا بيع الخيار» فقد فسّر المعنىٰ المراد بهذا اللفظ، وهو ما ورد فيه من لفظ آخر وهو: «أن يقول أحدهما لصاحبه: اختر»[٥و٦].

وأمّا مدّة الخيار عند الذين قالوا بجوازه: فرأىٰ مالك أنّ ذلك ليس له قدر محدود في نفسه، وأنّه إنّما يتقدّر بتقدّر الحاجة إلىٰ اختلاف المبيعات، وذلك يتفاوت بتفاوت المبيعات فقال مثل اليوم واليومين في اختيار الثوب، والجمعة والخمسة الأيام في اختيار الجارية، والشهر ونحوه في اختيار الدار. وبالجملة: فلا يجوز عنده الأجل الطويل الذي فيه فضل عن

← قلت: أرأيت لو كان للدار غلّة لمن تكون؟ قال ﷺ: «للمشتري، ألا ترى أنّها لو احترقت كانت من ماله». (تذكرة الفقهاء ١١: ٥٩، المكاسب للأنصاري ٥: ١٢٧، مصباح الفقاهة ٦: ٢٢٦، البيع للإمام الخميني ٤: ٣٣١).

---

١. سنن الدارقطني ٣: ٥٤ ـ ٥٥، كتاب البيوع، الحديث ٢١٧، ٢٢٠، السنن الكبرىٰ للبيهقي ٥: ٢٧٣، كتاب البيوع، باب الدليل علىٰ أن لايجوز شرط الخيار...

٢. الموطّأ ٢: ٦٧١، كتاب البيوع، باب بيع الخيار، الحديث ٧٩، صحيح البخاري ٣: ١٣٤، كتاب البيوع، باب كم يجوز الخيار، الحديث ٥٩، صحيح مسلم ٣: ١١٦٣، كتاب البيوع، باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين، الحديث ١٥٣١/٤٣.

٣. مختصر اختلاف العلماء ٣: ٥٢ ـ ٥٣، المقدّمات الممهّدات ٢: ٨٥، البيان للعمراني ٥: ١٩ ـ ٢٠.

٤. المقدّمات الممهّدات ٢: ٨٥ ـ ٨٦، المحلّىٰ بالآثار ٨: ٣٧١ ـ ٣٧٢.

٥. سنن أبي داود ٣: ٢٧٣، كتاب البيوع، باب خيار المتبايعين، الحديث ٣٤٥٥، سنن النسائي ٧: ٢٤٩، كتاب البيوع، باب ذكر الاختلاف علىٰ نافع في لفظ حديثه.

٦. المحلّىٰ بالآثار ٨: ٣٧٦.

اختيار المبيع[١]. وقال الشافعي وأبو حنيفة: أجل الخيار ثلاثة أيّام، لايجوز أكثر من ذلك[٢]. وقال أحمد وأبويوسف ومحمد بن الحسن: يجوز الخيار لأيّ مدّة اشترطت *، وبه قال داود[٣].

واختلفوا في الخيار المطلق دون المقيد بمدّة معلومة: فقال الثوري والحسن بن جني وجماعة بجواز اشتراط الخيار مطلقاً، ويكون له الخيار أبداً[٤]. وقال مالك يجوز الخيار المطلق ولكن السلطان يَضرب فيه أجل مثله[٥]. وقال أبو حنيفة والشافعي: لايجوز بحال الخيار المطلق ويُفسد البيع[٦]**.

---

* الظاهر إجماع الإماميّة علىٰ أنّ خيار الشرط يجوز بحسب ما يتّفقان عليه من المدّة وإن كثر، وأنّه يجب أن تكون هذه المدّة مضبوطة لرفع الجهالة المبطلة للعقد؛ واستدل له في الخلاف بقوله ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم» وهذا عام والمنع من ذلك يحتاج إلىٰ دليل، وباجماع الفرقة، وأخبارها المتواترة بذلك. (الخلاف ٣: ٣١ ـ ٣٢، تذكرة الفقهاء ١١: ٥٩، الحدائق الناضرة ١٩: ٣٨، جواهر الكلام ٢٣: ٣٢).

** اختلف الإماميّة في وقوع خيار الشرط بمدّة مجهولة ـ كقدوم الحاجّ ـ أو بمدّة مطلقة أو بعدم ذكر المدّة أصلاً، بعد إطباقهم علىٰ اشتراط كونه بمدّة مضبوطة في وقوعه وصحّته.

فالمنسوب إلى المشهور بطلان العقد في الأوّل وظاهر الإجماع علىٰ بطلان ←

---

١. المدوّنة الكبرىٰ ٤: ١٧٠، الاستذكار ٢٠: ٢٤٧ ـ ٢٤٨، المقدّمات الممهّدات ٢: ٨٧ ـ ٨٨.

٢. مختصر اختلاف العلماء ٣: ٥١، المهذّب للشيرازي ٣: ١٣ ـ ١٤، البيان للعمراني ٥: ٢٤، تحفة الفقهاء ٢: ٦٥، كتاب الأصل ٥: ١١٧.

٣. مختصر اختلاف العلماء ٣: ٥١، الاستذكار ٢٠: ٢٤٩، المغني لابن قدامة ٤: ٩٧ ـ ٩٨، كتاب الأصل ٥: ١١٨.

٤. مختصر اختلاف العلماء ٣: ٥٥، الاستذكار ٢٠: ٢٥٤، وفيهما: الحسن بن حي. ولم نعثر على الثوري.

٥. التفريع ٢: ١٧٢، المعونة ٢: ١٠٤٧ ـ ١٠٤٨، الاستذكار ٢٠: ٢٥٣.

٦. مختصر اختلاف العلماء ٣: ٥٥، البيان للعمراني ٥: ٢٦، الاستذكار ٢٠: ٢٥٣، كتاب الأصل ٥: ١١٧ ـ ١١٨.

واختلف أبو حنيفة والشافعي إن وقع الخيار في الثلاثة الأيّام زمن الخيار المطلق. فقال أبو حنيفة: إن وقع في الثلاثة الأيّام جاز، وإن مضت الثلاثة فسد البيع[١]. وقال الشافعي: بل هو فاسد علىٰ كلّ حال[٢]. فهذه هي أقاويل فقهاء الأمصار في مدّة الخيار، وهي هل يجوز مطلقاً أو مقيّداً؟ وإن جاز مقيداً فكم مقداره؟ وإن لم يجز مطلقاً فهل من شرط ذلك أن لايقع الخيار في الثلاث أم لايجوز بحال وإن وقع في الثلاث؟

فأمّا أدلّتهم: فإنّ عمدة من لم يُجِز الخيار هو ما قلناه. وأمّا عمدة من لم يُجِز الخيارَ إلّا ثلاثاً: فهو أنّ الأصل هو أن لايجوزَ الخيار، فلا يجوز منه إلّا ما ورد فيه النصّ في حديث

← الشرط. وقيل بصحة العقد وإن بطل الشرط.

والمشهور بين المتقدمين الصحّة في الثالث والانصراف إلى الثلاثة أيّام ـ وأدعي عليه الإجماع ـ واختاره بعض متأخري المتأخرين.

وقال الشيخ الأنصاري: لا فرق في بطلان العقد بين ذكر المدّة المجهولة كقدوم الحاج وبين عدم ذكر المدّة أصلاً، كأن يقول: بعتك علىٰ أن يكون لي الخيار، وبين ذكر المدّة المطلقة، كأن يقول: بعتك علىٰ أن يكون لي الخيار مدّة؛ لاستواء الكلّ في الغرر، واختاره المحقق النائيني.

وهل يجوز جعل الخيار إلى الأبد وعلى الدوام منع منه المحقق النائيني واختار صحته المحقق اليزدي والاصفهاني والسيد الخوئي؛ وذلك لعدم الغرر فله الخيار إلّا أن يسقطه بأحد المسقطات، بل اختار السيد الخوئي الصحّة فيما لو اشترط مدة مجهولة؛ لضعف ما استدلّ به على البطلان. (الحدائق الناضرة ١٩: ٣٨، جواهر الكلام ٢٣: ٣٣، المكاسب للأنصاري ٥: ١١٦ـ١١٧، منية الطالب ٣: ٧٤، حاشية اليزدي على المكاسب ٢: ٤٦٦، حاشية الأصفهاني ٤: ١٧٧، مصباح الفقاهة ٦: ٢٠٧ ـ ٢١٠).

---

١. مختصر اختلاف العلماء ٣: ٥٥، المبسوط للسرخسي ١٣: ٧٥.

٢. الحاوي الكبير ٥: ٦٧، البيان للعمراني ٥: ٢٦.

منقذ بن حَبّان أو حَبّان بن منقذ، وذلك كسائر الرخص المستثناة من الأصول، مثل استثناء العرايا من المزابنة وغير ذلك. قالوا: وقد جاء تحديد الخيار بالثلاث في حديث المصرّاة وهو قوله: «من اشترىٰ مصرّاةً فهو بالخيار ثلاثة أيّام»[١و٢]. وأمّا حديث منقذ فأشبهُ طُرُقِه المتصلة ما رواه محمد بن إسحاق عن نافع عن ابن عمر: أنّ رسول الله ﷺ قال لمنقذ وكان يُخدع في البيع: «إذا بِعتَ فقُل: لا خلابة، وأنت بالخيار ثلاثاً»[٣].

وأمّا عمدة أصحاب مالك: فهو أنّ المفهوم من الخيار هو اختيار المبيع، وإذا كان ذلك كذلك وجب أن يكون ذلك محدوداً بزمان إمكان اختيار المبيع، وذلك يختلف بحسب مبيعٍ مبيعٍ، فكأنّ النصّ إنّما ورد عندهم تنبيهاً علىٰ هذا المعنىٰ[٤]، وهو عندهم من باب الخاصّ أُريد به العامّ، وعند الطائفة الأولىٰ من باب الخاصّ أريد به الخاصّ. وأمّا اشتراط النقد: فإنّه لايجوز عند مالك وجميع أصحابه؛ لتردّده عندهم بين السلف والبيع[٥] وفيه ضعف.

وأمّا ممّن ضمان المبيع في مدّة الخيار: فإنّهم اختلفوا في ذلك، فقال مالك وأصحابه والليث والأوزاعي: مصيبته من البائع، والمشتري أمين، وسواء كان الخيار لهما أو لأحدهما[٦]، وقد قيل في المذهب: إنّه إن كان هلك بيد البائع فلا خلاف في ضمانه إيّاه، وإن كان هلك بيد المشتري فالحكم كالحكم في الرهن والعاريّة؛ إن كان مما يغاب عليه فضمانه منه، وإن كان مما لايغاب عليه فضمانه من البائع[٧].

---

١. صحيح مسلم ٣: ١١٥٨، كتاب البيوع، باب حكم بيع المصراة، الحديث ٢٤، ١٥٢٤/٢٥، سنن أبي داود ٣: ٢٧٠، كتاب البيوع والإجارات، باب من اشترىٰ مصرَّاة فكرهها، الحديث ٣٤٤٤.

٢. مختصر المزني ٨٥، مختصر اختلاف العلماء ٣: ٥٢، الحاوي الكبير ٥: ٦٦، المبسوط للسرخسي ١٣: ٥٢، البيان للعمراني ٥: ٢٥.

٣. قد تقدّم تخريجه آنفاً.

٤. الإشراف لعبدالوهاب ٢: ٥٢٤، المعونة ٢: ١٠٤٤ ـ ١٠٤٥، المقدّمات الممهّدات ٢: ٨٨.

٥. المدوّنة الكبرىٰ ٤: ١٧٠، الرسالة الفقهية: ٢١٤، المعونة ٢: ١٠٤٨.

٦. التفريع ٢: ١٧١ ـ ١٧٢، المعونة ٢: ١٠٤٨، الاستذكار ٢٠: ٢٥٤، مختصر اختلاف العلماء ٣: ٥٤.

٧. التفريع ٢: ١٧٢، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٤٤، المقدّمات الممهّدات ٢: ٩٢.

وقال أبو حنيفة: إن كان شرط الخيار لكليهما أو للبائع وحده، فضمانه من البائع *، والمبيع علىٰ ملكه. وأمّا إن كان شرَطه المشتري وحده، فقد خرج المبيع عن ملك البائع، ولم يدخل في ملك المشتري، وبقي معلّقاً حتّىٰ ينقضي الخيار[1]، وقد قيل عنه: إنّ على

---

* نصّ فقهاء الإماميّة أنّ تلف المبيع بعد قبضه وفي زمن الخيار من غير تفريط فمن المشتري إن كان الخيار للبائع أو لأجنبي أو لهما. وإن كان الخيار للمشتري خاصّة فالتلف من مال البائع إجماعاً بقسميه في غير التلف في الثلاثة.

واستدل للمسألة في الجواهر بشقّها الأوّل بأنّه ملك له على المختار من كون التملّك بالعقد، وللنصوص الواردة في بحث خيار رد الثمن، منها: موثق إسحاق بن عمّار حدّثني من سمع أبا عبدالله عليه السلام قال سأله رجل وأنا عنده، فقال له: رجل مسلم احتاج إلىٰ بيع داره فمشى إلى أخيه فقال: أبيعك داري هذه وتكون لك أحبّ إليّ من تكون لغيرك علىٰ أن تشترط إليّ إن أنا جئتك بثمنها إلىٰ سنة أن تردّها عليّ؟ قال عليه السلام: «لابأس بهذا، إن جاء بثمنها إلىٰ سنة ردّها عليه»، قلت: فإنّها كانت فيها نخل كثير فأخذ الغلّة لمن تكون الغلة؟ فقال عليه السلام: «للمشتري، ألا ترىٰ لو احترقت كانت من ماله».

قال في الجواهر بعد نقله الخبر: ونحوه اشتراط المشتري ردّ الثمن بردّ المبيع في مدة معلومة لعموم المقتضي. وهذ استدلال للمسألة بشقها الثاني. هذا في صورة اختصاص الخيار بأحدهما.

وأمّا التلف في زمن الخيار المشترك فهو من المشتري إن كان التالف المبيع ومن البائع إن كان الثمن على الأشهر، وبه صرّح جمع من دون خلاف يعرف. قال في الرياض: وهو كذلك بناءاً على القول الأشهر من حصول التملّك بمجرّد العقد، ويشكل على القول الآخر. (مسالك الأفهام ٣: ٢١٧، رياض المسائل ٨: ٢٠٨ ـ ٢٠٩، مفتاح الكرامة ١٠: ١٠٢٧، ١٠٢٨، جواهر الكلام ٢٣: ٨٥ ـ ٨٦، مصباح الفقاهة ٦: ٢٤٥ ـ ٢٤٦).

---

١. كتاب الاصل ٥: ١٢٢، مختصر اختلاف العلماء ٣: ٥٣، تحفة الفقهاء ٢: ٧٣ ـ ٧٤.

المشتري الثمن[١]، وهذا يدلّ علىٰ أنّه قد دخل عنده في ملك المشتري. وللشافعي قولان، أشهرهما أنّ الضمان من المشتري لأيّهما كان الخيار[٢].

فعمدة من رأىٰ أنّ الضمان من البائع علىٰ كلّ حال أنّه عقد غير لازم، فلم ينتقل الملك عن البائع، كما لو قال: بعتُك، ولم يقل المشتري: قبلت[٣]. وعمدة من رأىٰ أنّه من المشتري: تشبيهُهُ بالبيع اللازم[٤]، وهو ضعيف؛ لقياسه موضع الخلاف علىٰ موضع الاتفاق.

وأمّا من جعل الضمان لمشترط الخيار إذا شرطه أحدهما ولم يشترطه الثاني؛ فلأنّه إن كان البائع هو المشترط فالخيار له إبقاءً للمبيع علىٰ ملكه، وإن كان المشتري هو المشترط له فقط فقد صرفه البائع من ملكه وأبانه، فوجب أن يدخل في ملك المشتري إذا كان المشتري هو الذي شرطه فقط. قال[٥]: قد خرج عن ملك البائع؛ لأنّه لم يشترط خياراً، ولم يلزم أن يدخل في ملك المشتري لأنّه شرط الخيار في ردّ الآخر له، ولكن هذا القول يمانع الحكم، فإنّه لابد أن تكون مصيبته من أحدهما[٦]. والخلاف آيل إلىٰ هل الخيار مشترط لإيقاع الفسخ في البيع أو لتتميم البيع؟ فإذا قلنا: لفسخ البيع، فقد خرج من ضمان البائع، وإن قلنا: لتتميمه، فهو في ضمانه.

وأمّا المسألة الخامسة وهي: هل يورث خيار المبيع أم لا؟ فإنّ مالكاً والشافعي وأصحابَهما قالوا: يورث *، وإنّه إذا مات صاحب الخيار فلورثته من الخيار مثلُ ما كان

---

* الذي عليه الإماميّة أنّ الخيار موروث بأنواعه بلا خلاف فيه، كما في الحدائق والرياض وغيرهما، بل ظاهرهم الإجماع عليه، واحتج لذلك بأمرين: ←

---

١. كتاب الأصل ٥: ١١٩، مختصر اختلاف العلماء ٣: ٥٣، المبسوط للسرخسي ١٣: ٥٤.

٢. البيان للعمراني ٥: ٤٣ ـ ٤٤، بحر المذهب ٦: ٦٤، المهذّب للشيرازي ٣: ٢٢.

٣. المعونة ٢: ١٠٤٨، المقدّمات الممهّدات ٢: ٩٢.

٤. المبسوط للسرخسي ١٣: ٥٤ ـ ٥٥، ٥٧ ـ ٥٨، البيان للعمراني ٥: ٤٤.

٥. لعلّ الصواب: (وبعضهم قال) ففي العبارة سقط.

٦. الهداية للمرغيناني ٣: ٣٢، المحيط البرهاني ٦: ٤٨٧ ـ ٤٨٨.

له[١]. وقال أبو حنيفة وأصحابه: يبطل الخيار بموت من له الخيار ويتمّ البيع[٢]، وهكذا عنده خيارُ الشفعة وخيار قبول الوصيّة وخيار الإقالة[٣].

وسَلّم لهم أبو حنيفة خيارَ الردّ بالعيب، أعني: أنّه قال: يورث، وكذلك خيارَ استحقاق الغنيمة قبل القسْم، وخيارَ القصاص، وخيار الرهن[٤]. وسَلّم لهم مالك خيارَ ردّ الأب ما وهبه لابنه، أعني: أنّه لم ير لورثة الميت من الخيار في ردّ ما وهبه لابنه، ما جعل له الشرع من ذلك، أعني: للأب، وكذلك خيار الكتابة والطلاق واللعان[٥]. ومعنىٰ خيار الطلاق أن يقول الرجل لرجل آخر: طلّق امرأتي متىٰ شئت، فيموت الرجل المجعول له الخيار، فإنّ ورثته لايتنزلون منزلته عند مالك. وسلّم الشافعي ما سلّمت المالكية للحنفية من هذه الخيارات، وسلّم زائداً خيار الإقالة والقبول فقال: لايورثان[٦].

وعمدة المالكية والشافعية أنّ الأصل هو أن تورث الحقوق والأموال، إلّا ما قام دليل

← أحدهما: الخبر المنجبر بعمل الأعلام: «ما ترك الميت من حقّ فهو لوارثه» المؤيّد بعمومات آيات الإرث في الكتاب والسنّة.

ثانيهما: إنّ الخيار حقّ مالي قابل للانتقال؛ فيدخل تحت عموم الأخبار الدالّة علىٰ إرث مثل ذلك، والاستدلال متوقف علىٰ كون الخيار حقّاً لا حكماً، وأنّه قابل للانتقال. واستشكل البعض في إرث الزوجة غير ذات الولد من الخيار المتعلّق بها. (قواعد الأحكام ٢: ٦٨، مسالك الأفهام ٣: ٢١٤، الحدائق الناضرة ١٩: ٧٠، رياض المسائل ٨: ٢٠٢ ـ ٢٠٣، جواهر الكلام ٢٣: ٧٤ ـ ٧٥، المكاسب للأنصاري ٦: ١٠٩ ـ ١١٠).

---

١. التفريع ٢: ١٧١، المعونة ٢: ١٠٤٥، المهذّب للشيرازي ٣: ١٧، البيان للعمراني ٥: ٣١، الاستذكار ٢٠: ٢٥٤.

٢. كتاب الأصل ٥: ١١٨، ١١٩، مختصر اختلاف العلماء ٣: ٥٣، المبسوط للسرخسي ١٣: ٥٣.

٣. مختصر القدوري: ١٠٧، النتف في الفتاوىٰ ١: ٤٤٨ ـ ٤٤٩، بدائع الصنائع ١٠: ٥٩٤، المبسوط ١٣: ٥٣.

٤. مختصر القدوري: ٩٤، ٢٣٤، المبسوط للسرخسي ١٣: ٥٤، ٢٦: ١٨٩.

٥. المعونة ٣: ١٤٧١، الكافي في فقه أهل المدينة: ٥٣١.

٦. المهذّب للشيرازي ٣: ١٧، البيان للعمراني ٥: ٣٢.

علىٰ مفارقة الحقّ في هذا المعنىٰ للمال[١]. وعمدة الحنفية: أنّ الأصل هو أن يورث المال دون الحقوق، إلّا ما قام دليله من إلحاق الحقوق بالأموال[٢].

فموضع الخلاف: هل الأصل هو أن تورث الحقوق كالأموال * أم لا؟ وكلّ واحد من الفريقين يشبّه من هذا ما لم يسلّمه له خصمه منها بما يسلّمه منها له، ويحتج علىٰ خصمه.

فالمالكية والشافعية تحتجّ علىٰ أبي حنيفة بتسليمه وراثة خيار الردّ بالعيب، ويشبّه سائر الخيارات التي يورّثُها به. والحنفية تحتجّ أيضاً على المالكية والشافعية بما تمنع من ذلك، وكلّ واحد منهم يروم أن يعطيَ فارقاً فيما يختلف فيه قوله، ومشابهاً فيما يتّفق فيه قوله، ويروم في قول خصمِه بالضد، أعني: أن يعطي فارقاً فيما يضعه الخصم متفقاً، ويعطي اتفاقاً فيما يضعه الخصم متبايناً، مثل ما تقول المالكية: إنّما قلنا أنّ خيار الأب في ردّ هبته لا يورَث؛ لأنّ ذلك خيار راجع إلىٰ صفة في الأب لا توجد في غيره، وهي الأبوّة، فوجب أن لا تورَث، لا إلىٰ صفة في العقد. وهذا هو سبب اختلافهم في خيارٍ خيارٍ. أعني: أنّه من انقدح له في شيء منها أنّه صفة للعقد ورّثه، ومن انقدح له أنّه صفة خاصة بذي الخيار لم يورّثه.

وأمّا المسألة السادسة، وهي من يصحّ خياره، فإنّهم اتفقوا علىٰ صحّة خيار المتبايعَين[٣]، واختلفوا في اشتراط خيار الأجنبي. فقال مالك: يجوز ذلك، والبيع صحيح[٤] ** وقال

---

* نصّ بعض فقهاء الإماميّة أنّ الحقوق تورث كالأملاك، بل وتتخصّص كالمال، وقد استظهر ذلك من أدلّة الإرث على ما صرّح به بعض أساطين المذهب. (القواعد ٢: ٦٨، منية الطالب ٣: ٢٩٧ ـ ٢٩٨، حاشية الاصفهاني على المكاسب ٣: ٢٠، القضاء للكلبايكاني ١: ٣٠١).

** أجمعت الإماميّة علىٰ أنّ لكلّ من المتبايعين أن يشترط الخيار لنفسه وللأجنبي؛ للعموم. وذكر صاحب الجواهر أنّ اشتراط الخيار للأجنبي خاصّة تحكيم لا توكيل ←

---

١. المعونة ٢: ١٠٤٥، المهذّب للشيرازي ٣: ١٧، البيان للعمراني ٥: ٣١ ـ ٣٢، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٥٢٣ ـ ٥٢٤.

٢. مختصر اختلاف العلماء ٣: ٥٣، الهداية للمرغيناني ٣: ٣٤.

٣. المعونة ٢: ١٠٤٢، المهذّب للشيرازي ٣: ١٤، الهداية للمرغيناني ٣: ٣١، المغني لابن قدامة ٤: ١٠٢.

٤. المعونة ٢: ١٠٤٦، الاستذكار ٢٠: ٢٤٥، المقدّمات الممهّدات ٢: ٨٩.

الشافعي في أحد قوليه: لايجوز إلّا أن يوكّله الذي جعل له الخيار، ولايجوز الخيار عنده علىٰ هذا القول لغير العاقد[١] وهو قول أحمد[٢]. وللشافعي قول آخرُ مثل قول مالك[٣] وبقول مالك قال أبو حنيفة[٤].

واتفق المذهب علىٰ أنّ الخيار للأجنبي إذا جعله له المتبايعان وإنّ قوله لازم لهما. واختلف المذهب إذا جعله أحدهما فاختلف البائع ومن جَعل له البائع الخيار، أو المشتري ومن جعل له المشتري الخيار. فقيل: القولُ في الامضاء والردِّ قولُ الأجنبي، سواء اشتَرط خيارَه البائعُ أو المشتري[٥]، وقال عكسَ هذا القول من جعل خياره هنا كالمشورة[٦]. وقيل: بالفرق بين البائع والمشتري أي: أنّ القولَ في الإمضاء والرد قولُ البائع دون الأجنبي، وقولُ الأجنبي دون المشتري إن كان المشتري هو المشترط الخيارَ[٧]. وقيل: القول قولُ مَنْ أراد منهما الإمضاء، وإن أراد البائع الإمضاء وأراد الأجنبي الذي اشترط خياره الردَّ ووافقه المشتري، فالقول قول البائع في الإمضاء، وإن أراد البائع الردّ وأراد الأجنبي الإمضاء ووافقه المشتري فالقول قول المشتري، وكذلك إن اشتَرط الخيارَ للأجنبي المشتري، فالقول فيهما قول من أراد الإمضاء وكذلك الحال في المشتري[٨].

← وليس له الفسخ دونه إلّا مع المصلحة؛ لأنّه أمين. (مسالك الأفهام ٣: ٢٠٢، جواهر الكلام ٢٣: ٣٤ ـ ٣٥، المكاسب للأنصاري ٥: ١٢٢ ـ ١٢٣، مصباح الفقاهة ٦: ٢١٥ ـ ٢١٧).

---

١. المهذّب للشيرازي ٣: ١٤، البيان للعمراني ٥: ٢٧.

٢. المغني لابن قدامة ٤: ١٠٦ ـ ١٠٧، الكافي لابن قدامة ٢: ٢٧، الاستذكار ٢٠: ٢٤٦، وفيهما حكاية قول آخر عند الحنابلة، وهو: صحّة جعل المشترط الخيار لغيره فيكون مشترطاً لنفسه موكّلاً لغيره فيه.

٣. المهذّب للشيرازي ٣: ١٤، البيان للعمراني ٥: ٢٧.

٤. كتاب الأصل ٥: ١٢١ ـ ١٢٢، مختصر اختلاف العلماء ٣: ٥٥.

٥. المقدّمات الممهّدات ٢: ٨٩ ـ ٩٠، المنتقىٰ للباجي ٥: ٦٠.

٦. المقدّمات الممهّدات ٢: ٨٩، المعونة ٢: ١٠٤٦، المنتقىٰ للباجي ٥: ٦٠.

٧. المقدّمات الممهّدات ٢: ٩٠ ـ ٩١، المعونة ٢: ١٠٤٦.

٨. المقدّمات الممهّدات ٢: ٩٠، المنتقىٰ للباجي ٥: ٦٠.

وقيل: بالفرق في هذا بين البائع والمشتري أي: إن اشترطه البائع فالقول قول من أراد الإمضاء منهما، وإن اشترطه المشتري فالقول قول الأجنبي، وهو ظاهر ما في المدونة[١]، وهذا كلّه ضعيف.

واختلفوا في من اشترط من الخيار ما لايجوز، مثلَ أن يشترط أجلاً مجهولاً * وخياراً فوق الثلاث عند من لايجوِّز الخيار فوق الثلاث **، أو خيار رجل بعيد الموضع بعينه أعني: أجنبياً فقال مالك والشافعي: لايصحّ البيع وإن أسقط الشرط الفاسد[٢]. وقال أبو حنيفة: يصح البيع مع إسقاط الشرط الفاسد[٣].

فأصل الخلاف: هل الفساد الواقع في البيع من قبل الشرط يتعدىٰ إلى العقد أم لايتعدىٰ، وإنّما هو في الشرط فقط؟ فمن قال يتعدىٰ: أبطل البيع وإن أسقطه. ومن قال لايتعدىٰ قال: البيع يصح إذا أسقط الشرط الفاسد لأنّه يبقى العقد صحيحاً.

---

* تقدّم أنّه لايجوز عند الإمامية اشتراط الخيار بمدّة مجهولة بل ولا مدّة مطلقة فإنّه ينصرف إلى الثلاثة.

** لا خلاف عند الإماميّة ـ بل ادعي الإجماع ـ في أنّ بعض أقسام الخيار كخيار الشرط لايتقدّر بمدّة مخصوصة، بل بحسب ما يشترطانه المتبايعان أو أحدهما، فيجوز أن يشترط خياراً مهما أراد من الزمان طال أو قصر بشرط ضبطه بما لايحتمل الزيادة والنقصان كاليوم والشهر والسنة المعينة المضبوطة ابتداءاً وانتهاءاً؛ وذلك للعمومات كقول الصادق عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم» إلّا كلّ شرط خالف كتاب الله عزّ وجلّ فلايجوز. (تذكرة الفقهاء ١١: ٣٨ ـ ٣٩، مسالك الأفهام ٣: ٢٠١، جواهر الكلام ٢٣: ٣٢، المكاسب للأنصاري ٥: ١١١).

---

١. المقدّمات الممهّدات ٢: ٩٠ ـ ٩١، المعونة ٢: ١٠٤٦.

٢. الحاوي الكبير ٥: ٦٧، المعونة ٢: ١٠٤٨، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٤٣، البيان للعمراني ٥: ٢٦.

٣. كتاب الأصل ٥: ١١٨، مختصر اختلاف العلماء ٣: ٥٥، المبسوط للسرخسي ١٣: ٧٥.

كتاب بيع المرابحة

كتاب بيع المرابحة

أجمع جمهور العلماء علىٰ أن البيع صنفان: مساومة، ومرابحة[1]. وأنّ المرابحة هي أن يذكر البائع للمشتري الثمن الذي اشترىٰ به السلعة، ويشترط عليه ربحاً ممّا للدينار أو الدرهم[2]*. واختلفوا من ذلك بالجملة في موضعين، أحدهما فيما للبائع أن يَعُدَّه من

---

* المرابحة عند الإماميّة هي البيع مع الإخبار برأس المال مع الزيادة عليه، وهي نوع من أنواع البيع. وسمّيت مرابحة؛ لأنّ الربح إنّما يثبت إذا رضي كلّ واحد منهما كأنّهما مترابحان. والدليل علىٰ جواز ذلك بعد الإجماع عمومات الكتاب والسنّة وخصوص بعض الأخبار. وذكروا أيضاً أنّه يجب في المرابحة العلم برأس المال وقدر الربح وكذا يجب ذكر الصرف والوزن مع الاختلاف.

أمّا معلومية الأول والثاني عند المتعاقدين حال البيع ففي الجواهر قال: بلا خلاف أجده فيه، بل في التذكرة لو كان المشتري جاهلاً برأس المال بطل البيع إجماعاً. وكذا لو كان البائع جاهلاً به والمشتري عالم به أو كانا جاهلين، فلايكفي علم أحدهما ولاتجدد علمهما بعد العقد وإن اقتضاه الحساب المنضبط، كما لو علما بالثمن وجعلا ربح كلّ ←

---

١. الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٤٤، التلقين في الفقه المالكي ٢: ٣٩٣، وانظر: الحاوي الكبير ٥: ٢٧٩، الافصاح ١: ٢٩٣، حلية العلماء ٤: ٢٨٧، ٢٩٠.

٢. الافصاح ١: ٢٩٣، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٤٤، حلية العلماء ٤: ٢٩٠.

رأس مال السلعة ممّا أنفق على السلعة بعد الشراء مما ليس له أن يعده من رأس المال. والموضع الثاني: إذا كذَب البائع للمشتري فاخبره أنّه اشتراه بأكثر ممّا اشترى السلعة به، أو وهِم فأخبر بأقل مما اشترىٰ به السلعة، ثم ظهر له أنّه اشتراها بأكثر.

ففي هذا الكتاب بحسب اختلاف فقهاء الأمصار بابان، الباب الأول فيما يُعَدّ من رأس المال مما لايعد، وفي صفة رأس المال الذي يجوز أن يبنىٰ عليه الربح. الباب الثاني في حكم ما وقع من الزيادة أو النقصان في خبر البائع بالثمن.

الباب الأوّل

فيما يعدّ من رأس المال ممّا لايعدّ، وفي صفة رأس المال الذي يجوز أن يبنىٰ عليه الربح. فأمّا ما يُعد في الثمن مما لايعدّ، فإنّ تحصيل مذهب مالك في ذلك أنّ ما ينوب البائع على السلعة زائداً على الثمن ينقسم ثلاثة أقسام، قسم يُعدّ في أصل الثمن، ويكون له حظّ

← عشرة درهماً ولايعلمان ما يتحصل من المجموع حالة العقد.

وأمّا الثالث والرابع فإنّما يجب ذلك مع تعدّد النقود واختلاف صرفها وكذا الوزن لو كان الثمن دراهم مثلاً معروفة بالوزن، أمّا لو اتحد النقد لم يفتقر كما صرّح به في جامع المقاصد والمسالك.

وقال في الجواهر: أمّا الوزن فمع فرض اختلافه لابدّ من ذكره اختلف الصرف أم اتحدّ؛ لعدم انحصار الفرض في الصرف.

ويجب أيضاً ذكر الأجل ـ فيما لو باع بالأجل ـ للتفاوت بين المؤجّل والمعجّل منه، ولو لم يذكره صحّ البيع ويكون للمشتري الخيار بين الردّ والامساك وهو الأشهر وظاهرهم الاتفاق عليه. (قواعد الأحكام ٢: ٥٦ ـ ٥٧، مسالك الأفهام ٣: ٣٠٦ ـ ٣٠٧، الحدائق الناضرة ١٩: ٢٠٠ ـ ٢٠١، رياض المسائل ٨: ٢٢١، مفتاح الكرامة ٩: ٨٣٧ ـ ٨٣٨، جواهر الكلام ٢٣: ٣٠٦ ـ ٣٠٨).

من الربح. وقسم يُعدّ في أصل الثمن، لايكون له حظّ من الربح. وقسم لايعدّ في أصل الثمن، ولايكون له حظّ من الربح.

فأمّا الذي يحسبه في رأس المال ويَجعل له حظّاً من الربح فهو ما كان مؤثّراً في عين السلعة، مثل الخياطة والصبغ. وأمّا الذي يحسبه في رأس المال ولايَجعل له حظّاً من الربح فما لايؤثّر في عين السلعة ممّا لايمكن البائع أن يتولاه بنفسه، كحمل المتاع من بلد إلىٰ بلد، وكراء البيوت التي توضع فيها. وأمّا ما لايحتسب فيه الأمرين جميعاً فما ليس له تأثير في عين السلعة ممّا يمكن أن يتولاه صاحب السلعة بنفسه، كالسمسرة والطيّ والشدّ[1].

وقال أبو حنيفة: بل يَحمل علىٰ ثمن السلعة كلَّ ما نابه عليها[2]*. وقال أبو ثور: لايجوز

---

* صرَّح فقهاء الإماميّة في بيع المرابحة أنّ البائع إذا لم يحدث في المبيع حدثاً ولا غيره بل كان المبيع علىٰ حاله التي انتقل إليها فيها، فالعبارة عن الإخبار بالثمن أن يقول: اشتريته بكذا أو رأس ماله كذا أو هو عليّ بكذا أو نحوه من العبارات المفيدة للمطلوب.

وإن كان قد عمل فيه ما يقتضي الزيادة في قيمته، قال: رأس ماله كذا وعملت فيه بكذا، وليس له تقويم عمله وضمّه إلىٰ رأس المال؛ للزوم الكذب. هذا إذا عبَّر باحدى العبارات المتقدمة ولم يخبرْ بحقيقة الحال. نعم إذا كان عمل فيه غيره بأجرة مسمّاة صحّ أن يضمّ الأجرة إلىٰ رأس المال ويقول: تقوّم عليّ أو هو عليّ.

وفي حكم أُجرة العمل جميع المؤن التي قصد بالتزامها عرفاً الاسترباح من الدلّال وأُجرة البيت والكيّال والحارس والحمّال والصبّاغ والقصّار كما نصّ عليه في القواعد وغيره. (قواعد الأحكام ٢: ٥٦ ـ ٥٧، مسالك الأفهام ٣: ٣٠٧، الحدائق الناضرة ١٩: ٢٠٠ ـ ٢٠١، مفتاح الكرامة ٩: ٨٤١، جواهر الكلام ٢٣: ٣٠٩ ـ ٣١٠).

---

١. الموطّأ ٢: ٦٦٨، الاستذكار ٢٠: ١٩٩ ـ ٢٠٠، التفريع ٢: ١٨١، المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٢٢٦، المنتقىٰ للباجي ٥: ٤٥ ـ ٤٦، المقدّمات الممهّدات ٢: ١٢٦.

٢. الاستذكار ٢٠: ٢٠١، المبسوط ١٣: ٩٦، المحيط البرهاني ٧: ١٠ ـ ١١.

المرابحة إلّا بالثمن الذي اشترىٰ به السلعة فقط إلّا أن يُفصِّل، ويُفسخ عنده إن وقع، قال: لأنّه كذب؛ لأنّه يقول له: ثمن سلعتي كذا وكذا، وليس الأمر كذلك، وهو عنده من باب الغش[١].

وأمّا صفة رأس الثمن الذي يجوز أن يخبر به، فإنّ مالكاً والليث قالا في من اشترىٰ سلعة بدنانير، والصرفُ يوم اشتراها صرفٌ معلوم ثم باعها بدراهم والصرف قد تغير إلىٰ زيادة: إنّه ليس له أن يُعلم يوم باعها بالدنانير التي اشتراها؛ لأنّه من باب الكذب والخيانة، وكذلك إن اشتراها بدراهم ثم باعها بدنانير وقد تغير الصرف[٢].

واختلف أصحاب مالك من هذا الباب فيمن ابتاع سلعة بعُروض، هل يجوز له أن يبيعها مرابحة أم لايجوز؟ فإذا قلنا بالجواز؛ فهل يجوز بقيمة العرَض أو بالعرَض نفسه؟ فقال ابن القاسم: يجوز له بيعها على ما اشتراه به من العُروض، ولايجوز على القيمة[٣]. وقال أشهب: لايجوز لمن اشترىٰ سلعة بشيء من العروض أن يبيعها مرابحة؛ لأنّه يطالبه بعروض علىٰ صفة عرضه، وفي الغالب ليس يكون عنده، فهو من باب بيع ما ليس عنده[٤].

واختلف مالك وأبو حنيفة في من اشترىٰ سلعة بدنانير فأخذ في الدنانير عروضاً أو دراهم؛ هل يجوز له بيعها مرابحة دون أن يُعلِم بما نَقد أم لايجوز؟[٥] فقال مالك: لايجوز إلّا أن يُعلِم ما نقد[٦]. وقال أبو حنيفة: يجوز أن يبيعها منه مرابحة على الدنانير التي ابتاع بها السلعة دون العُروض التي أعطىٰ فيها أو الدراهم[٧].

---

١. الاستذكار ٢٠: ٢٠١.

٢. الموطّأ ٢: ٦٦٨ ـ ٦٦٩، المنتقىٰ للباجي ٥: ٤٩، الاستذكار ٢٠: ٢٠٢.

٣. الاستذكار ٢٠: ٢٠٣، المنتقىٰ للباجي ٥: ٤٩.

٤. المصدر السابق.

٥. راجع ما تقدم في بيان ما يجب في بيع المرابحة.

٦. الاستذكار ٢٠: ٢٠٢، المنتقىٰ للباجي ٥: ٤٩.

٧. مختصر اختلاف العلماء ٣: ١٠٨، الاستذكار ٢٠: ٢٠٣، المنتقىٰ للباجي ٥: ٤٩.

قال مالك أيضاً في من اشترىٰ سلعة بأجَل فباعها مرابحة: إنّه لايجوز حتى يُعلِم بالأجل[١]*. وقال الشافعي: إن وقع كان للمشتري مثلُ أجله[٢]. وقال أبو ثور: هو كالعيب، وله الرد به[٣]. وفي هذا الباب في المذهب فروع كثيرة ليست ممّا قصدناه.

الباب الثاني

في حكم ما وقع من الزيادة أو النقصان في خبر البائع بالثمن، واختلفوا في من ابتاع سلعة مرابحة علىٰ ثمن ذكره؛ ثم ظهر بعد ذلك ـ أمّا بإقراره وإمّا ببيّنة ـ أنّ الثمن كان أقلَّ؛ والسلعةُ قائمة. فقال مالك وجماعة: المشتري بالخيار، إمّا أن يأخذ بالثمن الذي صحّ، أو يترك إذا لم يلزمه البائع أخذَها بالثمن الذي صحّ**، وإن ألزمه لزمه[٤]. وقال أبو حنيفة

---

* راجع ما تقدم في بيان ما يجب في بيع المرابحة.

** المشهور بين الإماميّة شهرة عظيمة في باب المرابحة أنّه لو باع مرابحة فبان رأس ماله أقلّ بالإقرار أو البيّنة أو غيرهما صحّ البيع، للأصل، والاطلاقات. نعم لأجل الكذب في الإخبار يكون للمشتري الخيار بين ردّه وأخذه بالثمن إجماعاً في الظاهر المصرّح به في الجواهر.

ويستدلّ له بفحوى نصوص التصرية. وأمّا قاعدة رجوع المغرور على من غرّه فقد جرىٰ الكلام فيها وجعل النجفي الإجماع دليل المسألة.

وهناك بعض الأقوال الأخر في المقام:

منها: لزوم البيع وعدم ثبوت الخيار. ←

---

١. الاستذكار ٢٠: ٢٠٢، المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٢٢٩، المقدّمات الممهّدات ٢: ١٢٨.

٢. التهذيب للبغوي ٣: ٤٨٥، البيان للعمراني ٥: ٣١٢.

٣. الاستذكار ٢٠: ٢٠٣.

٤. المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٢٣٧، المنتقىٰ للباجي ٥: ٥١ ـ ٥٢، المقدّمات الممهّدات ٢: ١٢٩، الاستذكار ٢٠: ٢٠٤، ٢٠٥.

وزفر: بل المشتري بالخيار على الإطلاق، ولايلزمه الأخذ بالثمن الذي إن ألزمه البائع لزمه[١]. وقال الثوري وابن أبي ليلىٰ وأحمد وجماعة: بل يبقىٰ البيع لازماً لهما بعد حطّ الزيادة[٢]. وعن الشافعي القولان: القول بالخيار مطلقاً، والقول باللزوم بعد الحط[٣].

فحجّة من أوجب البيع بعد الحط أنّ المشتري إنّما أربحة علىٰ ما ابتاع به السلعة لا غير ذلك، فلما ظهر خلاف ما قال وجب أن يرجع إلى الذي ظهر، كما لو أخذه بكيل معلوم فخرج بغير ذلك الكيل؛ أنّه يلزمه توفية ذلك الكيل[٤]. وحجّة من رأىٰ أن الخيار مطلقاً: تشبيه الكذب في هذه المسألة بالعيب، أعني: إنّه كما يوجب العيب الخيارَ كذلك يوجِب الكذبُ[٥].

وأمّا إذا فاتت السلعة * فقال الشافعي: يحطّ مقدار ما زاد من الثمن وما وجب له من

← ومنها: أنّ المشتري يأخذ المبيع باسقاط الزيادة من الثمن مع ربحها وهو منسوب لابن الجنيد والشيخ الطوسي. (قواعد الأحكام ٢: ٥٨، مسالك الأفهام ٣: ٣١٠، مفتاح الكرامة ٩: ٨٥٦، رياض المسائل ٨: ٢٢٢، جواهر الكلام ٢٣: ٣١٧ ـ ٣١٨، فقه الصادق ١٨: ٣٠٦ ـ ٣٠٧).

* اختلف الإماميّة في ثبوت الخيار للمشتري فيما لو ظهر رأس المال أقلّ مع تلف المبيع، فقد صرّح جماعة بثبوته كالمحقّق والشهيد الثانيين ومال إليه في الجواهر وفاقاً لاستاذه. وذهب الشيخ في المبسوط إلىٰ سقوطه بالتلف، وحكي أيضاً عن ابن المتوّج. وتوقّف في ذلك العلّامة في القواعد وغيره.

احتجّ لقول الشيخ في المبسوط بأنّ الردّ إنّما يتحقّق مع بقاء العين، وضُعّف بأن هذا الخيار لم يتعلّق بالعوضين بل متعلّق بالعقد، وهو يكون باقياً مع تلف العين أيضاً، فلا وجه لسقوط الخيار بالتلف. نعم لو قيل بأنّه متعلّق بالعوضين كان ما أُفيد تامّاً. ←

---

١. الاستذكار ٢٠: ٢٠٥، المبسوط ١٣: ١٠١ ـ ١٠٢، الهداية للمرغيناني ٣: ٦٣، بدائع الصنائع ٧: ١٨٥.

٢. الاستذكار ٢٠: ٢٠٥، المغني ٤: ٢٨٠ ـ ٢٨١، المبسوط للسرخسي ١٣: ١٠٢.

٣. حلية العلماء ٤: ٢٩٨ ـ ٢٩٩، الاستذكار ٢٠: ٢٠٥ ـ ٢٠٦، الحاوي الكبير ٥: ٢٧٩، ٢٨٣.

٤. المغني ٤: ٢٨١، الاستذكار ٢٠: ٢٠٩.

٥. المبسوط ١٣: ١٠٢، بدائع الصنائع ٧: ١٨٥، ١٨٦، المغني لابن قدامة ٤: ٢٨١، الاستذكار ٢٠: ٢٠٩.

الربح[١]. وقال مالك: إن كانت قيمتُها يومَ القبض أو يوم البيع ـ على خلاف عنه في ذلك ـ مثلَ ما وزن المبتاعُ أو أقلَّ فلايرجع عليه المشتري بشيء، وإن كانت القيمة أقلَّ خُيِّرَ البائع بين ردِّه للمشتري القيمةَ، أو ردِّه الثمنَ، أو امضائِه السلعة بالثمن الذي صحّ[٢].

وأمّا إذا باع الرجل سلعته مرابحة، ثم أقام البيّنة أنّ ثمنها أكثر مما ذكره، وأنّه وهم في ذلك، وهي قائمة، فقال الشافعي: لايسمع من تلك البينة لأنّه كذّبها[٣]*.

← واستدلّ للقول ببقاء الخيار بحصول المقتضي وانتفاء المانع، اذ ليس إلّا التلف، ولا يصلح للمانعية؛ إذ مع الفسخ يثبت المثل أو القيمة، ولعموم المغرور يرجع على من غرّه، والكذب في الإخبار مقتضي للخيار، ولم يثبت اشتراطه بالعلم بذلك قبل تلف المبيع، فمع التلف وانتقاله عن ملكه انتقالاً لازماً أو وجود مانع كالاستيلاد، يردّ على البائع مثله أو قيمته ويأخذ هو منه الثمن أو عوضه مع فقده. (قواعد الأحكام ٢: ٥٩، مسالك الأفهام ٣: ٣١٠، الحدائق الناضرة ١٩: ٢٠٧، مفتاح الكرامة ٩: ٨٦٠، جواهر الكلام ٢٣: ٣١٩، فقه الصادق ١٨: ٣٠٨ ـ ٣٠٩).

* نص كثير من فقهاء الإماميّة أنّ البائع في المرابحة لو ادّعىٰ كثرة الثمن على ما أخبر به لم يقبل منه إذا لم يعلم صدقه. يعني: لو أخبره أنّ رأس المال ثمن معلوم وباعه به، ثم ادّعى أنّه أكثر مما أخبره به لم تقبل دعواه ولم تسمع بيّنته، وهو خيرة المبسوط والشرائع والتحرير والدروس وغيرها.

وقد استدل لعدم القبول بأنّ قوله الثاني منافٍ للأوّل، فيلغى ولاتقبل بيّنته على ذلك؛ لأنّه كذّبها بإقراره الأوّل فلا تسمع منه، وأورد عليه الشهيد الثاني بجواز الغلط والاستناد إلى أمر كإخبار الوكيل، ثم يظهر خلافه فيتجه حينئذٍ القبول إن ظهر ←

---

١. حلية العلماء ٤: ٣٠٠، البيان للعمراني ٥: ٣١٥، الاستذكار ٢٠: ٢٠٨.

٢. الموطّأ ٢: ٦٦٩، المقدّمات الممهّدات ٢: ١٢٩.

٣. الوجيز شرح العزيز ٤: ٣٢٦، المهذّب للشيرازي ٣: ١٣٩.

وقال مالك: يسمع منها ويجبر المبتاع علىٰ ذلك الثمن[١]. وهذا بعيد؛ لأنّه بيع آخر. وقال مالك في هذه المسألة إذا فاتت السلعة: إنّ المبتاع مخير بين أن يعطي قيمة السلعة يوم قبضها، أو أن يأخذها بالثمن الذي صحّ[٢]. فهذه هي مشهورات مسائلهم في هذا الباب.

ومعرفة أحكام هذا البيع تنبني في مذهب مالك علىٰ معرفة أحكام ثلاثة مسائلَ وما تركّب منها: حكم مسألة الكذب، وحكم مسألة الغشّ، وحكم مسألة وجود العيب. فأمّا حكم الكذب فقد تقدّم. وأمّا حكم الردّ بالعيب فهو حكمه في البيع المطلق. وأمّا حكم الغش عنده فهو تخيير البائع مطلقاً، وليس للبائع أن يُلزِمَه البيعَ وإن حطّ عنه مقدار الغش كما له ذلك في مسألة الكذب، هذا عند ابن القاسم[٣]. وأمّا عند أشهب، فإنّ الغش عنده ينقسم قسمين: قسم مؤثر في الثمن، وقسم غير مؤثر. فأمّا غير المؤثر فلا حكم عنده فيه. وأمّا المؤثر فحكمه عنده حكم الكذب[٤]. وأمّا التي تتركب فهي أربع مسائل: كذب وغش، وكذب وتدليس، وغش وتدليس بعيب، وكذب وغش وتدليس بعيب. وأصل مذهب ابن القاسم فيها أنّه يأخذ بالذي بقي حكمه إن كان فات بحكم أحدهما، أو بالذي هو أرجح له إن لم يفت حكمُ أحدهما، إمّا على التخيير حيث يمكن التخيير، أو الجمع حيث يمكن الجمع. وتفصيل هذا لائق بكتب الفروع، أعني: مذهب ابن القاسم وغيره[٥].

← لإنكاره تأويل محتمل مثل أن يقول: ما كنت اشتريته بل اشتراه وكيلي واخبرني أنّ الثمن مائة فبان خلافه؛ لرجحان البيّنة علىٰ إقراره الأوّل بعد ذكره للتأويل، ومال إليه في الجواهر. (قواعد الأحكام ٢: ٥٩، مسالك الأفهام ٣: ٣١٠ ـ ٣١١، مفتاح الكرامة ٩: ٨٦١، جواهر الكلام ٢٣: ٣١٩).

---

١. المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٢٣٩، المنتقىٰ للباجي ٥: ٥٢ ـ ٥٣.

٢. الموطّأ ٢: ٦٦٩، المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٢٣٩.

٣. أنظر: المقدّمات الممهّدات ٢: ١٢٩ ـ ١٣٠.

٤. أنظر: المقدّمات الممهّدات ٢: ١٣٠، وفيه نسبة الكلام لسحنون وليس لأشهب.

٥. المقدّمات الممهّدات ٢: ١٣١ ـ ١٣٧.

كتاب بيع العرية

كتاب بيع العرية

اختلف الفقهاء في معنىٰ العرية والرخصةِ التي أتت فيها في السنَّة[1]. فحكىٰ القاضي أبو محمد عبدالوهاب أنّ العرية في مذهب مالك هي أن يهب الرجل ثمرة نخلة * أو نخلات من حائطه لرجل بعينه[2]، فيَجُوز للمعرَّىٰ شراؤها من المعرِّي له بخرصها تمراً علىٰ شروط أربعة **:

---

* المشهور عند الإماميّة في تعريف العرية: إنّها النخلة تكون للإنسان في دار رجل آخر. وقال أهل اللغة وجملة من المتقدّمين: أو بستانه. واستحسنه جملة من المتأخرين بل ظاهر السيّد في الغنية والشهيد الثاني في المسالك الإجماع عليه؛ لأنّ أهل اللغة يُرجع إليهم في ذلك، ولمسيس الحاجة إليها كالتي في الدار. (تذكرة الفقهاء ١٠: ٤٠١، مسالك الأفهام ٣: ٣٦٥، الحدائق الناضرة ١٩: ٣٥٧، رياض المسائل ٨: ٣٦٤، جواهر الكلام ٢٤: ١٠٢، فقه الصادق ١٨: ٢٢٧).

** اشترط فقهاء الإماميّة في بيع العرية شروطاً:

أحدها: كون البيع علىٰ ذي الدار والبستان لا على غيرهما.

ثانيها: كونها واحدة في كلّ بستان أو دار، فلو كان لمالك واحد اثنتان في دار أو بستان لم يجز بيع ثمرتها ولا ثمرة أحدهما؛ لعدم صدق العرية في هذه الصورة. نعم ←

---

١. الاستذكار ١٩: ١١٩.

٢. المعونة ٢: ١٠١٧، المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٢٦، المقدّمات الممهّدات ٢: ٥٢٥، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣١٥.

أحدها: أن تزهي. والثاني: أن تكون خمسةَ أوسق فما دون، فإن زادت فلايجوز. والثالث: أن يعطيه التمر الذي يشتريها به عند الجَذاذ، فان اعطاه نقداً لم يجز. والرابع: أن يكون التمر من صنف تمر العريّة ونوعها[١].

فعلىٰ مذهب مالك الرخصة في العريّة إنّما هي في حقّ المعرِّي فقط[٢]، والرخصة فيها إنّما هي استثناؤها من المزابنة * وهي بيع الرُّطَب بالتمر الجاف الذي ورد النهي عنه. ومن صنفي الربا أيضاً، أعني: التفاضل والنساء؛ وذلك أنّ بيع ثمر معلوم الكيل بثمر معلوم بالتخمين

← لو تعدّدت الدار أو البستان جاز تعددها من الواجد.

ثالثها: الخرص والتخمين في ثمرة النخلة كما دلّ عليه الخبر الذي رواه السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «رخّص رسول الله صلى الله عليه وآله في العرايا أن تشتريها بخرصها ثمراً...» الحديث.

رابعها: عدم التفاضل وقت العقد؛ لظاهر الخبر الدالّ علىٰ اعتبار المساواة، ولزوم الربا مع التفاضل ولأنّ الأصل المنع إلّا فيما دلّ عليه النصّ.

خامسها: أن يكون الثمن حالاً، فلايجوز تأجيله وإن لم يقبض في المجلس، خلافاً للشيخ في المبسوط حيث شرط التقابض وقد ضعّف.

سادسها: كون الثمن من غيرها. قال في المسالك: وهو المعروف في المذهب لئلّا يتّحد الثمن والمثمن علىٰ أصحّ القولين. (مسالك الأفهام ٣: ٣٦٥ ـ ٣٦٦، الحدائق الناضرة ١٩: ٣٥٩ ـ ٣٦٠، جواهر الكلام ٢٤: ١٠٥ ـ ١١٤، فقه الصادق ١٨: ٢٢٨ ـ ٢٢٩).

* الذي عليه الإماميّة ـ بل هو اجماع أهل العلم ـ أنّ الرخصة في العرية إنّما هي استثناؤها من عموم الحرمة في المزابنة، وهو مورد اتفاق القائلين بالعموم في المزابنة. (تذكرة الفقهاء ١٠: ٤٠٤، مسالك الأفهام ٣: ٣٦٥، الحدائق الناضرة ١٩: ٣٥٧، فقه الصادق ١٨: ٢٢٦).

---

١. المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٢٧ ـ ٢٢٨، المقدّمات الممهّدات ٢: ٥٣١، المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٢٥٨، ٢٦٢، ٢٦٨.

٢. الاستذكار ١٩: ١٢١، ١٢٦، ١٢٨، ١٢٩، المقدّمات الممهّدات ٢: ٥٣٠، المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٢٥.

ـ وهو الخرص ـ فيدخله بيع الجنس الواحد متفاضلاً، وهو أيضاً ثمر بثمر إلىٰ أجل[١]، فهذا هو مذهب مالك فيما هي العرية، وما هي الرخصة فيها، ولمن الرخصة فيها.

وأمّا الشافعي، فمعنىٰ الرخصةِ الواردة عنده فيها ليست للمعرِّي خاصة، وإنّما هي لكلّ أحد من الناس أراد أن يشتريَ هذا القدر من الثمر، أعني: الخمسة أوسق أو ما دون ذلك، بثمر مثلها[٢]، وروي أنّ الرخصة فيها إنّما هي معلّقة بهذا القدر من التمر؛ لضرورة الناس أن يأكلوا رُطَباً وذلك لمن ليس عنده رطب وعنده تمر يشتري به الرطب[٣]. والشافعي يشترط في إعطاء التمر الذي تباع به العريّة أن يكون نقداً، ويقول: إن تفرّقا قبل القبض فسد البيع[٤].

والعرية جائزة عند مالك في كلّ ما ييبس ويُدَّخر[٥]، وهي عند الشافعي في التمر والعنب فقط[٦]. ولا خلاف في جوازها فيما دون الخمسة أوسق عند مالك والشافعي[٧]، وعنهما الخلاف إذا كانت خمسة أوسق، فروي الجواز عنهما والمنع، والأشهر عند مالك الجواز[٨].

فالشافعي يخالف مالكاً في العرية في أربعة مواضع، أحدها: في سبب الرخصة كما قلنا. والثاني: إنّ العرية التي رُخِّص فيها ليست هبة، وإنّما سميت هبة على التجوز[٩]. والثالث: في

---

١. المقدّمات الممهّدات ٢: ٥٢٩، ٥٣٢، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣١٥.

٢. الأُم ٣: ٦٦، ٦٨، التهذيب للبغوي ٣: ٤٠٠ ـ ٤٠١، البيان للعمراني ٥: ١٩٢.

٣. الأم ٣: ٦٦، ٦٨، المهذّب للشيرازي ٣: ٧٩، الاستذكار ١٩: ١٢٥.

٤. الأم ٣: ٦٦ ـ ٦٨، التهذيب للبغوي ٣: ٤٠٢.

٥. المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٢٥٨، الاستذكار ١٩: ١٢٦، المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٢٦، المقدّمات الممهّدات ٢: ٥٣٣.

٦. الأم ٣: ٦٨، التهذيب للبغوي ٣: ٤٠٣.

٧. الاستذكار ١٩: ١٢٢، ١٢٣، ١٢٦، ١٢٧، المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٢٦٢، ٢٦٣، التهذيب للبغوي ٣: ٤٠١، المهذّب للشيرازي ٣: ٧٩.

٨. الاستذكار ١٩: ١٢٥، ١٢٧، المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٢٦٢، ٢٦٣، التهذيب للبغوي ٣: ٤٠١، الأم ٣: ٦٨، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣١٥، البيان للعمراني ٥: ١٩٧.

٩. انظر: الاستذكار ١٩: ١٢٢، المغني لابن قدامة ٤: ١٦٨، التهذيب للبغوي ٣: ٤٠٠.

اشتراط النقد عند البيع. والرابع: في محلّها*.

فهي عنده كما قلنا في التمر والعنب فقط، وعند مالك في كل ما يدّخر ويـيبس. وأمّـا أحمد بن حنبل فيوافق مالكاً في أنّ العريّة عنده هي الهبة[١]، ويخالفه في أنّ الرخصة إنّما هي عنده فيها للموهوب له، أعني: المعرَّىٰ له لا المعرِّي؛ وذلك أنّه يرى أنّ له أن يبيعها ممّن شاء بهذه الصفة لا من المعرِّي خاصة[٢] كما ذهب إليه مالك.

وأمّا أبو حنيفة فيوافق مالكاً في أنّ العريَّة هي الهبة[٣]، ويخالفه في صفة الرخصة؛ وذلك أنّ الرخصة عنده فيها ليست هي من باب استثنائها من المزابنة، ولا هي في الجملة في البيع، وإنّما الرخصة فيها عنده من باب رجوع الواهب في هبته، إذا كان الموهوب له لم يـقبضها وليست عنده ببيع، وإنّما هي رجوع في الهبة علىٰ صفة مخصوصة، وهو أن يعطي بدلها تمراً بخرْصها[٤].

وعمدة مذهب مالك في العرية أنّها بالصفة التي ذَكر سنّتُها المشهورة عندهم بالمدينة، قالوا: وأصل هذا أنّ الرجل كان يهب النخلات من حائطه فيشقّ عليه دخولُ الموهوب له

---

* اتفق الإماميّة أنّ غير النخل لا عرية فيها؛ وذلك لاختصاص الدليل المرخّص به بالنخل، فالمرجع في غير النخل دليل المنع. وقال في المسالك: إنّما تظهر الفـائدة لو منعنا من بيع ثمرة باقي الشجر بجنسه جافاً، كما هو المختار. وأمّا على مـا ذهب إليـه المصنّف من الجواز فمعنى نفي العرية أنّه لا خصوصية لها حتّىٰ تتقيّد بـقيودها، بـل يجوز بيع الثمرة اتّحد الشجر أم تعدد في الدار وغيرها بجنس ثمرها متماثلاً. (مسـالك الأفهام ٣: ٣٦٧، الحدائق الناضرة ١٩: ٣٦١، جواهر الكلام ٢٤: ١١٤).

---

١. المغني لابن قدامة ٤: ١٩٦.

٢. المغني لابن قدامة ٤: ١٩٨، الاستذكار ١٩: ١٢١، مختصر اختلاف العلماء ٣: ١٢٢.

٣. مختصر اختلاف العلماء ٣: ١٢٠، الاستذكار ١٩: ١٣٠.

٤. كتاب الحجة علىٰ أهل المدينة ٢: ٥٤٨ ـ ٥٤٩، مختصر اختلاف العلماء ٣: ١٢٠، الاستذكار ١٩: ١٣٠.

عليه، فأبيح أن يشتريَها بخرصها تمراً عند الجذاذ[١]. ومن الحجّة له في أنّ الرخصة إنّما هي للمعرِّي حديث سهل بن أبي حثمة: «إنّ رسول الله ﷺ نهى عن بيع التمر بالرُّطَب، إلّا أنّه رخّص في العرية أن تباع بخَرصها، يأكلها أهلُها رُطَباً»[٢] قالوا: فقوله يأكلها رُطَباً دليل علىٰ أنّ ذلك خاصّ بمعرِّيها؛ لأنّهم في ظاهر هذا القول أهلها[٣]. ويمكن أن يقال أنّ أهلها هم الذين اشتروها كائناً من كان، لكنّ قوله رُطَباً هو تعليل لايناسب المُعرِّي، وعلىٰ مذهب الشافعي هو مناسب، وهم الذين ليس عندهم رطب ولا تمر يشترونها به. ولذلك كانت الحجّة للشافعي[٤].

وأمّا أنّ العرية عنده هي الهبة[٥] فالدليل علىٰ ذلك من اللغة؛ فإنّ أهل اللغة قالوا: العرية هي الهبة. واختلف في تسميتها بذلك، فقيل: لأنّها عَرِيت من الثمن، وقيل: إنّها مأخوذة من عروت الرجل أعروه إذا سألته[٦]، ومنه قوله تعالىٰ: ﴿وَأَطْعِمُوا ٱلْقَانِعَ وَٱلْمُعْتَرَّ﴾[٧]. وإنّما اشترَط مالك نقد الثمن عند الجذاذ، أعني: تأخيرَه إلىٰ ذلك الوقت؛ لأنّه تمر ورد الشرع بخرصه، فكان من سُنّته أن يتأجّل إلى الجذاذ، أصله الزكاة[٨]. وفيه ضعف؛ لأنّه مصادمة بالقياس لأصل السنة. وعنده أنّه إذا تطوّع بعد تمام العقد بتعجيل التمر جاز[٩]. وأمّا اشتراطه جوازها في الخمسة الأوسق أو فيما دونها؛ فلما رواه عن أبي هريرة: «إنّ رسول الله ﷺ أرخص في بيع العرايا بخرصها فيما دون خمسة أوسق، أو في خمسة أوسق»[١٠] وإنّما كان

---

١. الاستذكار ١٩: ١٢٨، المقدّمات الممهّدات ٢: ٥٢٩، المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٢٥.

٢. صحيح البخاري ٣: ١٥٧، كتاب البيوع، باب بيع الثمر على رؤس النخل بالذهب والفضة، الحديث ١٣٦.

٣. الاستذكار ١٩: ١٢٧، المقدّمات الممهّدات ٢: ٥٣٠.

٤. انظر: البيان للعمراني ٥: ١٩٢، الأُم ٣: ٦٤ ـ ٦٨، التهذيب للبغوي ٣: ٤٠١، العزيز شرح الوجيز ٤: ٣٥٦.

٥. الاستذكار ١٩: ١٢٧، المقدّمات الممهّدات ٢: ٥٢٥، ٥٢٦.

٦. المقدّمات الممهّدات ٥٢٥، ٥٢٦، المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٢٦، المعونة ٢: ١٠١٧، ترتيب كتاب العين ٢: ١١٨٨.

٧. سورة الحج: الآية ٣٦.

٨. المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٢٥٨، ٢٥٩، المقدّمات الممهّدات ٢: ٥٢٩، ٥٣٠، المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٢٨.

٩. النوادر والزيادات ٦: ٢٠٠.

١٠. صحيح البخاري ٣: ١٥٧، كتاب البيوع باب بيع الثمر على رؤوس النخل بالذهب والفضة، الحديث ١٣٥.

عن مالك في الخمسة الأوسق روايتان الشك الواقع في هذا الحديث من الراوي[١]. وأمّا اشتراطه أن يكون من ذلك الصنف بعينه إذا يبس؛ فلما روي عن زيد بن ثابت: «إنّ رسول الله ﷺ رخّص لصاحب العرية أن يبيعها بخرصها تمراً» خرجه مسلم[٢و٣].

وأمّا الشافعي، فعمدته حديث رافع بن خديج وسهل بن أبي حثمة عن النبي ﷺ: «إنّه نهىٰ عن المزابنة، التمرِ بالتمر إلّا أصحاب العرايا، فإنّه أذن لهم فيه»[٤و٥] وقوله فيها: «يأكُلُها أهلُها رُطَباً»[٦]. والعرية عندهم هي اسم لما دون الخمسة الأوسق من التمر؛ وذلك أنّه لمّا كان العرف عندهم أن يهب الرجل في الغالب من نخلاته هذا القدرَ فما دونه. خَصّ هذا القدرَ الذي جاءت فيه الرخصة باسم الهبة لموافقته في القدر للهبة[٧]؛ وقد احتجّ لمذهبه بما رواه باسناد منقطع عن محمود بن لبيد[٨] أنّه قال لرجل من أصحاب رسول الله ﷺ إمّا زيد بن ثابت وإمّا غيره: ما عراياكم هذه؟ قال: فسمّىٰ رجالاً محتاجين من الأنصار شكوا إلىٰ رسول الله ﷺ أنّ الرطب أتىٰ وليس بأيديهم نقد يبتاعون به الرطب فيأكلونه مع الناس، وعندهم فضل من قوتهم من التمر، فرخص لهم أن يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر الذي بأيديهم يأكلونها رطباً[٩و١٠].

---

١. الموطّأ ٢: ٦٢٠، الاستذكار ١٩: ١١٧ ـ ١١٨، فتح المالك ٨: ٢٦.

٢. صحيح مسلم ٣: ١١٦٩، كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلّا في العرايا الحديث ٦٠.

٣. المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٣٠.

٤. البيان للعمراني ٥: ١٩٢، الاستذكار ١٩: ١٢٣.

٥. صحيح مسلم ٣: ١١٧٠ ـ ١١٧١، كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلّا في العرايا، الحديث ٧٠/١٥٤٠.

٦. الأم ٣: ٦٥، الاستذكار ١٩: ١٢٥.

٧. الأم ٣: ٦٥، البيان للعمراني ٥: ١٩٧، وحكاه المقدّمات ٢: ٥٣٢.

٨. محمود بن لبيد بن عقبة بن رافع بن امرئ القيس بن زيد بن عبدالأشهل الأنصاري؛ أبو نعيم، وثّقه ابن سعد، مات سنة ٩٦هـ. (الخلاصة ٣/١٥ (٦٨٨٧)، تقريب التهذيب ٢/٢٣٣، الثقات ٣/٣٩٧)

٩. الأم ٣: ٦٥، كتاب البيوع، باب بيع العرايا.

١٠. التهذيب للبغوي ٣: ٤٠٠ ـ ٤٠١، المهذّب للشيرازي ٣: ٧٦ ـ ٧٧، الاستذكار ١٩: ١٢٥.

وإنّما لم يَجُز تأخير نقد التمر لأنّه بيع الطعام بالطعام نسيئة[١]. وأمّا أحمد، فحجّته ظاهر الأحاديث المتقدمة أنّه رُخّص في العرايا ولم يخصّ المعرِّيَ من غيره[٢]. وأمّا أبو حنيفة؛ فلما لم تجز عنده المزابنة، وكانت إن جُعلت بيعاً نوعاً من المزابنة رأى أنّ انصرافها إلى المعرِّي ليس هو من باب البيع، وإنّما هو من باب رجوع الواهب فيما وهب بإعطاء خرصها تمراً، وتسميتُه إيّاها بيعاً عنده مجاز[٣]، وقد التفت إلىٰ هذا المعنىٰ مالك في بعض الروايات عنه، فلم يجز بيعها بالدراهم ولا بشيء من الأشياء سوى الخرص، وإن كان المشهور عنه جواز ذلك[٤].

وقد قيل: إنّ قول أبي حنيفة هذا هو من باب تغليب القياس على الحديث، وذلك أنّه خالف الأحاديث في مواضع: منها: أنّه لم يسمّها بيعاً، وقد نصّ الشارع على تسميتها[٥] بيعاً، ومنها: إنّه جاء في الحديث أنّه نهىٰ عن المزابنة ورخّص في العرايا. وعلىٰ مذهبه لاتكون العرية استثناءً من المزابنة؛ لأنّ المزابنة هي في البيع[٦]. والعجب منه أنّه سَهُل عليه أن يستثنيَها من النهي عن الرجوع في الهبة التي لم يقع فيها الاستثناء بنص الشرع، وعسر عليه أن يستثنيَها مما استثنىٰ منه الشارع، وهي المزابنة، والله أعلم.

---

١. الأم ٣: ٦٦، التهذيب للبغوي ٣: ٤٠٢.

٢. المغني لابن قدامة ٤: ١٩٨، الاستذكار ١٩: ١٢١.

٣. أنظر: مختصر اختلاف العلماء ٣: ١٢٠، وحكاه: المقدّمات الممهّدات ٢: ٥٣٢ ـ ٥٣٣، المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٢٧.

٤. الاستذكار ١٩: ١٢٦ ـ ١٢٧، المنتقىٰ للباجي ٤: ٢٢٨، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣١٥، التفريع ٢: ١٥٠.

٥. الاستذكار ١٩: ١٢٩، وحكاه: البيان للعمراني ٥: ١٩٢ ـ ١٩٣، والمقدّمات الممهّدات ٢: ٥٣٣.

٦. الاستذكار ١٩: ١٢٩.

كتاب الإجارات

كتاب الإجارات

بسم الله الرحمٰن الرحيم

وصلّى الله علىٰ سيّدنا محمّد وآله وصحبه وسلّم تسليماً

والنظر في هذا الكتاب شبيه بالنظر في البيوع، أعني: إنّ أصوله تنحصر بالنظر في أنواعها، وفي شروط الصحّة فيها والفساد، وفي أحكامها، وذلك في نوع نوع منها، أعني: فيما يخص نوعاً نوعاً منها، وفيما يعمّ أكثر من واحد منها، فهذا الكتاب ينقسم أوّلاً إلىٰ قسمين: القسم الأوّل: في أنواعها وشروط الصحّة والفساد. والثاني: في معرفة أحكام الإجارات.

وهذا كلّه بعد قيام الدليل علىٰ جوازها. فلنذكر أوّلاً ما في ذلك من الخلاف، ثم نصير إلىٰ ذكر ما في ذينِك القسمين من المسائل المشهورة؛ إذ كان قصدنا إنّما هو ذكر المسائل التي تجري من هذه الأشياء مجرى الأمّهات، وهي التي اشتهر فيها الخلاف بين فقهاء الأمصار. فنقول: إنّ الإجارة جائزة عند جميع فقهاء الأمصار والصدر الأوّل[1]. وحكي عن الأصم وابن عليه منعُها[2]*.

---

* أجمع علماء الإماميّة علىٰ شرعيّة الإجارة وجوازها؛ واستدلّوا علىٰ ذلك ←

---

١. الافصاح ٢: ٣٢، الاشراف لابن المنذر ٢: ١٠٦، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٥٢، المغني لابن قدامة ٦: ٦، الاجماع لابن المنذر: ١٧١، بدائع الصنائع ٥: ٥١١.

٢. الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٥٢، المغني لابن قدامة ٦: ٦، الحاوي الكبير ٧: ٣٨٨، بدائع الصنائع ٥: ٥١١، المحلّىٰ بالآثار ٨: ١٨٢.

ودليل الجمهور قوله تعالىٰ: ﴿إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنْكِحَكَ إِحْدَى ٱبْنَتَيَّ هَاتَيْنِ﴾[١] الآية، وقوله: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[٢]. ومن السُّنة الثابتة ما خرّجه البخاري عن عائشة، قالت: «استأجر رسول الله ﷺ وأبو بكر رجلاً من بني الدِّيل هاديا خِرِّيتا[٣]، وهو علىٰ دين كفار قريش، فدفعا إليه راحلتيهما، وواعداه غار ثور بعد ثلاث ليالٍ براحلتيهما»[٤]. وحديث جابر: «أنّه باع من النبي ﷺ بعيرا وشرط ظهره إلى المدينة»[٥]. وما جاز استيفاؤه بالشرط جاز استيفاؤه بالأجر[٦].

وشبهة من منع ذلك: أنّ المعاوضات إنّما يستحقّ فيها تسليم الثمن بتسليم العين، كالحال في الأعيان المحسوسة. والمنافع في الإجارات في وقت العقد معدومة، فكان ذلك غرراً، ومن بيع ما لم يخلق[٧]، ونحن نقول: إنّها وإن كانت معدومة في حال العقد فهي مستوفاة في الغالب، والشرع إنّما لحظ من هذه المنافع ما يستوفىٰ في الغالب، أو يكون استيفاؤه وعدم استيفائه على السواء[٨].

← ـ بالإضافة إلى الإجماع ـ بالكتاب ومنه قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾، وبالروايات المستفيضة، ومنها: ما عن الصادق ﷺ في الحمّال والأجير؟ قال: «لايجفّ عرقه حتىٰ تعطيه أجرته». (الخلاف ٣: ٤٨٥ ـ ٤٨٧، تذكرة الفقهاء ٢: ٢٩٠ (حجري)، تحرير الأحكام ٣: ٦٧، الحدائق الناظرة ٢١: ٥٣٠ ـ ٥٣٢، فقه الصادق ١٩: ٦٣ ـ ٦٤).

---

١. سورة القصص: الآية ٢٧.

٢. سورة الطلاق: الآية ٦.

٣. الخِرِّيتُ: الماهر بالهداية، أنظر: صحيح البخاري ٥: ١٥٧.

٤. صحيح البخاري ٥: ١٥٧، كتاب المناقب، باب هجرة النبي ﷺ وأصحابه إلى المدينة.

٥. صحيح البخاري ٤: ٢٩ ـ ٣٠، كتاب الشروط، باب إذا اشترط البائع ظهر الدابة إلىٰ مكان مسمىٰ جاز، الحديث ٦. صحيح مسلم ٣: ١٢٢١، كتاب المساقاة، باب بيع البعير واستثناء ركوبه، الحديث ٧١٥/١٠٩.

٦. المقدّمات الممهّدات ٢: ١٦٤ ـ ١٦٥، المغني لابن قدامة ٦: ٥، المحلّىٰ بالآثار ٨: ١٨٢، بدائع الصنائع ٥: ٥١١، ٥١٤.

٧. الحاوي الكبير ٧: ٣٨٨، بدائع الصنائع ٥: ٥١١ ـ ٥١٢.

٨. انظر: الحاوي الكبير ٧: ٣٩٠، المغني لابن قدامة ٦: ٦.

القسم الأول

وهذا القسم النظر فيه في جنس الثمن، وجنس المنفعة التي يكون الثمن مقابلاً له، وصفتها. فأمّا الثمن فينبغي أن يكون ممّا يجوز بيعه، وقد تقدّم ذلك في باب البيوع. وأمّا المنفعة فينبغي أن تكون من جنس ما لم ينه الشرع عنه[1]*، وفي كل هذه مسائل اتفقوا عليها واختلفوا فيها.

فمما اجتمعوا علىٰ إبطال إجارته: كلّ منفعة كانت لشيء محرّم العين[2]، وكذلك كلُّ منفعة كانت محرّمةً بالشرع، مثل أجر النوائح وأجر المغنّيات[3]**، وكذلك كلُّ منفعة كانت فرض

---

* أجمعت الإماميّة علىٰ أنّ مورد الإجارة كلّ ما صحّ إعارته من حيث كونه عيناً ينتفع به مع بقائه فيصح إجارته، كالثوب والدابة ونحوهما. (تذكرة الفقهاء ٢: ٣١٦، جواهر الكلام ٢٧: ٢١٣، الحدائق الناضرة ٢١: ٥٤٢).

** لا خلاف بين الإماميّة ـ بل ادعي عليه الاجماع ـ في اشتراط كون المنفعة في عقد الإجارة مباحة، فلاتصحّ إجارة المساكن لاحراز المحرّمات أو الدكاكين ليبيعها، أو الدواب لحملها، أو الجارية للغناء، أو العبد لكتابة الكفر وغيرها، والمشهور بينهم تحريم الإجارة لذلك وأنّ العقد باطل، وتحرم الأجرة لذلك. ←

---

١. البيان للعمراني ٧: ٣٤٦، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٧٤، المغني لابن قدامة ٦: ١٤٣، وانظر: تحفة الفقهاء ٢: ٣٥٧.

٢. انظر: المغني لابن قدامة ٤: ٣٢٧، ٦: ١٤٣، الإقناع لابن المنذر: ١٧٠، بدائع الصنائع ٦: ٢٦٥، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٧٤، المهذّب للشيرازي ٣: ٢٣.

٣. الإجماع لابن المنذر: ١٧٢، المغني لابن قدامة ٦: ١٤٩، الهداية للمرغيناني ٣: ٢٧٠، البيان للعمراني ٧: ٢٤٨.

عين علىٰ الإنسان بالشرع مثل الصلاة وغيرها[١]*.

واتفقوا علىٰ: إجارة الدُّور[٢]**، والدوابّ[٣]***، .....

← إلّا أن صاحب الشرائع ذكر قولاً آخر حاصله: القول بالتحريم، وانعقاد الإجارة، وعلّله بامكان الانتفاع في غير المحرّم.

كما ذكر فقهاء الإماميّة أنّ كلّ ما له منفعة محرّمة لايجوز عقد الإجارة عليه كالشطرنج والنرد وآلات القمار. (تحرير الأحكام ٣: ٧٥، جواهر الكلام ٢٧: ٣٠٧، مسالك الأفهام ٥: ٢١٥ ـ ٢١٦، الحدائق الناظرة ٢١: ٥٥٢ ـ ٥٥٣، الخلاف ٣: ٥٠٨، فقه الصادق ١٩: ٣٥ ـ ٣٩).

* لا خلاف بين الإماميّة في عدم جواز أخذ الأجرة علىٰ فعل واجب عيني على الأجير، وادعي عليه الاجماع. (مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٨٩، مفتاح الكرامة ١٥: ١٦٥).

** لا خلاف بين الإماميّة ـ بل ادعي عليه الاجماع ـ في صحّة استيجار الدور. وجميع هذه الفروع تشملها الضابطة ـ التي لا خلاف فيها، بل الإجماع عليها ـ القائلة بأنّ كلّما صحّ إعارته من حيث كونه عيناً ينتفع به مع بقائه صحّ إجارته؛ لما تقدّم في العارية من أنّ العين المستعارة هي كلّما يصحّ الانتفاع به مع بقاء عينه كالثوب والدابة ونحوهما، وذلك بعينه مورد الإجارة عرفاً؛ ويدلّ عليها أيضاً الكتاب والسنّة. (المبسوط ٣: ٢٢١، السرائر ٢: ٤٥٦، تحرير الأحكام الشرعية ٣: ٧٢ ـ ٧٣، قواعد الأحكام ٢: ٢٨٢، جواهر الكلام ٢٧: ٢١٣، مفتاح الكرامة ١٥: ٢٢ ـ ٢٣).

*** ذكر علماء الإماميّة بأنّ منافع الدواب متعدّدة؛ كالركوب والحمل والاستعمال. وقد اجمع أهل العلم كافة ـ فضلاً عن الإماميّة ـ علىٰ جواز استيجار الدواب للركوب ←

---

١. عقد الجواهر الثمينة ٣: ٩٣٠، الوجيز ١: ٢٣٢، المحلّىٰ بالآثار ٨: ١٩١، النتف في الفتاوىٰ ٢: ٥٧٤.

٢. الإجماع لابن المنذر: ١٧٢، المبسوط للسرخسي ١٥: ١٤٤، الاشراف لابن المنذر ٢: ١١٧، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٦٨، الإقناع لابن القطّان ٢: ١٦١، المغني لابن قدامة ٦: ٢٦، مختصر القدوري: ١٠١.

٣. الإجماع لابن المنذر: ١٧٢، الاشراف لابن المنذر ٢: ١١٧، الحاوي الكبير ٧: ٤١٠، الإقناع لابن القطّان ٢: ١٦١، مختصر القدوري: ١٠١، المبسوط للسرخسي ١٥: ١٩٢، الهداية للمرغيناني ٣: ٢٦٥، التفريع ٢: ١٨٣.

والناس على الأفعال المباحة[١]*. وكذلك الثيابُ والبُسُطِ[٢]**.

واختلفوا في إجارة الأرَضينَ، وفي إجارة المياه[٣]***، وفي إجارة المؤذِّن، وفي

← إلىٰ مكّة وغيرها، ولقوله تعالىٰ ﴿وَالخَيْلَ وَالبِغالَ وَالحَمِيرَ لِتَرْكَبُوها﴾ ولم يفرّق بين المملوكة والمستأجرة.

ولا خلاف بين العلماء في جواز استيجار الدواب للحمل؛ لقوله تعالىٰ: ﴿وَتَحْمِلُ أَثْقالَكُمْ إِلىٰ بَلَدٍ﴾، ﴿وَمِنَ ٱلأَنْعامِ حَمُولَةً﴾، كما يظهر من اطلاق عبارة التحرير.

كما يجوز استيجار الدواب للعمل إجماعاً. (المبسوط ٣: ٢٢٦، تذكرة الفقهاء ٢: ٣٠٨، ٣٠٩، ٣١١، مفتاح الكرامة ١٥: ٢٣٩، تحرير الاحكام ٣: ٧٢ـ٧٣).

* لا خلاف بين الإماميّة ـ بل ادعي عليه الإجماع ـ في صحّة استيجار الآدمي؛ ودلّ علىٰ ذلك الكتاب والسنّة. (السرائر ٢: ٤٥٦، جامع المقاصد ٧: ١٥٧ ـ ١٥٨، تذكرة الفقهاء ٢: ٣٠١، الحدائق الناضرة ٢١: ٥٩٦، مفتاح الكرامة ١٥: ١٨٠).

** ذكر فقهاء الإماميّة أنّه يجوز استيجار الثياب للّبس، والبسط للفرش؛ لأنّها منافع مباحة مقصودة للعقلاء معلومة فجاز استيجارها كغيرها، هذا بالإضافة إلىٰ شمول الضابطة المتقدّم ذكرها لها. (تذكرة الفقهاء ٢: ٣١٦، تحرير الأحكام ٣: ٧٣، جواهر الكلام ٢٧: ٢١٣).

*** لم أعثر علىٰ هذا الفرع بعنوانه في كتب الإماميّة، والموجود «حكم استئجار البئر للاستقاء منها» ولهم في هذه المسألة قولان، فذهب جماعة إلىٰ المنع؛ لأنّ المقصود هو الماء، وهو عين لا منفعة، والإجارة لاتتناول الأعيان. وذهب آخرون إلى ←

---

١. الإقناع لابن القطّان ٢: ١٦٢، المغني لابن قدامة ٦: ٣٨، النتف في الفتاوىٰ ٢: ٥٦٦ ـ ٥٦٧.

٢. الإجماع لابن المنذر: ١٧٢، الاشراف لابن المنذر ٢: ١٢٥ ـ ١٢٦، المبسوط للسرخسي ١٥: ١٨٦، المغني لابن قدامة ٦: ٦٥، المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٤١٥ ـ ٤١٦، الإقناع لابن القطّان ٢: ١٦٠، تحفة الفقهاء ٢: ٣٤٧، النتف في الفتاوىٰ ٢: ٥٦٥.

٣. هذا الفرع بالخصوص لم يتطرّق إليه الماتن تفصيلاً فيما يأتي، عند ذكره لبقية الفروع. وانظر تفصيله في بدائع الصنائع ٥: ٥١٩، المحلّىٰ بالآثار ٨: ١٨٣.

الإجارة علىٰ تعليم القرآن، وفي إجارة نَزْوِ الفحول. فأمّا كراء الأرضين فاختلفوا فيها اختلافاً كثيراً، فقوم لم يجيزوا ذلك بتة، وهم الأقلّ، وبه قال طاوس، وأبو بكر بن عبدالرحمان[١]، وقال الجمهور بجواز ذلك[٢]*.

واختلف هؤلاء فيما يجوز به كراؤها، فقال قوم: لايجوز كراؤها إلّا بالدراهم والدنانير فقط، وهو مذهب ربيعة وسعيد بن المسيب[٣]. وقال قوم: يجوز كِراءُ الأرض بكلّ شيء ما عدا الطعام، وسواء كان ذلك بالطعام الخارج منها أو لم يكن، وما عدا ما ينبت فيها كان طعاماً أو غيره، وإلىٰ هذا ذهب مالك وأكثر أصحابه[٤]. وقال آخرون: يجوز كِرَاء الأرض بما عدا الطعام فقط[٥]. وقال آخرون: يجور كراء الأرض بكل العُروضِ والطعام وغير ذلك، ما لم يكن

← الجواز، لدعوى الضرورة إليه، ولأنّه يشبه العين المنتفع بها مع بقائها، فإنّ العين المستأجرة هي البئر لا الماء والماء يجري هنا مجرى المنافع. واستشكل بعضهم وتوقف في المسألة؛ لأجل الوجهين المتقدمين. (قواعد الأحكام ٢: ٢٨٧، جامع المقاصد ٧: ١٣١، مفتاح الكرامة ١٥: ١٣٣، ايضاح الفوائد ٢: ٢٥٣، كنز الفوائد ٢: ١٤).

* لا خلاف بين الإماميّة في جواز إجارة الأرض للزراعة، بل قيل: وبه قال جميع الفقهاء؛ للأدلّة الخاصة المذكورة في باب الإجارة والمزارعة. (النهاية ونكتها ٢: ٢٦٥، السرائر ٢: ٤٤٤، تذكرة الفقهاء ٢: ٣٠٦، مفتاح الكرامة ١٥: ٢٦٤).

---

١. الاشراف لابن المنذر ٢: ٧٤، الحاوي الكبير ٧: ٤٥٤، المحلّىٰ بالآثار ٨: ١٩٠، عيون المجالس ٤: ١٨١١، المغني لابن قدامة ٥: ٥٩٦، المقدّمات الممهّدات ٢: ٢٢٣، الاستذكار ٢١: ٢٥١، البيان للعمراني ٧: ٢٥٦.

٢. الإقناع لابن القطّان ٢: ١٦٠، الاشراف لابن المنذر ٢: ٧٣، المغني لابن قدامة ٥: ٥٩٦.

٣. الاستذكار ٢١: ٢٤٨، ٢٥٢ ـ ٢٥٣، المقدّمات الممهّدات ٢: ٢٢٤، المنتقىٰ للباجي ٥: ١٤٣، المغني لابن قدامة ٥: ٥٩٦.

٤. الاستذكار ٢١: ٢٤٨، ٢٥٣ ـ ٢٥٤، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٥٠، الكافي في فقه أهل المدنية: ٣٧٧، عيون المجالس ٤: ١٨١٠ ـ ١٨١١، التفريع ٢: ٣٠٥، المنتقىٰ للباجي ٥: ١٤٣.

٥. الاستذكار ٢١: ٢٥٣، المقدّمات الممهّدات ٢: ٢٢٤.

بجزء ممّا يخرج منها من الطعام، وممّن قال بهذا القول سالم بن عبدالله وغيره من المتقدمين[١]، وهو قول الشافعي[٢]، وظاهر قول مالك في الموطّأ[٣]. وقال قوم: يجوز كِرَاؤها بِكُلِّ شيء، وبجزء مما يخرج منها، وبه قال أحمد والثوري والليث وأبو يوسف ومحمد صاحبا أبي حنيفة وابن أبي ليلىٰ والأوزاعي وجماعة[٤]*.

---

* لا خلاف بين الإماميّة ـ بل دعوى الإجماع عليه ـ في صحة إجارة الأرض بكل ما يصحّ أن يكون ثمناً من ذهب أو فضة أو طعام؛ وذلك لأنّ كلّ ذلك قابل لأن يقابَل بالمال، فيصحّ أن يكون ثمناً في الإجارة.

أمّا إجارة الأرض للزراعة بالحنطة أو الشعير، ففيه فرعان:

الأوّل: إنّ الأشهر بينهم ـ بل نفي الخلاف عنه والإجماع عليه ـ عدم جواز الإجارة إذا وقعت مقيّدة ومشروطة بما يخرج من تلك الأرض؛ لرواية الفضيل بن يسار، قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن إجارة الأرض بالطعام؟ قال عليه السلام: «إن كان من طعامها فلا خير فيه»، ولأنّ خروج ذلك القدر منها غير معلوم، فلربّما لايخرج منه شيء، أو يخرج بغير ذلك الوصف.

الثاني: فيما إذا وقعت الإجارة مطلقة، أو مقيّدة بكون مال الإجارة من غير تلك الأرض، فهنا أقوال:

المشهور بينهم ـ بل ادعي عليه الإجماع ـ جواز ذلك علىٰ كراهة، استناداً في ←

---

١. الاستذكار ٢١: ٢٥٤ ـ ٢٥٥.

٢. الحاوي الكبير ٧: ٤٥٣ ـ ٤٥٤، مختصر المزني: ١٣٩، الاستذكار ٢١: ٢٥٥، حلية العلماء ٥: ٣٧٩، البيان للعمراني ٧: ٢٥٦، التهذيب للبغوي ٤: ٤٨٠، والمعروف في مصادر الشافعية هو تجويز إجارة الأرض بما تنبته الأرض أو بما لاتنبته.

٣. الموطّأ ٢: ٧٠٧، كتاب المساقاة، باب ما جاء في المساقاة، المقدّمات الممهّدات ٢: ٢٢٥.

٤. الاستذكار ٢١: ٢٠٩ ـ ٢١٠، ٢٢٠، الكافي لابن قدامة ٢: ١٦٧، المقدّمات الممهّدات ٢: ٢٢٥ ـ ٢٢٦، مختصر اختلاف العلماء ٤: ٢١ ـ ٢٢، المغني لابن قدامة ٥: ٥٩٨.

وعمدة من لم يجز كراءها بحال ما رواه مالك بسنده عن رافع بن خديج: «أن رسول الله ﷺ نهىٰ عن كراء المزارع»[١]. قالوا: وهذا عامّ، وهؤلاء لم يلتفتوا إلىٰ ما رواه مالك من تخصيص الراوي له حين روىٰ عنه. قال حنظلة: فسألت رافع بن خديج عن كرائها بالذهب والورِق فقال: لابأس به[٢]. وروىٰ هذا عن رافع ابنُ عمر وأخذ بعمومه، وكان ابنُ عمر قبلُ يُكري أرضه فترك ذلك[٣]، وهذا بناء علىٰ رأي من يرىٰ أنّه لايخصّص العموم بقول الراوي[٤]. وروي عن رافع بن خديج عن أبيه[٥] قال: «نهىٰ رسول الله ﷺ عن إجارة الأرضين»[٦]. قال

← الجواز إلى الأصل والعمومات، وفي الكراهية إلىٰ شبهة الخلاف، واحتمال التحريم فتوىً ورواية.

وذهب ابن البراج إلى المنع مطلقاً، فيما إذاكان الطعام من جنس ما زرع في الأرض؛ مستنداً إلىٰ صحيحة الحلبي عن أبي عبدالله ﷺ قال: «لاتستأجر الأرض بالحنطة، ثم تزرعها حنطة». (الخلاف ٣: ٥١٧، مختلف الشيعة ٦: ١٨٦ ـ ١٨٧، تذكرة الفقهاء ٢: ٣٤١، رياض المسائل ٩: ١١٨ ـ ١٢٢، الحدائق الناضرة ٢١: ٢٨٧ ـ ٢٩١، جواهر الكلام ٢٧: ١١ ـ ١٤، جامع المقاصد ٧: ٣١٥، مفتاح الكرامة ١٥: ٤١٦ ـ ٤١٨).

---

١. الموطّأ ٢: ٧١١، كتاب كراء الأرض، باب ما جاء في كراء الأرض، الحديث ١، سنن أبي داود ٣: ٢٥٨ ـ ٢٥٩، كتاب البيوع، باب في المزارعة، الحديث ٣٣٩٣، صحيح مسلم ٣: ١١٨٣، كتاب البيوع، باب كراء الأرض بالذهب والورق، الحديث ١٥٤٧/١١٥، المقدّمات الممهّدات ٢: ٢٢٣، الحاوي الكبير ٧: ٤٥٤.

٢. الموطّأ ٢: ٧٧١، كتاب كراء الأرض، باب ما جاء في كراء الأرض، الحديث ١.

٣. صحيح البخاري ٣: ٢١٦، كتاب المزارعة، باب ما كان من أصحاب النبي ﷺ يواسي بعضهم بعضاً...، صحيح مسلم ٣: ١١٨٠، كتاب البيوع، باب كراء الأرض، الحديث ١٠٩، ١٥٤٧/١١١.

٤. المحصول ٣: ١٢٦ ـ ١٢٧، احكام الفصول: ١٧٦، الإحكام للآمدي ٢: ٥٣٣.

٥. ذكر ابن حجر وغيره أنّ رواية رافع بن خديج لهذا الحديث عن أبيه وهم، والصواب: ابن رافع، راجع: الاصابة ١: ٤٢٠ ـ ٤٢١، في ترجمة خديج بن رافع، رقم (٢٢٣٠)، الهداية في تخريج أحاديث البداية ٧: ٤٤٩ ـ ٤٥٠.

٦. سنن النسائي ٧: ٣٤ ـ ٣٥، كتاب المزارعة، باب ذكر الأحاديث المختلفة في النهي عن كراء الأرض بالثلث...، وقد جاء بلفظ: «إنّ رسول الله ﷺ نهىٰ عن كراء الأرض».

أبو عمر بن عبدالبر: واحتجّوا أيضاً بحديث ضمرة عن ابن شوذب عن مطر عن عطاء عن جابر، قال: «خطبنا رسول الله ﷺ فقال: مَنْ كانت له أرض فليزرعها أو ليُزرعها ولايؤاجرها»[١و٢].

فهذه هي جملة الأحاديث التي تمسّك بها من لم يُجز كراء الأرض. وقالوا أيضاً من جهة المعنىٰ: إنّه لم يَجُز كراؤها لما في ذلك من الغرر؛ لأنّه ممكن أن يصيب الزرع جائحة من نار أو قحط أو غرق، فيكون قد لزمه كراؤها من غير أن ينتفع من ذلك بشيء[٣]. قال القاضي: ويشبه أن يقال في هذا أن المعنىٰ في ذلك قصد الرفق بالناس لكثرة وجود الأرض، كما نهىٰ عن بيع الماء، ووجه الشبه بينهما أنّهما أصلا الخلقة.

وأمّا عمدة من لم يجز كراءها إلّا بالدراهم والدنانير فحديث طارق بن عبدالرحمن عن سعيد بن المسيب عن رافع بن خديج عن النبي ﷺ أنّه قال: «إنّما يزرع ثلاثة: رجل له أرض فيزرعها، ورجل مُنح أرضاً فهو يزرع ما مُنح، ورجل اكترىٰ بذهب أو فضة»[٤]، قالوا: فلايجوز أن يتعدىٰ ما في هذا الحديث، والأحاديث الأخر مطلقة، وهذا مقّيد، ومن الواجب حمل المطلق على المقيّد[٥].

وعمدة مَنْ أجاز كراءها بكلّ شيء ما عدا الطعام وسواء كان الطعام مدّخراً أو لم يكن حديث يعلىٰ بن حكيم عن سليمان بن يسار عن رافع بن خديج قال: قال رسول الله ﷺ: «مَنْ كانت له أرض فليزرعها أو ليزرعها أخاه، ولايُكرِها بثلثٍ ولا ربع ولا بطعامٍ معينٍ»[٦] قالوا:

---

١. سنن النسائي ٧: ٣٧، كتاب المزارعة، باب ذكر الأحاديث المختلفة في النهي عن كراء الأرض بالثلث...، شرح معاني الآثار ٤: ١٠٧، كتاب المزارعة والمساقاة.

٢. فتح المالك ٨: ٢٢٦، الاستذكار ٢١: ٢٥٢.

٣. الاستذكار ٢١: ٢٥١، فتح المالك ٨: ٢٢٨ ـ ٢٢٩.

٤. سنن النسائي ٧: ٤٠، كتاب المزارعة، باب ذكر الأحاديث المختلفة في النهي عن كراء الأرض بالثلث...، السنن الكبرىٰ ٦: ١٣٢، كتاب المزارعة، باب المنهي عنه وأنّه مقصور علىٰ كراء الأرض....

٥. الاستذكار ٢١: ٢٥٢ ـ ٢٥٣، المقدّمات الممهّدات ٢: ٢٢٤.

٦. سنن النسائي ٧: ٤٢، كتاب المزارعة، باب ذكر الأحاديث المختلفة في النهي عن كراء الأرض، سنن أبي داود ٣: ٢٥٩، كتاب البيوع، باب في التشديد في ذلك، الحديث ٣٣٩٥.

وهذا هو معنىٰ المحاقلة التي نهىٰ رسول الله ﷺ عنها[١]، وذكروا حديث سعيد بن المسيب مرفوعاً، وفيه: «والمحاقلة: استكراء الأرض بالحنطة»[٢]. قالوا: وأيضاً فإنّه من باب بيع الطعام بالطعام نسيئة[٣].

وعمدة من لم يُجِز كراءها بالطعام ولا بشيء ممّا يخرج منها: أمّا بالطعام فحجّته حجّة من لم يجز كراءها بالطعام. وأمّا حجّته علىٰ منع كرائها ممّا تنبت فهو ما ورد من نهيه ﷺ عن المخابرة[٤]، قالوا: وهي كراء الأرض بما يخرج منها[٥]، وهذا قول مالك وكل أصحابه[٦].

وعمدة من أجاز كراءها بجميع العروض والطعام وغير ذلك مما يخرج منها أنّه كراء منفعة معلومة بشيء معلوم، فجاز قياساً علىٰ إجارة سائر المنافع[٧]، وكأنّ هؤلاء ضعّفوا أحاديث رافع. روي عن سالم بن عبدالله وغيره في حديث رافع أنّهم قالوا: اكترىٰ رافع[٨]. قالوا: وقد جاء في بعض الروايات عنه ما يجب أن يحمل عليها سائرها، قال: «كنّا أكثر أهل المدينة حقلاً، قال: وكان أحدنا يكري أرضه ويقول: هذه القطعة لي، وهذه لك، وربّما أخرجت هذه ولم تخرج هذه، فنهاهم النبي ﷺ» خرّجه البخاري[٩].

---

١. صحيح البخاري ٣: ٢٣٢، كتاب المساقاة، باب الرجل يكون له ممرّ أو شرب...، الحديث ٢٩، صحيح مسلم ٣: ١١٧٩، كتاب البيوع، باب كراء الأرض، الحديث ١٥٤٦/١٠٥.

٢. الموطّأ ٢: ٦٢٥، كتاب البيوع، باب، ما جاء في المزابنة والمحاقلة ١٣، الحديث ٢٥.

٣. الاستذكار ٢١: ٢٥٣ ـ ٢٥٤، المقدّمات الممهّدات ٢: ٢٢٤ ـ ٢٢٥.

٤. صحيح البخاري ٣: ٢٣٢، كتاب المساقاة، باب الرجل يكون له ممرّ أو شرب...، الحديث ٢٩، صحيح مسلم ٣: ١١٧٤، كتاب البيوع، باب النهي عن المحاقلة والمزابنة...، الحديث ١٥٣٦/٨١.

٥. الحاوي الكبير ٧: ٤٥٤، المقدّمات الممهّدات ٢: ٢٢٦.

٦. تقدم ذكر الأقوال والمصادر فلاحظ.

٧. الحاوي الكبير ٧: ٤٥٤ ـ ٤٥٥، الاستذكار ٢١: ٢٥٤، فتح المالك ٨: ٢٣٠.

٨. الاستذكار ٢١: ٢٥٥ ـ ٢٥٦، المقدّمات الممهّدات ٢: ٢٢٥، فتح المالك ٨: ٢٣٠ ـ ٢٣١.

٩. صحيح البخاري ٣: ٢١٢ ـ ٢١٣، كتاب المزارعة، باب ما يكره من الشروط في المزارعة، الحديث ١٠، صحيح مسلم ٣: ١١٨٣، كتاب البيوع، باب كراء الأرض بالذهب والورق، الحديث ١٥٤٧/١١٧.

وأمّا من لم يجز كراءها بما يخرج منها فعمدته النظر والأثر. أمّا الأثر فما ورد من النهي عن المخابرة[١]، وما ورد من حديث ابن خديج عن ظهير بن رافع قال: «نهانا رسول الله ﷺ عن أمرٍ كان رفقاً بنا، فقلت ما قال رسول الله ﷺ فهو حقّ، قال: دعاني رسول الله ﷺ فقال: ما تصنعون بمحاقلكم؟ قلنا: نؤاجرها على الربع وعلى الأوسق من التمر والشعير، فقال رسول الله ﷺ: لاتفعلوا، إزرعوها أو زارعوها أو أمسكوها» وهذا الحديث اتفق علىٰ تصحيحه الإمامان البخاري ومسلم[٢و٣].

وأمّا من أجاز كراءها بما يخرج منها فعمدته حديث ابن عمر الثابت: «أن رسول الله ﷺ دفع إلىٰ يهود خيبر نخل خيبر وأرضها علىٰ أن يعملوها من أموالهم، علىٰ نصف ما تخرجه الأرض والثمرة»[٤]. قالوا: هذا الحديث أولىٰ من أحاديث رافع؛ لأنّها مضطربة المتون، وإن صحّت أحاديث رافع حملناها على الكراهية لا على الحظر[٥]، بدليل ما خرّجه البخاري ومسلم عن ابن عباس أنّه قال: «إنّ النبي ﷺ لم ينه عنها، ولكن قال: إن يمنح أحدكم أخاهُ يَكُنْ خيراً له من أن يأخذ منه شيئاً»[٦] قالوا: وقدم معاذ بن جبل اليمن حين بعثه رسول الله ﷺ وهم يخابرون فأقرهم[٧].

---

١. تقدَّم تخريجه آنفاً.

٢. صحيح البخاري ٣: ٢١٦، كتاب المزارعة، باب ما كان من أصحاب النبي ﷺ يواسي بعضهم بعضاً...، الحديث ٢١، صحيح مسلم ٣: ١١٨٢، كتاب البيوع، باب كراء الأرض بالطعام، الحديث ١٥٤٨/١١٤.

٣. المعونة ٢: ١١٣٩، المقدّمات الممهّدات ٢: ٢٢٦.

٤. صحيح البخاري ٣: ٢١١، كتاب المزارعة، باب المزارعة بالشطر ونحوه، الحديث ٩، صحيح مسلم ٣: ١١٨٧، كتاب المساقاة، باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع، الحديث ١٥٥١/٥، سنن أبي داود ٣: ٢٦٣، كتاب البيوع، باب في المساقاة، الحديث ٣٤٠٩.

٥. المقدّمات الممهّدات ٢: ٢٢٦، الاستذكار ٢١: ٢٥٧.

٦. صحيح البخاري ٣: ٢١٢، كتاب المزارعة، صحيح مسلم ٣: ١١٨٤، كتاب البيوع، باب الأرض تمنح، الحديث ١٥٥٠/١٢١.

٧. شرح معاني الآثار ٤: ١١٤، كتاب المزارعة والمساقات، سنن ابن ماجة ٢: ٨٢٣، كتاب الرهون، باب الرخصة في المزارعة بالثلث والربع، الحديث ٢٤٦٣.

وأمّـا إجـارة المـؤذّن فـإنّ قـوماً لم يـروا فـي ذلك بأساً[١]، وقـوماً كـرهوا ذلك[٢]*؛ والذيـن كـرهوا ذلك وحـرّموه احـتجّوا بـما روي عـن عـثمان بـن أبـي العـاص، قـال: قال رسول الله ﷺ: «اتّخذ مؤذّناً لايأخـذ عـلىٰ أذانـه أجـراً»[٣و٤]، والذيـن أبـاحوه قـاسوه على الأفعال غير الواجبة[٥]، وهذا هو سبب الاخـتلاف، أعـني: هـل هـو واجب، أم ليس بواجب؟

وأمّا الاستئجار علىٰ تعليم القرآن فـقد اخـتلفوا فـيه أيـضاً، وكـرهه قـوم[٦]، وأجـازه

---

* المشهور بين الإماميّة ـ بل ادّعي عليه عدم الخلاف بـل الإجـماع ـ حـرمة أخـذ الأجرة على الأذان؛ لكون الأذان عبادة دينية فلايجوز أخذ الأجرة عليها، ولأنّ الظاهر من أدلّته اعتبار المباشرة فيه كسائر الاجزاء الصلاتية، فلاتصحّ الإجارة فيه، وللروايات التي منها: موثقة السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام قال: «آخر ما فـارقت عـليه حبيب قلبي ـ إلىٰ أن قال: ـ ياعلي إذا صلّيت فصلّ صلاة أضـعف مـن خـلفك، ولاتـتخذنّ مؤذّناً يأخذ علىٰ أذانه أجراً».

وخالف المرتضىٰ في ذلك وقال: يكره أخذ الأُجرة على الأذان. (مختلف الشيعة ٢: ١٣٤، ١٣٥، مسالك الأفهام ٣: ١٣١، جواهر الكلام ٩: ٧١ ـ ٧٤، مفتاح الكرامة ٨: ١٦٦ ـ ١٦٨، المستند في شرح العروة ١٣: ٣٧٠ ـ ٣٧٤، رياض المسائل ٨: ٨٦).

---

١. المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٤٢٠، الافصاح ١: ٦٨، ٢: ٣٥، عقد الجواهر الثمينة ٣: ٩٣٠، المهذّب للشـيرازي ١: ٢٠٧، المغني لابن قدامة ١: ٤٦٠.

٢. الافصاح ٢: ٣٥، الهداية للمرغيناني ٣: ٢٦٩، المغني لابن قدامة ١: ٤٦٠.

٣. سنن أبي داود ١: ١٤٦، كتاب الصلاة، باب أخذ الأجر على التأذين، الحديث ٥٣١، سنن النسائي ٢: ٢٣، كتاب الأذان، باب اتخاذ المؤذن الذي لايأخذ علىٰ أذانه أجراً.

٤. الهداية للمرغيناني ٣: ٢٦٩، المغني لابن قدامة ١: ٤٦٠.

٥. المغني لابن قدامة ١: ٤٦٠، المهذب للشيرازي ١: ٢٠٧ ـ ٢٠٨، الاشراف لعبدالوهاب ١: ٢١٩ ـ ٢٢٠.

٦. الافصاح ٢: ٣٥، الكافي لابن قدامة ٢: ١٧١، المغني لابن قدامة ٦: ١٥٥، الهداية للمرغيناني ٣: ٢٦٩، مختصر اختلاف العلماء ٤: ٩٩.

آخرون[١]*. والذين أباحوه قاسوه علىٰ سائر الأفعال، واحتجّوا بما روي عن خارجة بن الصامت عن عمّه قال: «أقبلنا من عند رسول الله ﷺ فأتينا علىٰ حيٍّ من أحياء العرب فقالوا: إنّكم جئتم من عند هذا الرجل، فهلْ عندكم دواء أو رقية، فإنّ عندنا معتوهاً في القيود، فقلنا لهم نعم، فجاءوا به، فجعلت أقرأ عليه بفاتحة الكتاب ثلاثة أيّام غدوة وعشيّة أجمع بريقي ثم أتفل عليه، فكأنّما أُنشط من عقال، فأعطوني جعلا، فقلت لا حتّىٰ أسأل رسول الله ﷺ فسألته فقال: كُلْ فلعمري لمَن أَكل برقية باطلاً فلقد أكلت برقيةٍ حقاً»[٢]، وبما روي عن

---

* للإمامية ـ في أخذ الأجرة علىٰ تعليم القرآن ـ عدّة أقوال:

فذهب المشهور ـ بل دعوىٰ الإجماع عليه ـ إلىٰ كراهة أخذ الأجرة عليه مطلقاً؛ لأصالة الجواز، وللإجماع علىٰ جواز جعل تعليم القرآن مهراً، ولما رواه المشايخ الثلاثة عن الفضل بن أبي قرّة قال: قلت لأبي عبدالله ﷺ: إنّ هؤلاء يقولون أنّ كسب المعلم سحت؟ فقال: «كذبوا...»، واستندوا في إثبات الكراهة إلى الشبهة الناشئة من أخبار النهي، وفتوىٰ الشيخ والتقي بالتحريم.

وذهب آخرون إلىٰ كراهة أخذ الأجرة مع الشرط، وترتفع الكراهة مع عدمه ـ وقد ادّعىٰ في السرائر الإجماع عليه ـ اعتماداً على الادلّة السابقة، وحمل أدلّة النهي علىٰ فرض الاشتراط.

وبعض أطلق تحريم الأجرة علىٰ تلقين القرآن، وجوّز بعضهم ذلك من دون كراهة.

والمهمّ من الأقوال القولان الأوّلان. (السرائر ٢: ٢٢٣ ـ ٢٢٤، مفتاح الكرامة ٨: ١٤٦ ـ ١٥١، وانظر: مختلف الشيعة ٥: ١٥ ـ ١٧، رياض المسائل ٨: ٩١ ـ ٩٣، التنقيح الرائع ٢: ١٦ ـ ١٨، الحدائق الناضرة ١٨: ٢٣٠).

---

١. الافصاح ٢: ٣٥، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٧٤، المحلّىٰ بالآثار ٨: ١٩٣، المغني لابن قدامة ٦: ١٥٦، مختصر اختلاف العلماء ٤: ٩٩.

٢. سنن أبي داود ٣: ٢٦٦، كتاب البيوع والإجارة، باب في كسب الاطباء، الحديث ٣٤٢٠، شرح معاني الآثار ٤: ١٢٦، كتاب الاجارات، باب الاستيجار على تعليم القرآن.

أبي سعيد الخدري: «إنّ أصحاب رسول الله ﷺ كانوا في غزاة، فمرّوا بحيّ من أحياء العرب، فقالوا: هل عندكم من راق، فإن سيّد الحي قد لدغ أو قد عرض له، قال فرقىٰ رجل بفاتحة الكتاب فبرئ، فأُعطي قطيعاً من الغنم، فأبىٰ أن يقبلها، فسأل عن ذلك رسولُ الله ﷺ: بمَ رَقَيْتَهُ؟ قال: بفاتحة الكتاب، قال: وما يدريك أنّها رُقْيَة؟ قال: ثم قال ﷺ: خذوها واضربوا لي معكم فيها بسهم»[١و٢].

وأمّا الذين كرهوا الجُعل علىٰ تعليم القرآن فقالوا: هو من باب الجُعل علىٰ تعليم الصلاة. قالوا: ولم يكن الجعل المذكور في الإجارة علىٰ تعليم القرآن، وإنّما كان على الرقي، سواء كان الرقي بالقرآن أو غيره فالاستئجار عليه عندنا جائز كالعلاجات. قالوا: ليس واجباً على الناس، وأمّا تعليم القرآن فهو واجب على الناس[٣].

وأمّا إجارة الفحول من الإبل والبقر والدواب فأجاز مالك أن يُكري الرجل فحله علىٰ أن ينزو أكواماً معلومة[٤]، ولم يجز ذلك أبو حنيفة ولا الشافعي[٥]*.

---

* لا خلاف بين فقهاء الإماميّة أنّه يكره التكسب بضراب الفحل، وليس بمحرم ـ بل قال في السرائر: إنّ إجماعهم منعقد علىٰ أنّ ذلك حلال ـ اعتماداً علىٰ روايات صحيحة السند تدلّ علىٰ جواز ذلك، وإنّما كره ذلك لأجل النبوي القائل: «نهىٰ رسول الله ﷺ من عسب الفحل وهو أجرة الضراب». (مسالك الأفهام ٣: ١٣٤، رياض المسائل ٨: ٩٠، السرائر ٢: ٢٢٤، جواهر الكلام ٢٢: ١٣٤ ـ ١٣٥، جامع المقاصد ٤: ٩).

---

١. صحيح البخاري ٣: ١٨٨، كتاب الإجارة، باب ما يعطى في الرقية...، الحديث ١٦، صحيح مسلم ٤: ١٧٢٧، كتاب السلام، باب جواز أخذ الأُجرة على الرقية بالقرآن والأذكار، الحديث ٢٢٠١/٦٥.

٢. المغني لابن قدامة ٦: ١٥٦، مختصر اختلاف العلماء ٤: ٩٩ ـ ١٠٠.

٣. المغني لابن قدامة ٦: ١٥٧، مختصر اختلاف العلماء ٤: ١٠٠.

٤. المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٤٢٧، عقد الجواهر الثمينة ٣: ٩٢٩، الاشراف لابن المنذر ٢: ١٣٢، النوادر والزيادات ٧: ٥٧ ـ ٥٨.

٥. بدائع الصنائع ٥: ٥٢٠، الهداية للمرغيناني ٣: ٢٦٩، الاشراف لابن المنذر ٢: ١٣٢، الإقناع لابن المنذر: ١٩٣ ـ ١٩٤، الوجيز ١: ٢٣١.

وحجّة من لم يجز ذلك ما جاء من النهي عن عسيب الفحل[١و٢]، ومن أجازه شبّهه بسائر المنافع[٣]، وهذا ضعيف؛ لأنّه تغليب القياس على السماع. واستئجار الكلب أيضاً هو من هذا الباب، وهو لايجوز عند الشافعي[٤] ولا عند مالك[٥]*.

والشافعي يشترط في جواز استئجار المنفعة أن تكون متقوّمة علىٰ انفرادها، فلايجوز استئجار تفاحة للشم، ولا طعام لتزيين الحانوت، إذ هذه المنافع ليس لها قيم علىٰ انفرادها، فهو لايجوز عند مالك[٦] ولا عند الشافعي[٧]**.

---

* أجمعت الإماميّة علىٰ عدم جواز إجارة كلب الهراش؛ لأنّ كلّ ما يحرّم بيعه تحرم إجارته. واتفقوا علىٰ جواز اجارة كلب الصيد والماشية والزرع والبستان ـ بل دعوى الإجماع عليه ـ وذلك لكون الأصل هو الجواز ولا مانع من ذلك، ولأنّ بيع هذه الكلاب يصحّ. وما يصحّ بيعه تصحّ إجارته؛ لعدم الفارق. بل حتى القائل بالمنع من البيع قال بصحّة إجارتها؛ لأنّ لها منافع محللّة مقصودة. (المبسوط ٣: ٢٥٠، مسالك الأفهام ٣: ١٣٥، تحرير الأحكام الشرعية ٣: ٧٦، جواهر الكلام ٢٢: ١٣٦ ـ ١٤٤، مفتاح الكرامة ٨: ٤٩ ـ ٥٤، الخلاف ٣: ١٨٢، ٣: ٥١١).

** لا خلاف عند علماء الإماميّة في اشتراط أن تكون المنفعة مقوّمة؛ لجواز بذل العوض في مقابلها، بمعنىٰ أن تكون لها قيمة عند أهل العرف، سواء كان الغالب ذلك ـ أي لها قيمة ـ أو تكون قيمتها في ظرف الحاجة إليها. ←

---

١. سنن أبي داود ٣: ٢٦٧، كتاب البيوع: الإجارة، باب في عَسْب الفحل، الحديث ٣٤٢٩، سنن النسائي ٧: ٣١٠ ـ ٣١١، كتاب البيع، باب بيع ضراب الجمل.

٢. بدائع الصنائع ٥: ٥٢٠، المغني لابن قدامة ٦: ١٤٨.

٣. المغني لابن قدامة ٦: ١٤٨، البيان للعمراني ٧: ٢٥٠.

٤. المهذّب للشيرازي ٣: ٥١٢، العزيز شرح الوجيز ٦: ٩٠.

٥. انظر: الموطّأ ٢: ٦٥٦ ـ ٦٥٧، المنتقىٰ للباجي ٥: ٢٨، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٦٨، الذخيرة ٥: ٤٠٢.

٦. عقد الجواهر الثمينة ٣: ٩٨٢.

٧. الوجيز ١: ٢٣٠، العزيز شرح الوجيز ٦: ٨٩، وانظر التهذيب للبغوي ٤: ٤٢٥.

ومن هذا الباب: اختلاف المذهب في إجارة الدراهم والدنانير[١]*.

وبالجملة كلّ ما لايعرف بعينه؛ فقال ابن القاسم: لايصح إجارة هذا الجنس وهو قرض[٢]، وكان أبو بكر الأبهري وغيره يزعم أنّ ذلك يصحّ وتلزم الأجرة فيه[٣]، وإنّما منع مَن منع إجارتها؛ لأنّه لم يتصوّر فيها منفعة إلّا بإتلاف عينها.

ومن أجاز إجارتها تصور فيها منفعة، مثل أن يتجمّل بها أو يتكثر أو غير ذلك مما يمكن

← فما ذكره من المصاديق ـ وهي استئجار تفاحة للشم، أو طعام لتزيين الحانوت وغيرها ـ يدور أمرها بين عدم كون منافعها مقوّمة؛ فيكون بذل المال لها سفهاً وتبذيراً، ومعه لايجوز استئجارها، أو تكون مقومة فيجوز استئجارها. (جامع المقاصد ٧: ١٢٥ ـ ١٢٧، قواعد الأحكام ٢: ٢٨٧، ايضاح الفوائد ٢: ٢٥١ ـ ٢٥٢، مفتاح الكرامة ١٥: ١٢١ ـ ١٢٤، كنز الفوائد ٢: ١٣، جواهر الكلام ٢٧: ٣٠٢ ـ ٣٠٣).

* للإمامية ـ في مسألة استئجار الدراهم والدنانير ـ قولان:

الأوّل: الجواز ـ ولعلّه مختار الأكثر ـ وذلك؛ لأنّ الأصل فيها الجواز والمنع يحتاج إلىٰ دليل وهو مفقود هنا، ولامكان الانتفاع بهما مع بقاء أعيانهما، مثل دفع مظنّة الفقر عن نفسه، والضرب علىٰ سكتها والوزن بها، والتزيين بها. واشترط البعض تعيين جهة الانتفاع لتصحّ الإجارة.

الثاني: عدم الجواز ـ ذهب إليه ابن إدريس ـ لأنّه في العرف المعهود لا منفعة لهما إلّا بذهاب أعيانهما، ولأنّه لايصح وقفهما، فلو صح إجارتهما صحّ وقفهما. (الخلاف ٣: ٥١٠ ـ ٥١١، مختلف الشيعة ٦: ١٦٣ ـ ١٦٥، الحدائق الناضرة ٢١: ٦٠٨ ـ ٦١٢، جواهر الكلام ٢٧: ٣٠٢ ـ ٣٠٣، مفتاح الكرامة ١٥: ١٢٤ ـ ١٢٥، التنقيح الرائع ٢: ٢٥٥ ـ ٢٥٧، السرائر ٢: ٤٧٥).

---

١. المعونة ٢: ١٠٩٠ ـ ١٠٩١، التفريع ٢: ١٨٣، عيون المجالس ٤: ١٨٠٨، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٦٨.

٢. المعونة ٢: ١٠٩٠ ـ ١٠٩١، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٦٨، عقد الجواهر الثمينة ٣: ٩٢٨.

٣. المعونة ٢: ١٠٩١، عيون المجالس ٤: ١٨٠٨، عقد الجواهر الثمينة ٣: ٩٢٨.

أن يتصوّر في هذا الباب[١]. فهذه هي مشهورات مسائل الخلاف المتعلقة بجنس المنفعة، وأمّا مسائل الخلاف المتعلّقة بجنس الثمن فهي مسائل الخلاف المتعلّقة بما يجوز أن يكون ثمناً في المبيعات وما لايجوز[٢].

وممّا ورد النهي فيه من هذا الباب ما روي: «إنّه ﷺ نهىٰ عن عسيب الفحل، وعن كسب الحجّام، وعن قفيز الطحّان»[٣] قال الطحاوي: ومعنىٰ نهي النبي ﷺ عن قفيز الطحان هو ما كانوا يفعلونه في الجاهلية من دفع القمح إلى الطحّان بجزء من الدقيق الذي يطحنه[٤]، قالوا: وهذا لايجوز عندنا، وهو استئجار من المستأجر بعين ليس عنده، ولا هي من الأشياء التي تكون ديوناً على الذمم[٥]، ووافقه الشافعي علىٰ هذا، وقال أصحابه: لو استأجر السلّاخ بالجلد، والطحّان بالنخالة أو بصاع من الدقيق فسد؛ لنهيه ﷺ عن قفيز الطحان[٦]. وهذا علىٰ مذهب مالك جائز؛ لأنّه استأجره علىٰ جزء من الطعام معلوم، وأجرة الطحّان ذلك الجزء وهو معلوم أيضاً[٧]*.

---

* اختلف علماء الإماميّة ـ في مسألة أنّ الأجير لو أستؤجر علىٰ طحن قفيز من الحنطة بصاع من الدقيق منه ـ علىٰ قولين:

فذهب جماعة إلى الجواز؛ وذلك لوجود المقتضي وهو العقد وانتفاء المانع للأصل، وأنّه ليس بمجهول لأنّه مشاهد ولأنّ أحد الشريكين لو ساقىٰ صاحبه، ←

---

١. المعونة ٢: ١٠٩١.

٢. تقدم في كتاب البيوع فراجع.

٣. مشكل الآثار للطحاوي ١: ٣٠٦، باب بيان مشكل ما روي عن رسول ﷺ من نهيه عن قفيز...، سنن الدارقطني ٣: ٤٧، كتاب البيوع، الحديث ١٩٥، السنن الكبرىٰ للبيهقي ٥: ٣٣٩، كتاب البيوع باب النهي عن عسب الفحل.

٤. مشكل الآثار للطحاوي ١: ٣٠٧، باب بيان مشكل ما روي عن رسول الله ﷺ من نهيه عن قفيز الطحّان.

٥. المبسوط للسرخسي ١٥: ٩٣، المحيط البرهاني ٧: ٤٧٢ ـ ٤٧٣، الهداية للمرغيناني ٣: ٢٧١.

٦. الوجيز ١: ٢٣٠، العزيز شرح الوجيز ٦: ٨٧، البيان للعمراني ٧: ٢٨٥.

٧. النوادر والزيادات ٧: ١٤ ـ ١٥، ٧٧، عقد الجواهر الثمينة ٣: ٩٢٧.

وأمّا كسب الحجّام، فذهب قوم إلىٰ تحريمه[١]، وخالفهم في ذلك آخرون، فقالوا: كسبه رديء يكره للرجل[٢]، وقال آخرون: بل هو مباح[٣]*. والسبب في اختلافهم: تعارض الآثار في هذا الباب.

فمن رأىٰ أنّه حرام احتجّ بما روي عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «مِنَ السُّحتِ كسبُ الحجّام»[٤]. وبما روي عن أنس بن مالك قال: «حرّم رسول الله ﷺ كسب الحجّام»[٥].

← وشرط له زيادة من الثمار يجوز وإن كان عليه نفع في المشترك.

وتردّد آخرون واستشكلوا في المسألة؛ ممّا تقدم في وجه الجواز، ومن احتمال عدم الصحّة لاستلزامها العمل في ملكه له بعوض علىٰ غيره، ولأنّ صحّة الاجارة تستلزم استلزام الشيء لنقيضه. إلىٰ غير ذلك من الأدلّة. (المبسوط ٣: ٢٥٠، كتاب الخلاف ٣: ٥١١ ـ ٥١٢، تحرير الأحكام ٣: ٨٣، ايضاح الفوائد ٢: ٢٤٧ـ٢٤٨، جامع المقاصد ٧: ١٠٤ ـ ١٠٥، مفتاح الكرامة ١٥: ٦٣ـ٦٥).

* ذهب أكثر علماء الإماميّة إلىٰ كراهة الحجامة مع شرط الأُجرة على العمل، والمفهوم منه ـ بل هو صريح بعضهم ـ عدم كراهيّته إذا لم يشترط؛ عملاً بالأصل، ولعلّه لقول الصادق ﷺ: ـ لمّا سأله أبو بصير عن كسب الحجّام ـ: «لابأس إذا لم يشارط» وغيره. نعم ذهب الشهيد في اللمعة إلى الكراهة مطلقاً من دون القيد المذكور. (رياض المسائل ٨: ٨٩ ـ ٩٠، مفتاح الكرامة ٨: ١٣ ـ ١٥، جواهر الكلام ٢٢: ١٣٢ ـ ١٣٤، الروضة البهية ٢: ٨، تحرير الأحكام ٢: ٢٦٥، ٣: ٧٦، مسالك الأفهام ٣: ١٣٤).

---

١. الافصاح ٢: ٣٥، الكافي لابن قدامة ٢: ١٧٠، المغني لابن قدامة ٦: ١٣٥، المحلّىٰ بالآثار ٨: ١٩٢.

٢. شرح معاني الآثار ٤: ١٢٩، الاشراف لابن المنذر ٢: ١٣٣، المغني لابن قدامة ٦: ١٣٥.

٣. الاشراف لابن المنذر ٢: ١٣٣، الافصاح ٢: ٣٥، الكافي لابن قدامة ٢: ١٧٠، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٧٥، المغني لابن قدامة ٦: ١٣٥.

٤. تاريخ بغداد ١: ٣٣٩، ترجمة محمد بن أحمد بن يقطين البزاز، رقم (٢٥١)، معاني الآثار للطحاوي ٤: ١٢٩، كتاب الإجارات، باب الجعل على الحجامة هل يطيب للحجّام أم لا؟.

٥. شرح معاني الآثار ٤: ١٢٩، كتاب الإجارات، باب الجعل على الحجامة هل يطيب للحجّام أم لا؟.

وروي عن عون بن أبي جحيفة[١] قال: «اشترىٰ أبي حجّاماً فكسر محاجمه، فقلت له يا أبتِ لم كسرتها؟ فقال: إنّ رسول الله ﷺ نهىٰ عن ثمن الدم»[٢و٣].

ومن رأى إباحة ذلك فاحتجّ بما روي عن ابن عباس قال: «احتجم رسول الله ﷺ وأعطى الحجّام أجره»[٤] قالوا: ولو كان حراماً لم يعطه[٥].

وحديث جابر: «إنّ رسول الله ﷺ دعا أبا طيبة فحجمه، فسأله كم ضريبتك؟ فقال: ثلاثة آصع، فوضع عنه صاعاً»[٦]. وعنه أيضاً: «إنّه أمر للحجّام بصاع من طعام، وأمر مواليه أن يخففوا عنه»[٧و٨].

وأمّا الذين قالوا بكراهيته فاحتجّوا بما روي أن رفاعة بن رافع، أو رافع بن رفاعة جاء إلىٰ مجلس الأنصار فقال: «نهىٰ رسول الله ﷺ عن كسب الحجّام وأمرنا أن نطعمه ناضحنا»[٩] وبما روي عن رجل من بني حارثة كان له حجّام وسأل رسول الله ﷺ عن ذلك فنهاه، ثم عاد فنهاه، ثم عاد فنهاه، فلم يزل يراجعه حتّىٰ قال له رسول الله ﷺ: «اعلف

---

١. عون بن أبي جحيفة السوائي. روىٰ عن أبيه والمنذر بن جرير، وروىٰ عنه عمر بن أبي زائدة، والثوري. وثّقه أيضاً أبو حاتم. (الخلاصة ٢: ٥٤٩١/٣٠٩، تقريب التهذيب ٢: ٩٠، الثقات ٥: ٢٦٣).

٢. شرح معاني الآثار ٤: ١٢٩، كتاب الإجارات، باب الجعل على الحجامة هل يطيب للحجّام أم لا؟ السنن الكبرىٰ للبيهقي ٦: ٦، كتاب البيوع، باب النهي عن ثمن الكلب.

٣. شرح معاني الآثار ٤: ١٢٩.

٤. صحيح مسلم ٣: ١٢٠٥، كتاب المساقاة، باب حل اجرة الحجامة، الحديث ١٢٠٢/٦٥، سنن ابن ماجة ٢: ٧٣١، كتاب التجارات، باب كسب الحجام، الحديث ٢١٦٢.

٥. الاشراف لابن المنذر ٢: ١٣٣، الكافي لابن قدامة ٢: ١٧٠، المغني لابن قدامة ٦: ١٣٥.

٦. مسند أبي داود الطيالسي ٢٣٨، الحديث ١٧٢٣، من طريق سليمان بن قيس عن جابر، شرح معاني الآثار ٤: ١٣٠، كتاب الإجارات، باب الجعل على الحجامة، هل يطيب للحجّام أم لا؟.

٧. صحيح مسلم ٣: ١٢٠٥، كتاب المساقاة، باب حلّ أجرة الحجامة، الحديث ١٥٧٧/٦٤، شرح معاني الآثار ٤: ١٣٠، كتاب الإجارات، باب الجعل على الحجامة، هل يطيب للحجّام أم لا؟.

٨. شرح معاني الآثار ٤: ١٢٩ ـ ١٣١، الكافي لابن قدامة ٢: ١٧٠، الاشراف لابن المنذر ٢: ١٣٣.

٩. شرح معاني الآثار ٤: ١٣١، باب الجعل على الحجامة، هل يطيب للحجّام أم لا؟، مسند أحمد ٥: ٤٥٠، في حديث رافع بن رفاعة.

كسبه ناضحك وأطعمه رقيقك»[١و٢].

ومن هذا الباب أيضاً اختلافهم في إجارة دار بسكنىٰ دار أُخرىٰ، فأجاز ذلك مالك[٣] ومنعه أبو حنيفة[٤]*، ولعلّه رآها من باب الدين بالدَّين[٥]، وهذا ضعيف. فهذه مشهورات مسائلهم فيما يتعلّق بجنس الثمن وبجنس المنفعة. وأمّا ما يتعلّق بأوصافها فنذكر أيضاً المشهور منها.

فمن ذلك أن جمهور فقهاء الأمصار مالك وأبي حنيفة والشافعي اتفقوا بالجملة أنّ من شرط الإجارة أن يكون الثمن معلوماً والمنفعة معلومة القدر، وذلك إمّا بغايتها مثل خياطة الثوب وعمل الباب، وإمّا بضرب الأجل إذا لم تكن لها غاية مثل خدمة الأجير، وذلك أمّا بالزمان إن كان عملاً واستيفاءَ منفعة متصلة الوجود مثل كراء الدور والحوانيت، وإمّا

---

* الذي عليه الإماميّة أنّه كلّما جاز أن يكون ثمناً في البيع جاز أن يكون عوضاً في الإجارة، عيناً كان أو منفعة، ماثلت أو خالفت. كما لو استأجر داراً وجعل العوض سكنىٰ دار أُخرىٰ، أو استأجر داراً بخدمة عبد؛ لأنّ المنفعتين المختلفتين والمتماثلتين منفعتان تجوز إجارتهما فجاز أن يستأجر احداهما بالآخر، لمنفعة الدار والعبد، وقد قال تعالىٰ في المختلفتين: ﴿إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنْكِحَكَ إِحْدَى ٱبْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَىٰ أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ﴾، فجعل النكاح عوض الإجارة. (المهذب لابن البراج ١: ٤٧٣، تحرير الأحكام ٣: ٨١، تذكرة الفقهاء ٢: ٢٩٢ ـ ٢٩٣، ايضاح الفوائد ٢: ٢٤٧، جامع المقاصد ٧: ١٠٣، مفتاح الكرامة ١٥: ٦١ ـ ٦٢).

---

١. الموطّأ ٢: ٩٧٤، كتاب الاستئذان، باب ما جاء في الحاجمة وأجرة الحجّام، الحديث ٢٨، شرح معاني الآثار ٤: ١٣١، كتاب الإجارات، باب الجعل على الحجامة، هل يطيب للحجّام أم لا؟.

٢. فتح المالك ١٠: ٣٥٤، شرح معاني الآثار ٤: ١٣١ ـ ١٣٢.

٣. المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٥١١، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٦١.

٤. بدائع الصنائع ٦: ٢٢، مختصر اختلاف العلماء ٤: ١٢٣، المبسوط للسرخسي ١٥: ١٥٦.

٥. المبسوط للسرخسي ١٥: ١٥٦ ـ ١٥٧، بدائع الصنائع ٦: ٢٢ ـ ٢٣.

بالمكان إن كان مشياً مثل كراء الرواحل[1] *. وذهب أهل الظاهر وطائفة من السلف إلىٰ: جواز إجارات المجهولات مثل أن يعطي الرجل حماره لمن يسقي عليه أو يحتطب عليه بنصف ما يعود عليه[2].

---

* في المسألة فرعان:

الأوّل: كون المنفعة معلومة.

ذكر علماء الإماميّة ـ من دون نقل خلاف، بل قيل: إنّ الإجماع بقسميه عليه ـ أن تكون المنفعة معلومة؛ لاستلزام عدم التقدير ـ عدم العلم بالمنفعة ـ الغرر والجهالة، واحتمال أن يؤول الأمر إلى المنازغة، وجميع ذلك ضرر منفي في الشريعة، ولسيرة المتشرعة خلفاً عن سلف.

ولتقدير المنفعة طريقان:

الأوّل: الزمان كالسكنىٰ والارضاع. الثاني: العمل كخياطة الثوب المعيّن، ولا خلاف بينهم في تقديرها بأحد الطريقين المذكورين علىٰ انفراد.

واختلف في تقديرها (المنفعة) بهما معاً كخياطة الثوب المعيّن في اليوم المعيّن.

فذهب الأكثر وفاقاً للشيخ... الشيخ وابن إدريس إلى البطلان، إذا قصد تطبيق العمل في المدّة المذكورة لا مطلقاً؛ لأنّ استيفاء العمل في المدة قد لايتفق فيلزم الغرر.

وقيل: يصحّ لو احتمل أو أراد الظرفية؛ لإمكان ذلك. (السرائر ٢: ٤٥٧، التنقيح الرائع ٢: ٢٦٧، مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ١٢ ـ ١٣، جواهر الكلام ٢٧: ٢٦٠ ـ ٢٦٢، رياض المسائل ٩: ٢٠٩ ـ ٢١٠، مفتاح الكرامة ١٥: ١٧٨ ـ ١٨٠، مهذب الأحكام ١٩: ١٩).

---

١. المقدّمات الممهّدات ٢: ١٦٦، التلقين ٢: ٣٩٨، الهداية للمرغيناني ٣: ٢٦٠ ـ ٢٦١، المحيط البرهاني ٧: ٣٩٥، الفقه النافع ٣: ١١١٩، المهذّب للشيرازي ٣: ٥١٧، ٥١٩، ٥٢٨، التهذيب للبغوي ٤: ٤٢٨، الاشراف لابن المنذر ٢: ١٠٦ ـ ١٠٧.

٢. المذكور في المحلّىٰ هو اشتراط المعلومية في الإجارة وأنّه لاتصحّ إجارة المجهول. أنظر: المحلّىٰ لابن حزم ٨: ١٨٣ ـ ٢٠٣، النوادر والزيادات ٧: ٣٤ ـ ٣٨، البيان والتحصيل ٨: ٥١٧ ـ ٥١٨.

وعمدة الجمهور أنّ الإجارة بيع فامتنع فيها من الجهل لمكان الغبن ما امتنع في المبيعات[١]. واحتجّ الفريق الثاني بقياس الإجارة على القراض والمساقاة. والجمهور على أنّ القراض والمساقاة مستثنيات بالسنّة فلايقاس عليهما لخروجهما عن الأُصول. واتفق مالك والشافعي على أنّهما إذا ضربا للمنفعة التي ليس لها غاية أمداً من الزمان محدوداً، وحددوا أيضاً أوّل ذلك الأمد وكان أوّله عقب العقد أنّ ذلك جائز[٢].

واختلفوا إذا لم يحدّدوا أوّل الزمان أو حدّدوه ولم يكن عقب العقد، فقال مالك: يجوز إذا حدّد الزمان ولم يحدّد أوّله، مثل أن يقول له: أستأجرت منك هذه الدار سنة بكذا أو شهراً بكذا، ولايذكر أوّل ذلك الشهر ولا أوّل تلك السنة[٣]، وقال الشافعي: لايجوز[٤]، ويكون أوّل الوقت عند مالك وقت عقد الإجارة[٥]، فمنعه الشافعي؛ لأنّه غرر. وأجازه مالك؛ لأنّه معلوم بالعادة[٦]. وكذلك لم يجز الشافعي إذا كان أوّل العقد متراخياً عن العقد[٧]، وأجازه مالك[٨]*.

---

* في هذه المسألة عدّة فروع:

لا خلاف ولا اشكال بين الإماميّة في صحّة عقد الإجارة فيما لو شُرط اتصال مدّة الإجارة بالعقد؛ لشمول الأدلّة لها، وهو القدر المتيقن من الصحّة.

أمّا لو اطلق، وقال آجرت الدار لمدّة شهر، ولم يقل من هذا الوقت، ففيه قولان: فذهب الأكثر إلى أنّ الاطلاق يقتضي الإتصال، فيكون أوّل المدّة من آخر العقد؛ لأنّ ←

---

١. الهداية للمرغيناني ٣: ٢٦٠، المهذّب للشيرازي ٣: ٥١٧، ٥١٩ ـ ٥٢٠، ٥٢٨، المعونة ٢: ١٠٨٨.

٢. المقدّمات الممهّدات ٢: ٢١٢، البيان للعمراني ٧: ٢٦٢، التنبيه للشيرازي: ١٢٣.

٣. الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٦٢ ـ ٦٦٣، المعونة ٢: ١٠٨٩، المقدّمات الممهّدات ٢: ٢١٣.

٤. المهذّب للشيرازي ٣: ٥١٨، التنبيه للشيرازي: ١٢٣، البيان للعمراني ٧: ٢٦٢، حلية العلماء ٥: ٣٩٢.

٥. المعونة ٢: ١٠٨٩، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٦٢ ـ ٦٦٣، عقد الجواهر الثمينة ٢: ٩٣٢.

٦. المعونة ٢: ١٠٨٩، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٦٢ ـ ٦٦٣.

٧. البيان للعمراني ٧: ٢٦٢، العزيز شرح الوجيز ٦: ٩٦، الافصاح ٢: ٣٣.

٨. المدوّنة الكبرى ٤: ٥١٩، المعونة ٢: ١١٠٥ ـ ١١٠٦.

واختلف قول أصحابه في استئجار الأرض غير المأمونة، والتغيير فيما بعد من الزمان[1]*.

← ذلك هو مقتضى العرف بحيث صار وضعاً عرفياً، ولأنّ ترك التعيين دليل علىٰ إرادة ذلك؛ لأنّها تفسد بدون ذلك والأصل الصحّة، فيراعىٰ التمسّك بالأصل ما أمكن، وكذا عمومات الأدلّة، وفحوىٰ النصوص الواردة في المتعة الدالة جملة منها على الصحّة مع الاطلاق.

وذهب الشيخ إلىٰ أنّ الاطلاق يقتضي بطلان العقد، محتجاً عليه بأنّ عقد الإجارة حكم شرعي، ولايثبت إلّا بدلالة شرعيّة، وليس علىٰ ثبوت ذلك دليل، فوجب أن لايكون صحيحاً.

أما لو عيّن شهراً معيّناً متأخّراً عن العقد، كما لو كان في رجب وآجره شهر رمضان، ففيه قولان:

فذهب الشيخ وتبعه أبو الصلاح إلى البطلان؛ لأنّ الإجارة حكم شرعي لايثبت إلّا بدليل، وهو منتفٍ هنا، ولأنّ صحّة الإجارة تتوقف على التسليم وهو منتفٍ حينئذٍ.

وذهب المشهور ـ بل ادعي في التذكرة الإجماع عليه ـ إلىٰ جوازه وصحّة العقد معه؛ لأنّه عقد صدر من أهله في محلّه، ولا مانع إلّا تأخر زمان الإجارة عن زمان وقوع العقد، وذلك لايصلح للمانعية. (المبسوط ٣: ٢٣٠، الخلاف ٣: ٤٩٦، مختلف الشيعة ٦: ١٣٩ ـ ١٤٠، مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ١٤ـ١٦، التنقيح الرائع ٢: ٢٦٨ ـ ٢٦٩، جامع المقاصد ٧: ١٣٥، الحدائق الناضرة ٢١: ٥٨٠ ـ ٥٨٢، مفتاح الكرامة ١٥: ١٤٠).

* ذكر علماء الإماميّة ـ بل دعوىٰ الإجماع عليه ـ أنّ في صحّة المزارعة ـ أو الإجارة ـ على الأرض أن يكون لها ماء معتاد يكفيها لسقي الزرع غالباً.

أمّا لو انقطع الماء في أثناء المدّة، فهناك قولان في المسألة، بطلان العقد، أو صحّة العقد مع تسلّط العامل أو المستأجر الفسخ والامضاء. (قواعد الأحكام ٢: ٣١٢، تذكرة الفقهاء ٢: ٣٣٨ (حجري)، مسالك الأفهام ٥: ١٨ ـ ١٩، جامع المقاصد ٧: ٣٢١ ـ ٣٢٢، مفتاح الكرامة ١٥: ٤٣٥، جواهر الكلام ٢٧: ٢٠ ـ ٢١، رياض المسائل ٩: ١٠٧).

---

١. المقدّمات الممهّدات ٢: ٢٢٩، النوادر والزيادات ٧: ١٥٤، المنتقىٰ للباجي ٥: ١٤٧.

وكذلك اختلف مالك والشافعي في مقدار الزمان الذي تقدر به هذه المنافع، فمالك يجيز السنين الكثيرة، مثل أن يكري الدار لعشرة أعوام أو أكثر، ممّا لايتغير الدار في مثله[١]، وقال الشافعي: لايجوز ذلك لأكثر من عام واحد[٢]*.

واختلف قول ابن القاسم وابن الماجشون في أرض المطر وأرض السقي بالعيون وأرض السقي بالآبار والأنهار، فأجاز ابن القاسم فيه الكراء السنين الكثيرة[٣]، وفصل ابن الماجشون فقال: لايجوز الكراء في أرض المطر إلّا لعام واحد، وأمّا أرض السقي بالعيون فلايجوز كراؤها إلّا لثلاثة أعوام وأربعة، وأمّا أرض الآبار والأنهار فلايجوز إلّا لعشرة أعوام فقط[٤]، فالاختلاف ههنا في ثلاثة مواضع: في تحديد أوّل المدّة، وفي طولها، وفي بعدها من وقت العقد.

وكذلك اختلف مالك والشافعي إذا لم يحدِّد المدّة وحَدَّد القدر الذي يجب لأقلّ المدّة مثل أن يقول: أكتري منك هذه الدار الشهر بكذا، ولايضربان لذلك أمداً معلوماً، فقال

---

* أجمع فقهاء الإماميّة علىٰ أنّه لاتتقدّر أكثر مدة الإجارة بقدر، بل يجوز علىٰ ما تراضيا عليه وإن تجاوز سنه أو ثلاثين سنة أو أكثر؛ للأصل، والأخبار، منها: صحيح علي بن يقطين، قال سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يتكارىٰ من الرجل البيت أو السفينة سنة أو أكثر من ذلك أو أقلّ، فقال: «الكراء لازم له إلى الوقت الذي تكارىٰ إليه».

(كتاب الخلاف ٣: ٤٩٣ ـ ٤٩٤، تذكرة الفقهاء ٢: ٣١٦، تحرير الأحكام ٣: ٨٨).

---

١. النوادر والزيادات ٧: ١٥٤، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٦٣، المعونة ٢: ١١٠٦، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٦٩، ٣٧٨.

٢. المعروف في مصادر الشافعية أنّ لهم ـ في إجارة الشيء لأكثر من سنة واحدة ـ قولين، فقيل: لايجوز، وقيل: يجوز وهو الأصحّ، وبناءً على الجواز قيل يجوز إلىٰ ثلاثين ولايجوز أكثر منها، وقيل يجوز إلىٰ ما شاء.
انظر: المهذّب للشيرازي ٣: ٤٩٩ ـ ٥٠٠، التهذيب للبغوي ٤: ٤٣٣، التنبيه للشيرازي: ١٢٣، الحاوي الكبير ٧: ٤٠٥ ـ ٤٠٦، الوسيط ٤: ١٦٨، العزيز شرح الوجيز ٦: ١١٠ ـ ١١١، الوجيز ١: ٢٣٢ ـ ٢٣٣.

٣. المقدّمات الممهّدات ٢: ٢٢٩، النوادر والزيادات ٧: ١٥٥.

٤. المقدّمات الممهّدات ٢: ٢٣٠ ـ ٢٣١، وانظر: النوادر والزيادات ٧: ١٥٤.

الشافعي: لايجوز[١]. وقال مالك وأصحابه: يجوز علىٰ قياس: أبيعك من هذه الصبرة بحساب القفيز بدرهم[٢] * وهذا لايُجوِّز غيرَه. وسبب الخلاف اعتبار الجهل الواقع في هذه الأشياء هل هو من الغرر المعفو عنه أو المنهيّ عنه؟

ومن هذا الباب اختلافهم في البيع والإجارة[٣]. أجازه مالك[٤] **، ومنعه الشافعي[٥]

---

* اختلف الإماميّة ـ فيما إذا قال آجرتك الدار كلّ شهر بدرهم ـ علىٰ أقوال:

فذهب جماعة ـ منهم الشيخ الطوسي ـ إلى الصحّة مطلقاً؛ لأنّه لا دليل علىٰ بطلان ذلك، والأصل الجواز.

وذهب آخرون ـ بل قيل: لعلّه المشهور بين المتأخرين ـ إلى البطلان مطلقاً؛ لأنّ الجهالة بنفسها قادحة ولو من دون أيّ غرر، لاعتبار معلوميّة المنفعة كالأجرة، والعوضان مجهولان في المقام.

وفصّل آخرون بين الشهر الأوّل وباقي الأشهر، فصحّح العقد والأُجرة المسماة في الأول، وأبطله في باقي الأشهر مع أجرة المثل؛ لقوله تعالىٰ: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، ولإطلاق الإجارة، ولصدق المعلوميّة عرفاً بالنسبة إلى الشهر، ولفحوىٰ صحيح أبي حمزة وغير ذلك. (كتاب الخلاف ٣: ٤٩٠ ـ ٤٩١، جامع المقاصد ٧: ١٠٨، جواهر الكلام ٢٧: ٢٣٤ ـ ٢٣٥، مسالك الأفهام ٥: ١٨٢، مفتاح الكرامة ١٥: ٧٣ ـ ٧٧، مختلف الشيعة ٦: ١٤١ ـ ١٤٢).

** ذهب أكثر علماء الإماميّة ـ بل قيل لا خلاف فيه ـ إلىٰ أنّه لو جمع بين البيع ←

---

١. التنبيه للشيرازي: ١٢٣، المهذّب للشيرازي ٣: ٥١٨، البيان للعمراني ٧: ٢٦٣، الافصاح ٢: ٣٣.

٢. المعونة ٢: ١٠٨٩ ـ ١٠٩٠، التفريع ٢: ١٨٣، التلقين ٢: ٣٩٩، الافصاح ٢: ٣٣.

٣. مثل أن يبيع عبده ويؤجّر داره بالف في عقد واحد، انظر: عيون المجالس ٣: ١٤٩٤.

٤. المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٤٠٣، عيون المجالس ٣: ١٤٩٤، الاستذكار ٢١: ١٩.

٥. التنبيه للشيرازي: ٨٩، المهذّب للشيرازي ٣: ٥٧، حلية العلماء ٤: ١٤٥، البيان للعمراني ٥: ١٣٨، والمعروف في مصادر الشافعية أنّ لهم في المسألة قولان: قول بالصحّة، وقول بالبطلان. ولعلّ المصنف أخذ هذه النسبة من الاستذكار ٢١: ١٩.

وأبو حنيفة[١]، ولم يجز مالك أن يقترن بالبيع إلّا الإجارة فقط[٢]. ومن هذا الباب اختلافهم في إجارة المشاع، فقال مالك والشافعي: هي جائزة[٣]. وقال أبو حنيفة: لاتجوز؛ لأنّ عنده أنّ الانتفاع بها مع الإشاعة متعذّر[٤]*، وعند مالك والشافعي أنّ الانتفاع بها ممكن مع شريكه كانتفاع المكري بها مع شريكه، أعني ربّ المال[٥]. ومن هذا الباب استيجار الأجير بطعامه وكسوته، وكذلك الظئر. فمنع الشافعي ذلك علىٰ الإطلاق[٦]، وأجاز ذلك مالك على

← والإجارة في عقد واحد بثمن واحد، بأن قال: بعتك هذه الدار وآجرتك داراً أخرىٰ بألف دينار، فإن ذلك يصحّ؛ لأن العقدين بمنزلة العقد الواحد، وما دام العوض معلوماً فيه بالإضافة إلى الكلّ فهو كاف في انتفاء الغرر والجهالة.

وذهب بعض الفقهاء إلىٰ بطلان ذلك، أو الاستشكال فيه، من جهة لزوم الغرر وجهالة الثمن والأجرة بالنسبة. (المبسوط ٢: ١٥١، مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٥٣٠، جواهر الكلام ٢٣: ٢٣٣، مسالك الأفهام ٣: ٢٨٠، مستمسك العروة الوثقىٰ ١٢: ١٤٦).

* لا خلاف بين الإماميّة ـ بل دعوى الإجماع عليه ـ في أنّ إجارة المشاع جائزة، سواء آجره من شريكه أو من غيره؛ لعموم أدلّة الإجارة، وعدم القسمة والاشاعة لايكون مانعاً، بعد امكان استيفاء المنفعة بموافقة الشريك، مضافاً إلىٰ أصالة الصحّة. (مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٦٨، الحدائق الناضرة ٢١: ٥٤٦، مسالك الأفهام ٥: ١٧٦، جواهر الكلام ٢٧: ٢١٤، مفتاح الكرامة ١٥: ٢٤ ـ ٢٥).

---

١. الهداية للمرغيناني ٣: ٢٩، الاستذكار ٢١: ١٩، عيون المجالس ٣: ١٤٩٤.

٢. عيون المجالس ٣: ١٤٩٤ ـ ١٤٩٥.

٣. الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٥٥، المعونة ٢: ١١٠٣، المهذّب للشيرازي ٣: ٥١٥، التهذيب للبغوي ٤: ٤٢٦.

٤. مختصر القدوري: ١٠٤، الفقه النافع ٣: ١١٣٣ ـ ١١٣٤، بدائع الصنائع ٥: ٥٥٨ ـ ٥٥٩، الهداية للمرغيناني ٣: ٢٧٠، وفيها استثناء الشريك فتجوز إجارة المشاع منه.

٥. الإشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٥٥، المعونة ٢: ١١٠٣، المهذّب للشيرازي ٣: ٥١٥.

٦. الاشراف لابن المنذر ٢: ١١٢، التنبيه للشيرازي: ١٢٣ ـ ١٢٤، الافصاح ٢: ٣٦، العزيز شرح الوجيز ٦: ٨٤، حلية العلماء ٥: ٤٣٢.

الإطلاق[١]، أعني في كل أجير، وأجاز ذلك أبو حنيفة في الظئر فقط[٢]*. وسبب الخلاف هل هي إجارة مجهولة، أم ليست مجهولة؟ فهذه هي شرائط الإجارة الراجعة إلى الثمن والمثمون.

وأمّا أنواع الإجارة، فإنّ العلماء علىٰ أن الإجارة علىٰ ضربين: إجارة منافع أعيان محسوسة، وإجارة منافع في الذمة قياساً على البيع[٣]. والذي في الذمّة من شرطه الوصف، والذي في العين من شرطه الرؤية، أو الصفة عنده؛ كالحال في المبيعات[٤]**. ومن شرط

---

* لا خلاف بين الإماميّة في أنّه إذا استأجر الظئر للإرضاع بنفقتها وكسوتها، وكذا الأجير بطعامه صحّ إذا علم المقدار. أمّا إذا اطلق ولم يعيّن المقدار، فذهب المشهور إلى البطلان؛ للجهالة. وذهب ابن الجنيد إلى الصحّة؛ واستدلّ له برواية سليمان بن سالم لدلالتها علىٰ جواز الاستيجار بالنفقة من غير تعيين، ويكون الحكم علىٰ هذا مستثنىٰ من القاعدة إن ثبتت. (كتاب الخلاف ٣: ٤٩٧، المبسوط ٣: ٢٣٨، السرائر ٢: ٤٧١، تذكرة الفقهاء ٢: ٢٩٣ (حجري)، الجامع للشرائع: ٢٩٦، تحرير الأحكام الشرعية ٣: ٨١، مختلف الشيعة ٦: ١٦١، الحدائق الناضرة ٢١: ٦٠٦).

** ذكر علماء الإماميّة أنّ الإجارة علىٰ نوعين: أمّا أن تكون في الذمة، وإمّا أن تكون على العين ـ أي عين مخصوصة شخصية ـ ولا إشكال في جواز كلا النوعين، ولابدّ من العلم بقدر المنفعة في كليهما. (المبسوط ٣: ٢٢٦، الخلاف ٣: ٤٩٥، تذكرة الفقهاء ٢: ٢٩١، جامع المقاصد ٧: ١٥٦، مفتاح الكرامة ١٥: ١٧٨ ـ ١٧٩، السرائر ٢: ٤٧٣).

---

١. المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٤٤١، التلقين ٢: ٤٠٢، الافصاح ٢: ٣٦، الاشراف لابن المنذر ٢: ١١٢.

٢. الهداية للمرغيناني ٣: ٢٧٠، مختصر اختلاف العلماء ٤: ١٠٣، المبسوط للسرخسي ١٥: ١٣٣، بدائع الصنائع ٦: ٢٢.

٣. التلقين ٢: ٤٠٠، البيان للعمراني ٧: ٢٥٥، بدائع الصنائع ٥: ٢٥٥، الكافي لابن قدامة ٢: ١٧٢، المنتقىٰ للباجي ٥: ١١٤.

٤. المعونة ٢: ١٠٨٨، ١٠٩٤، المقدّمات الممهّدات ٢: ١٦٦ ـ ١٦٧، الكافي لابن قدامة ٢: ١٧٢.

الصفة عنده ذكر الجنس والنوع؛ وذلك في الشيء الذي تستوفىٰ منافعه، وفي الشيء الذي تستوفىٰ به منافعه، فلابد من وصف المركوب مثلاً*، والحمل الذي تستوفىٰ به منفعة المركوب[١]**. وعند مالك أنّ الراكب لايحتاج أن يوصف[٢]. وعند الشافعي يحتاج إلى الوصف[٣]***.

---

* لا خلاف يُذكر بين علماء الإماميّة في أنّه إذا استأجر دابّة معيّنة اقتصر علىٰ مشاهدتها، فإن لم تكن مشاهدة بل غائبة أو كانت كلّية فلابدّ من ذكر جنسها كالإبل، ووصفها علىٰ وجه يرتفع معه الغرر وكذا الذكورة والأنوثة. (المبسوط ٣: ٢٢٦ ـ ٢٢٧، تذكرة الفقهاء ٢: ٣٠٩، قواعد الأحكام ٢: ٢٩٨، مسالك الأفهام ٥: ١٩٩، مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ١٩، جامع المقاصد ٧: ١٩٥، ١٩٦، جواهر الكلام ٢٧: ٢٨٢ ـ ٢٨٣).

** نصّ فقهاء الإماميّة، علىٰ أنّه لابدّ من تعيين ما يحمل علىٰ الدابّة أمّا بالمشاهدة، وإمّا بتقديره بالكيل أو الوزن، أو ما يرفع الجهالة. (المبسوط ٣: ٢٢٦ ـ ٢٢٧، قواعد الأحكام ٢: ٢٩٨، تذكرة الفقهاء ٢: ٣٠٩، مسالك الأفهام ٥: ١٩٧، مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ١٩، جواهر الكلام ٢٧: ٢٧٩، ٢٨١، مفتاح الكرامة ١٥: ٢٥٥ ـ ٢٥٦).

*** لا خلاف بين الإماميّة في أنّ معرفة الراكب شرط في إجارة الدواب للركوب؛ لتوقف رفع الجهالة والغرر علىٰ ذلك، ولاختلاف الأغراض في الراكب من حيث الخفة والثقل. وطرق معرفة الراكب ثلاثة: وزن الراكب، ومشاهدته، ووصفه. وقد اختلفوا في بعض هذه المصاديق وكونها طريقاً للمعرفة. (قواعد الأحكام ٢: ٢٩٦، تذكرة الفقهاء ٢: ٣٠٨، ايضاح الفوائد ٢: ٢٦٦، مفتاح الكرامة ١٥: ٢٣٩ ـ ٢٤٠، الحدائق الناضرة ٢١: ٥٨٧، كنز الفوائد ٢: ٢٣، جواهر الكلام ٢٧: ٢٨٠ ـ ٢٨١، المبسوط ٣: ٢٢٧).

---

١. المقدّمات الممهّدات ٢: ١٦٦ ـ ١٦٧، المعونة ٢: ١٠٨٨، ١٠٦٤.

٢. الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٥٤، المعونة ٢: ١٠٩٩، المنتقىٰ للباجي ٥: ١١٧.

٣. الأُم ٤: ٤٠، مختصر المزني: ١٣٨، التهذيب للبغوي ٤: ٤٥٧، البيان للعمراني ٧: ٢٦٧.

وعند ابن القاسم أنّه إذا استأجر الراعي علىٰ غنم بأعيانها أنّ من شرط صحّة العقد اشتراط الخَلَف[١و٢]، وعند غيره، تلزم الجملة بغير شرط[٣]*.

ومن شرط إجارة الذمة أن يعجل النقد عند مالك؛ ليخرج من الدَّين بالدَّين[٤]، كما أنّ من شرط إجارة الأرض غير المأمونة السقي عنده أن لايشترط فيها النقد إلّا بعد الرَّي[٥].

واختلفوا في الكراء هل يدخل في أنواعه الخيار أم لا؟ فقال مالك: يجوز الخيار في

---

* ذكر علماء الإماميّة ـ من دون نقل خلاف ـ في أنّه إذا استأجر راعياً ليرعىٰ له غنماً بأعيانها، جاز العقد، ويتعيّن في تلك الغنم بأعيانها، وليس له أن يسترعيه أكثر من ذلك، وإن هلكت لم يبدلها، وانفسخ العقد بينهما فيها، وإن هلك بعضها لم يبدله، وانفسخ العقد فيه، وإن نتجت لم يلزمه أن يرعىٰ نتاجها؛ لأنّ العقد يتناول العين، واختصّ بها، دون غيرها.

نعم، لو فرض صحّة الإجارة على الرعي في مدّة معيّنة مع عدم تعيين نوع الماشية ـ كما هو ظاهر المبسوط ـ كان عليه رعي سخالها معها؛ لأنّ المدار في تعيين نوع العمل وقدره ـ علىٰ فرض تقديره بالزمان ـ هو العرف والعادة المقتضيان عدم انفصال السخال عن أمّهاتها في الرعي. (المبسوط ٣: ٢٥٠ ـ ٢٥١، السرائر ٢: ٤٧٦، تذكرة الفقهاء ٢: ٣٠٤ (حجري)، جامع المقاصد ٧: ١٨٥ ـ ١٨٦، ايضاح الفوائد ٢: ٢٦٥، مفتاح الكرامة ١٥: ٢٣٠ ـ ٢٣٤).

---

١. والمراد هو أن يشترط عليه أنّه إن مات شيء من الغنم أو نفق من الدواب شيء أخلف مكانه مثله. انظر: المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٤٣٧؛ الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٧٣.

٢. البيان والتحصيل ٨: ٥١٢، المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٤٣٧، المقدّمات الممهّدات ٢: ١٦٧.

٣. البيان والتحصيل ٨: ٤٧٨، ٥١٢، المقدّمات الممهّدات ٢: ١٦٧.

٤. التلقين ٢: ٤٠١، المقدّمات الممهّدات ٢: ١٦٧، المعونة ٢: ١٠٩٥، المنتقىٰ للباجي ٥: ١١٦.

٥. النوادر والزيادات ٧: ١٥٤ ـ ١٥٥، المنتقىٰ للباجي ٥: ١٤٧، المقدّمات الممهّدات ٢: ٢٢٩.

الصنفين من الكراء المضمون والمعين[١]. وقال الشافعي لايجوز[٢]*.

فهذه هي المشهورات من المسائل الواقعة في هذا القسم الأوّل من هذا الكتاب وهو الذي يشتمل على النظر في محالّ هذا العقد وأوصافه وأنواعه، وهي الأشياء التي تجري من هذا العقد مجرىٰ الأركان، وبها يوصف العقد إذا كان على الشروط الشرعية بالصحّة وبالفساد إذا لم يكن علىٰ ذلك، وبقي النظر في الجزء الثاني، وهو أحكام هذا العقد.

---

* المشهور بين فقهاء الإماميّة ـ بل لايظهر فيه مخالف ـ صحّة خيار الشرط في الإجارة، ولا فرق في شرطه لأحدهما أو لكليهما أو لأجنبي، ولا فرق بين أن تكون الإجارة لعين معيّنة كهذه العين، أو يكون موردها في الذمة كأن يستأجرها لعمل مطلق؛ وذلك لعموم أدلّة الإجارة، وعموم أدلّة صحّة الشروط إلّا ما استثني وليس هذا منه.

كما اتفقوا علىٰ عدم جريان خيار المجلس في الإجارة نظراً إلىٰ ثبوته في البيع بعنوانه بدليل خاص به، فلايجري في عقد الإجارة، ولو شرط ففي صحّته قولان، أحدهما: نعم. (الخلاف ٣: ٤٩٥، السرائر ٢: ٢٤٥، تذكرة الفقهاء ١١: ١٢، ١٨، مسالك الأفهام ٥: ١٧٧، مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٧٠، الحدائق الناضرة ٢١: ٥٤٦).

---

١. الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٥٤، المنتقىٰ للباجي ٥: ١١٤.

٢. المهذّب للشيرازي ٣: ٥٣٢، حلية العلماء ٥: ٤٠٤.

الجزء الثاني[1] من هذا الكتاب

وهو النظر في أحكام الإجارات.

وأحكام الإجارات كثيرة، ولكنّها بالجملة تنحصر في جملتين:

الجملة الأولىٰ: في موجبات هذا العقد ولوازمه من غير حدوث طارئ عليه.

الجملة الثانية: في أحكام الطوارئ. وهذه الجملة تنقسم في الأشهر إلىٰ معرفة موجبات الضمان وعدمه، ومعرفة وجوب الفسخ وعدمه، ومعرفة حكم الاختلاف.

الجملة الأولىٰ: ومن مشهورات هذا الباب، متىٰ يلزم المكري دفع الكراء إذا أطلق العقد ولم يشترط قبض الثمن؟ فعند مالك وأبي حنيفة أنّ الثمن إنّما يلزم جزءاً فجزءاً بحسب ما يقبض من المنافع، إلّا أن يشترط ذلك أو يكون هناك ما يوجب التقديم، مثل أن يكون عوضاً معيناً أو يكون كراء في الذمة[2]. وقال الشافعي: يجب عليه الثمن بنفس العقد[3]*.

---

* لا خلاف بين الإماميّة ـ بل دعوى الإجماع عليه ـ في أنّ المؤجر يملك الأُجرة بنفس العقد؛ للإجماع المدّعىٰ، ولأنّ الاجارة عقد معاوضة مالية محضة، وكلّ عقد معاوضة مالية إنّما يملك العوضان فيها معاً، ولا يتقدم أحدهما على الآخر.

ولا خلاف ـ بل دعوى الإجماع عليه أيضاً ـ في أنّه لا يجب تسليم الأجرة إلّا بتسليم العين المستأجرة، أو العمل إن وقعت عليه الاجارة، للأصل، مع احتمال الضرر على ←

---

١. يريد القسم الثاني من كتاب الإجارات، حيث تقدم الأول في أنواعها وشروط الصحّة والفساد.

٢. التفريع ٢: ١٨٤، عيون المجالس ٤: ١٧٩٩، الهداية للمرغيناني ٣: ٢٦١، تحفة الفقهاء ٢: ٣٤٧ ـ ٣٤٨، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٦٨، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٥٣.

٣. الاشراف لابن المنذر ٢: ١١٦، التهذيب للبغوي ٤: ٤٣٠، حلية العلماء ٥: ٣٩١.

فمالك رأىٰ أن الثمن إنما يستحق منه بقدر ما يقبض من العوض[١]. والشافعي كأنّه رأىٰ أنّ تأخّره من باب الدَّين بالدَّين[٢].

ومن ذلك اختلافهم فيمن اكترىٰ دابّةً أو داراً وما أشبه ذلك، هل له أن يكري ذلك بأكثر ممّا اكتراه؟ فأجازه مالك والشافعي وجماعة قياساً على البيع[٣]، ومنع ذلك أبو حنيفة وأصحابه[٤]*.

← المستأجر بتعجيل الدفع؛ لاحتمال عدم إمكان استيفاء المنفعة بالموت وشبهه وهو منفي.

ولا خلاف ـ بل دعوى الإجماع عليه أيضاً ـ في وجوب تعجيل الأجرة مع الإطلاق، ومع اشتراط تعجيلها ـ بمعنىٰ أنّه يجب على المؤجّر دفع الأجرة في أوّل أوقات وجوب دفعها، وهو تمام العمل، أو تسليم العين المؤجّرة إلى المستأجر ـ لأنّ تسليم أحد العوضين يسلّط على المطالبة بالآخر بمقتضى المعاوضة الموجبة للملك، وأمّا مع اشتراط التعجيل فأولىٰ، وللنصوص التي منها الصحيح: «في الجمّال والأجير، قال: لايجف عرقه حتّىٰ تعطيه أجرته». (الخلاف ٣: ٤٨٩ ـ ٤٩٠، التنقيح الرائع ٢: ٢٦٩ ـ ٢٧١، مسالك الأفهام ٥: ١٧٩، رياض المسائل ٩: ٢٠٢ ـ ٢٠٤، مفتاح الكرامة ١٥: ٧٨ ـ ٨١، جواهر الكلام ٢٧: ٢٢٠ ـ ٢٢١).

* لا خلاف بين الإماميّة في جواز إجارة الأرض وغيرها من الاعيان المستأجرة بأقل ممّا استأجرها به وبالمساوي، وإن لم يحدث فيها شيئاً، وكذا بأكثر ممّا استأجرها ←

---

١. الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٥٣، المعونة ٢: ١٠٩٢.

٢. مختصر المزني: ١٣٧، الحاوي الكبير ٧: ٣٩٦.

٣. الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٧٠، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٦٤، الاشراف لابن المنذر ٢: ١١٥ـ١١٦، المهذّب للشيرازي ٣: ٥٤٢، حلية العلماء ٥: ٤٠١، المحلّىٰ بالآثار ٨: ١٩٧، الافصاح ٢: ٣٥ـ٣٦، المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٥١٥، المغني لابن قدامة ٦: ٦٢، الكافي لابن قدامة ٢: ١٨٣، المنتقىٰ للباجي ٥: ١١٣ ـ ١١٤.

٤. والمعروف عند الحنفية هو جواز الإجارة الثانية إن لم تكن الأُجرة فيها من جنس الأُجرة الأُولىٰ، وأمّا إن اتحد جنس الأُجرتين فإنّ الزيادة لاتطيب للمستأجر وعليه أن يتصدّق بها، وصحّت الإجارة الثانية، وأمّا إن أحدث زيادة في العين من بناء أو غيره طابت له الزيادة.

بدائع الصنائع ٦: ٤٦ ـ ٤٧، مختصر اختلاف العلماء ٤: ١٢٦ ـ ١٢٧، المبسوط للسرخسي ١٥: ٨٧، النتف في الفتاوىٰ ٢: ٥٥٩ ـ ٥٦٠.

وعمدتهم أنّه من باب ربح ما لم يضمن؛ لأنّ ضمان الأصل هو من ربّه. أعني من المكري، وأيضاً فإنّه من باب بيع ما لم يقبض[١]، وأجاز ذلك بعض العلماء إذا أحدث فيها عملاً، وممّن لم يكره ذلك إذا وقع بهذه الصفة سفيان الثوري[٢]. والجمهور رأوا أنّ الإجارة في هذا شبيهة بالبيع[٣].

ومنها: أن يكري الدار من الذي أكراها منه، فقال مالك: يجوز[٤]، وقال أبو حنيفة لايجوز[٥]. وكأنّه رأىٰ أنّه إذاكان التفاضل بينهما في الكراء فهو من باب أكل المال بالباطل *.

← به إذاكان قد أحدث فيها عملاً، وكذا لو آجرها بالأكثر مع اختلاف الجنس.

واختلفوا فيما إذا آجر العين بأكثر ممّا استأجرها ولم يحدث بها حدثاً، وكان الجنس واحداً علىٰ قولين: مشهور القدماء على التحريم، ومشهور المتأخّرين الجواز علىٰ كراهة. (الخلاف ٣: ٤٩٤ ـ ٤٩٥، مختلف الشيعة ٦: ١٤٤ ـ ١٤٨، جامع المقاصد ٧: ١١٨ ـ ١١٩، الحدائق الناضرة ٢١: ٢٩٢ ـ ٣٠١، مفتاح الكرامة ١٥: ٩٤ ـ ١٠٤، مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٣٢، ٤٣، الروضة البهية ٢: ٢٠٢).

* لا خلاف بين الإماميّة ـ بل الإجماع بقسميه عليه ـ في أنّه يجوز للمستأجر أن يؤجّر العين التي آجرها من المالك، فضلاً عن غيره، باعتبار أهليه المؤجّر كغيره لتملّك المنفعة، مضافاً إلىٰ عموم الوفاء بالعقود، وعمومات الإجارة، وقاعدة التسلط، والنصوص المستفيضة بل المتواترة الواردة في الأرض والدابة والسفينة وغيرها، والتي تقدم بعضها في مسألة الإجارة بالأكثر. (المبسوط ٣: ٢٢٦، الخلاف ٣: ٤٩٤، السرائر ٢: ٤٦٢، تذكرة الفقهاء ٢: ٣٢٩، جواهر الكلام ٢٧: ٢٥٧).

---

١. مختصر اختلاف العلماء ٤: ١٢٧، المبسوط للسرخسي ١٥: ٨٧، المغني لابن قدامة ٦: ٦٢.
٢. الاشراف لابن المنذر ٢: ١١٥ ـ ١١٦، مختصر اختلاف العلماء ٤: ١٢٦ ـ ١٢٧، المغني لابن قدامة ٦: ٦٢.
٣. المهذّب للشيرازي ٣: ٥٤٢، المعونة ٢: ١٠٩٧، الكافي لابن قدامة ٢: ١٨٣، المغني لابن قدامة ٦: ٦٣.
٤. الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٦١، المعونة ٢: ١٠٩٧.
٥. المحيط البرهاني ٧: ٤٣١، ٤٣٣، حلية العلماء ٥: ٤٠٢.

ومنها: إذا اكترىٰ أرضاً ليزرعها حنطة فأراد أن يزرعها شعيراً، أو ما ضرره مثلُ ضرر الحنطة أو دونَه، فقال مالك: له ذلك[١]، وقال داود: ليس له ذلك[٢]*.

ومنها: اختلافهم في كنس مراحيض الدور المكتراة، فالمشهور عن ابن القاسم أنّه علىٰ أرباب الدور، وروي عنه أنّه على المكتري[٣]، وبه قال الشافعي[٤]، واستثنىٰ

---

* اختلف علماء الإماميّة ـ فيما لو عيّن العين المراد زرعها تعييناً نوعيّاً كالحنطة، أو شخصيّاً كهذه الحنطة، أو صنفياً كالحنطة الفلانية ـ علىٰ قولين:

فذهب جماعة ـ بل قيل: إنّه قول كافة أهل العلم ـ إلىٰ عدم الجواز، سواء كان التعدي للأكثر ضرراً، أو للمساوي أو للأقلّ؛ لأنّ المنافع إنّما تنتقل علىٰ حسب مقتضىٰ العقد، والفرض أنّه لم يقع إلّا على الوجه المعيّن، فلايجوز تجاوزه. ولو تعدّىٰ وخالف المعين فهنا أقوال:

الأوّل: إنّ للمالك أجرة المثل.

الثاني: إنّ للمالك أن يتخيّر بين فسخ العقد وأخذ أجرة المثل، وعدمه فيأخذ المسمىٰ والإرش أيضاً إن نقصت الأرض وحصل لها ضرر بذلك.

وذهب آخرون إلىٰ أنّه لو كان التعدي إلىٰ الأقلّ ضرراً جاز؛ لأنّ الرضا بزرع الأضرّ على الأرض يقتضي الرضا بزرع الأقلّ ضرراً بطريق أولىٰ. (المبسوط ٣: ٢٦٢ ـ ٢٦٣، جامع المقاصد ٧: ٢١٣، تذكرة الفقهاء ٢: ٣٤٠، الحدائق الناضرة ٢١: ٣١٣ ـ ٣١٥، مفتاح الكرامة ١٥: ٢٦٨ ـ ٢٧٠، مسالك الأفهام ٥: ٢١ ـ ٢٢).

---

١. الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٧٨، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٥١، التلقين ٢: ٤٠٢، التفريع ٢: ١٨٥، المنتقىٰ للباجي ٥: ١٤٧.

٢. المغني لابن قدامة ٦: ٦٨، المعونة ٢: ١٠٩٨.

٣. المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٥٠٩، البيان والتحصيل ٩: ٦٧ ـ ٦٨، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٧٠، عقد الجواهر الثمينة ٣: ٩٣٤.

٤. المهذّب للشيرازي ٣: ٥٣٥، البيان للعمراني ٧: ٢٩٦، حلية العلماء ٥: ٤٠٧، التنبيه للشيرازي: ١٢٤، وفيها جميعاً: إنّ في كون الكنس على المكتري أو المكري وجهان.

ابن القاسم من هذه الفنادق التي يدخلها قوم ويخرج قوم، فقال الكنس في هذه على ربّ الدار[1]*.

ومنها: اختلاف أصحاب مالك في الانهدام اليسير من الدار، هل يلزم ربّ الدار إصلاحه، أم ليس يلزم وينحطّ عنه من الكراء ذلك القدر؟ فقال ابن القاسم: لايلزمه، وقال غيره من أصحابه: يلزمه[2]**.

وفروع هذا الباب كثيرة، وليس قصدنا التفريع في هذا الكتاب.

الجملة الثانية: وهو النظر في أحكام الطوارئ.

---

* لا خلاف بين من تعرّض لهذه المسألة من علماء الإماميّة أنّ تطهير الدار عن الكناسة والأتون عن الرماد في دوام الإجارة على المستأجر؛ لأنّهما حصلا بفعله. (تذكرة الفقهاء ٢: ٣١٢، قواعد الأحكام ٢: ٣٠٣، تحرير الأحكام ٣: ٩٨، مفتاح الكرامة ١٥: ٣١٦، جامع المقاصد ٧: ٢٥١ ـ ٢٥٢).

** ذكر علماء الإماميّة ـ من دون نقل خلاف ـ أنّه إذا انهدم المسكن ولم يفت أصل الانتفاع ـ أي انتفاعاً من سنخ ما استؤجر له عرفاً بحسب المراتب الميسورة لا انتفاعاً مبايناً معه ـ كان للمستأجر الخيار بين الابقاء والفسخ؛ لقاعدة نفي الضرر، أو لأجل خيار العيب لتخلّف صفة الصحّة المشروطة ارتكازاً في تمام العين حدوثاً وبقاءً، ويرجع بالأجرة بالنسبة، وليس للمستأجر بعد انهدام المسكن تكليف المؤجر بعمارته. (مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٦٠ ـ ٦١، غاية المراد ٢: ٣١٩ ـ ٣٢٠، الحدائق الناضرة ٢١: ٥٥٧ ـ ٥٥٨، مهذب الاحكام ١٩: ٧١ ـ ٧٢، جواهر الكلام ٢٧: ٣١٠).

---

١. البيان والتحصيل ٩: ٦٨، عقد الجواهر الثمينة ٣: ٩٣٤.

٢. المقدّمات الممهّدات ٢: ٢١٥، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٦٩، النوادر والزيادات ٧: ١٣٨.

الفصل الأول وهو النظر في الفسوخ

فنقول: إنّ الفقهاء اختلفوا في عقد الإجارة، فذهب الجمهور إلىٰ أنّه عقد لازم[1] *، وحكي عن قوم أنّه عقد جائز[2] تشبيهاً بالجعل والشركة. والذين قالوا أنّه عقد لازم اختلفوا فيما ينفسخ به، فذهب جماعة فقهاء الأمصار مالك والشافعي وسفيان الثوري وأبو ثور وغيرهم إلىٰ أنّه لاينفسخ إلّا بما تنفسخ به العقود اللازمة من وجود العيب بها **

---

* لا خلاف بين فقهاء الإماميّة ـ بل عليه دعوىٰ الاجماع من غير واحد ـ في أنّ الإجارة من العقود اللازمة؛ لعمومات لزوم العقود والشروط المستفادة من الكتاب والسنة، واستصحاب بقاء العقد وآثاره، ويدلّ عليه أيضاً من الأدلّة الخاصة، منها السيرة العقلائية الممضاة شرعاً، والسيرة العملية القطعية لدىٰ المتشرعية، ومنها الروايات الخاصة في أبواب الإجارة، كرواية علي بن يقطين قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يتكارىٰ من الرجل البيت أو السفينة سنة أو أكثر من ذلك أو أقلّ؟ قال: «**الكراء لازم له إلى الوقت الذي تكارىٰ إليه**». (المبسوط ٣: ٢٢٢، السرائر ٢: ٤٥٦ ـ ٤٥٧، مسالك الأفهام ٥: ١٧٤، قواعد الأحكام ٢: ٢٨١، جامع المقاصد ٧: ٨٣ ـ ٨٤، مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٧، ٦٢، مفتاح الكرامة ١٥: ١٠، جواهر الكلام ٢٧: ٢٠٥ ـ ٢٠٦، تذكرة الفقهاء ٢: ٣٢٤).

** لا خلاف نجده بين علماء الإماميّة ـ بل دعوىٰ الإجماع عليه ـ في أنّ المستأجر لو وجد عيباً في العين لم يعلمه فله الفسخ؛ لأنّ مورد الإجارة العين وهي متعلّق ←

---

١. الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٥٢، المقدّمات الممهّدات ٢: ١٦٦، المهذّب للشيرازي ٣: ٥٣٣، الحاوي الكبير ٧: ٣٩٢، الافصاح ٢: ٣٤، الكافي لابن قدامة ٢: ١٧٧، المبسوط للسرخسي ١٥: ٨٨، عيون المجالس ٤: ١٧٩٧ ـ ١٧٩٨، المغني لابن قدامة ٦: ٢٤.

٢. المبسوط للسرخسي ١٥: ٨٨، بدائع الصنائع ٦: ٣٦.

أو ذهاب محل استيفاء المنفعة[1] *. وقال أبو حنيفة وأصحابه: يجوز فسخ عقد الإجارة للعذر الطارئ على المستأجر، مثل أن يكري دكاناً يتّجر فيه فيحترق متاعه أو يُسرَق[2] **.

← المنفعة، وبينهما كمال الارتباط، والإطلاق إنّما ينزل على الصحيح، والصبر على العيب ضرر، فلابد من سبيل إلى التخلص منه وهو الفسخ. (الخلاف ٣: ٤٨٨، تذكرة الفقهاء ٢: ٣٢٢، مسالك الأفهام ٥: ٢٢٠: جامع المقاصد ٧: ٩١ ـ ٩٢، جواهر الكلام ٢٧: ٣١٣).

* لا خلاف نجده بين علماء الإماميّة في أنّه لو استأجر شيئاً معيّناً فتلف قبل القبض انفسخ العقد، ولا خيار للمستأجر، كما لو استأجر دابة معينة فماتت، وبطلان الإجارة حينئذٍ واضح؛ لأنّه ـ الشيء ـ أحد العوضين، فإذا فات قبل قبضه بطل كالبيع.

قال في التذكرة: وكذا إن كان التلف عقيب القبض بلا فصل قبل مضي مدّة لمثلها أجرة، فإنّ الإجارة تنفسخ أيضاً وتسقط الأجرة أيضاً في قول عامة الفقهاء. وعلله في الخلاف بأنّ المعقود عليه المنفعة، فإذا تعذّرت وجب أن تنفسخ الإجارة. (الخلاف ٣: ٤٩١، غنية النزوع: ٢٨٧، تذكرة الفقهاء ٢: ٣٢٢ (حجري)، مسالك الأفهام ٥: ١٩٦، جواهر الكلام ٢٧: ٢٧٧ ـ ٢٧٨، مفتاح الكرامة ١٥: ٣٩ ـ ٤٠، جامع المقاصد ٧: ٩٣).

** لعلماء الإماميّة في مسألة الأعذار الخاصّة بالمستأجر ثلاثة أقوال:

الأوّل: لزوم الإجارة وعدم البطلان بالعذر؛ لأنّ المستأجر متمكن من استيفاء المنفعة بفعل غيره. بل عمّمه بعضهم إلىٰ صورة اشتراط المباشرة في الاستيفاء؛ لأنّ المصحّح للإجارة هي الحيثية القائمة بالعين التي يملكها المؤجّر، وهي غير متعذرة هنا.

الثاني: التفصيل بين صورة اشتراط المباشرة في الاستيفاء بنحو التقييد فتبطل الإجارة وبين غيرها فتصح؛ لأنّ الحصّة المقيّدة بالمباشرة غير قابلة للفعلية، لعدم قابلية ←

---

١. حلية العلماء ٥: ٤٠٥، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٥٢، المهذّب للشيرازي ٣: ٥٣٣، الكافي لابن قدامة ٢: ١٧٧، الحاوي الكبير ٧: ٣٩٢، عيون المجالس ٤: ١٧٩٧ ـ ١٧٩٨، المنتقى للباجي ٥: ١١٤.

٢. بدائع الصنائع ٦: ٢٨ ـ ٢٩، الهداية للمرغيناني ٣: ٢٨٠، مختصر القدوري: ١٠٥، الفقه النافع ٣: ١١٣٩.

وعمدة الجمهور قوله تعالىٰ: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[١] لأنّ الكراء عقد علىٰ منافع فأشبه النكاح، ولأنّه عقد علىٰ معاوضة فلم ينفسخ، أصله البيع[٢]. وعمدة أبي حنيفة أنّه شَبَّه ذهاب ما به تُستوفىٰ المنفعة بذهاب العين التي فيها المنفعة[٣].

وقد اختلف قول مالك إذا كان الكراء في غير مخصوص علىٰ استيفاء منفعة من جنس مخصوص، فقال عبدالوهاب: الظاهر من مذهب أصحابنا أنّ محلّ استيفاء المنافع لا يتعيّن في الإجارة، وإن عُيّن، فذلك كالوصف لا ينفسخ ببيعه أو ذهابه *، بخلاف العين المستأجرة إذ تلفت. قال: وذلك مثل أن يستأجر علىٰ رعاية غنمٍ بأعيانها، أو خياطة قميص بعينه

← الحصّة المضائفة لها، فلا يعقل تمليكها.

الثالث: القول بصحّة الإجارة مع ثبوت خيار الفسخ للمستأجر فيما لو اشترط عليه استيفاء المنفعة بنفسه. (الخلاف ٣: ٤٨٨ ـ ٤٨٩، المهذب لابن البراج ١: ٤٨٨، السرائر ٢: ٤٦٢، تحرير الأحكام ٣: ٦٨، ١٢٧، تذكرة الفقهاء ٢: ٣٢٤، مختلف الشيعة ٦: ١٤٨، جامع المقاصد ٧: ١٤٩، جواهر الكلام ٢٧: ٣١٢ ـ ٣١٣، المستند في شرح العروة ٣٠: ١٨٩، ١٩٤).

* لا خلاف بين علماء الإماميّة في بطلان الإجارة بتلف العين المستأجرة المعيّنة قبل القبض بل وعقبيه بلا فصل؛ لأنّ العين أحد العوضين، فإذا فات قبل قبضه بطل كالبيع.

هذا كلّه في العين الشخصية، وأمّا لو كانت كلّية في الذمّة فسوف يأتي التعرض لحكمها. (تحرير الأحكام الشرعية ٣: ١٢٥، التنقيح الرائع ٢: ٢٧١، مسالك الأفهام ٥: ١٩٦، رياض المسائل ٩: ٢١٣، جامع المقاصد ٧: ١٣٩ ـ ١٤٠، مفتاح الكرامة ١٥: ٣٩، مستمسك العروة الوثقىٰ ١٢: ٤٩ ـ ٥٠).

---

١. سورة المائدة: الآية ١.

٢. الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٥٢ ـ ٦٥٣، الحاوي الكبير ٧: ٣٩٣، الهداية للمرغيناني ٣: ٢٨٠، المنتقىٰ للباجي ٥: ١١٤.

٣. بدائع الصنائع ٦: ٢٩، الهداية للمرغيناني ٣: ٢٨٠.

فتهلك الغنم *، ويحترق الثوب **، فلا ينفسخ العقد، وعلى المستأجر أن يأتيه بغنم مثلها ليرعاها، أو قميص مثله ليخيطه. قال: وقد قيل: إنّها تتعيّن بالتعيين فينفسخ العقد بتلف المحل[1].

وقال بعض المتأخرين: إنّ ذلك ليس اختلافاً في المذهب، وإنّما ذلك على قسمين، أحدهما أن يكون المحل المعين لاستيفاء المنافع ممّا تقصد عينه أو ممّا لاتقصد عينه. فإذا كان مما تقصد عينه انفسخت الإجارة كالظئر إذا مات الطفل، وإن كان مما لايقصد عينه لم تنفسخ كالإجارة على رعاية الغنم بأعيانها أو بيع طعام في حانوت وما أشبه ذلك[2].

واشتراط ابن القاسم في المدوّنة أنّه إذا استأجر على غنم بأعيانها فإنّه لايجوز إلّا أن يشترط الخلف[3] *** هو التفات منه إلى أنّها تنفسخ بذهاب محل استيفاء العين، لكن لمّا رأى التلف سائقاً إلى الفسخ رأى أنّه من باب الغرر، فلم يجز الكراء عليها إلّا باشتراط الخلف.

---

* سوف يأتي التعرض لهذا الفرع عن قريب.

** المشهور بين علماء الإماميّة ـ بل لا خلاف بينهم ـ أنّه لو تلف مورد العمل قبل أن يعمل الأجير فيه شيئاً ـ كتلف الثوب قبل الخياطة أو موت الصبي قبل الارضاع ـ فإنّ الإجارة تبطل بذلك؛ لتعذّر استيفاء المنفعة المعقود عليها، وانكشاف عدم تملّك الاجير لهذه المنفعة ابتداءً لكي يكون قادراً على تمليكها. (تذكرة الفقهاء ٢: ٢٩٩ (حجري)، ايضاح الفوائد ٢: ٢٦٠، مسالك الأفهام ٥: ٢١٠، جواهر الكلام ٢٧: ٢٩٩، مستمسك العروة ١٢: ٥٨، المستند في شرح العروة ٣٠: ١٩٠ ـ ١٩١).

*** مرّ قريباً.

---

١. المعونة ٢: ١١٠٠، المنتقى للباجي ٥: ١١٦ ـ ١١٧، وانظر: البيان والتحصيل ٨: ٤٣١، ٤٧٧، ٤٧٨، الرسالة الفقهية: ٢١٩.

٢. البيان والتحصيل ٨: ٤٧٨، المنتقى للباجي ٥: ١١٧، المقدّمات الممهّدات ٢: ١٦٩ ـ ١٧٠.

٣. المدوّنة الكبرى ٤: ٤٣٧، البيان والتحصيل ٨: ٥١٢، المقدّمات الممهّدات ٢: ١٦٧.

ومن نحو هذا اختلافهم في هل ينفسخ الكراء بموت أحد المتعاقدين، أعني: المكري أو المكتري. فقال مالك والشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور: لاينفسخ ويورث عقد الكراء[١]، وقال أبو حنيفة والثوري والليث: ينفسخ[٢]*.

---

* اختلف علماء الإماميّة ـ في مسألة موت المؤجّر أو المستأجر ـ علىٰ ثلاثة أقوال:

الأوّل: ما ذهب إليه مشهور القدماء ـ بل دعوىٰ الاجماع عليه ـ من أنّ الإجارة تبطل بالموت سواء كان موت المؤجّر أو المستأجر؛ محتجين بإنّ استيفاء المنفعة يتعذّر بالموت، لأنّه استحقّ بالعقد استيفاءها علىٰ ملك المؤجّر، فإذا مات زال ملكه عن العين فانتقلت إلىٰ ورثته، فالمنافع تحدث علىٰ ملك الوارث، ولايستحقّ المستأجر استيفاءها، لأنّه ما عقد علىٰ ملك الوارث، وإن مات المستأجر لم يمكن ايجاب الأجرة في تركته.

الثاني: ما نسب إلى الأكثر تارة، أو إلى ظاهر الأصحاب أُخرىٰ، وقد نسبه الطوسي إلى الشذوذ من أن موت المستأجر يبطل الإجارة، وموت المؤجّر لايبطلها؛ وقد يستدلّ عليه بتعذّر استيفاء الأجرة بموت المستأجر، لاستحقاق المؤجر الأجرة من مال المستأجر فتنتقل إلى الورثة، وأيضاً ربّما كان غرض المالك خصوص هذا المستأجر لتفاوت الأغراض بتفاوت شخص المستأجر، وقد تعذّر ذلك بالموت، فالإجارة باطلة.

الثالث: وهو الأشهر بين المتأخّرين، بل المشهور. وذهب إليه بعض القدماء، بل نسبه في المسالك إلى المتأخّرين أجمع من أنّ الإجارة لاتبطل بموت أحدهما إذا ←

---

١. الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٦٨، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٥٣، المهذّب للشيرازي ٣: ٥٥٧، الاشراف لابن المنذر ٢: ١١٦، الافصاح ٢: ٣٥، حلية العلماء ٥: ٤٣٣، الكافي لابن قدامة ٢: ١٧٩، عيون المجالس ٤: ١٨٠١، المغني لابن قدامة ٦: ٤٨.

٢. الهداية للمرغيناني ٣: ٢٨٠، تحفة الفقهاء ٢: ٣٦١، الفقه النافع ٣: ١١٣٨، الافصاح ٢: ٣٥، الاشراف لابن المنذر ٢: ١١٦، المغني لابن قدامة ٦: ٤٨.

وعمدة من لم يقل بالفسخ أنّه عقد معاوضة، فلم ينفسخ بموت أحد المتعاقدين، أصله البيع[١]. وعمدة الحنفية أنّ الموت نُقلة لأصل الرقبة المكتراة من ملك إلىٰ ملك، فوجب أن يبطل، أصله البيع في العين المستأجرة مدّة طويلة، أعني: أنّه لايجوز، فلمّا كان لايجتمع العقدان معاً غلب ههنا انتقال الملك وإلّا بقي الملك ليس له وارث، وذلك خلاف الإجماع، وربما شبهوا الإجارة بالنكاح إذ كان كلاهما استيفاء منافع، والنكاح يبطل بالموت[٢] وهو بعيد. وربّما احتجّوا على المالكية فقط بأنّ الأجرة عندهم تستحقّ جزءاً فجزءاً بقدر ما يقبض من المنفعة. قالوا: وإذاكان هذا هكذا فإن مات المالك وبقيت الإجارة، فإنّ المستأجر يستوفي في ملك الوارث حقّاً بموجب عقد في غير ملك العاقد وذلك لايصح، وإن مات المستأجر فتكون الأُجرة مستحقة عليه بعد موته والميت لايثبت عليه دين بإجماع بعد موته[٣].

وأمّا الشافعية فلايلزمهم هذا؛ لأنّ استيفاء الأجرة يجب عندهم بنفس العقد علىٰ

← لم يشترط على المستأجر استيفاء المنفعة بنفسه؛ لأنّ الإجارة من العقود اللازمة، ومن شأنها أن لاتبطل بالموت، ولعموم: «الأمر بالوفاء بالعقود»، ولأنّه حقّ مالي، ومنفعة مقصودة يصحّ المعاوضة عليها وانتقالها بالميراث وشبهه، فلاتبطل بموت صاحبها كغيرها من الحقوق، ولأنّ العقد وقع صحيحاً فيستصحب حكمه، ولاطلاق صحيحة علي بن يقطين، وغيرها من الأدلة. (الخلاف ٣: ٤٩١، غنية النزوع: ٢٨٧، المبسوط ٣: ٢٢٤، السرائر ٢: ٤٤٩، مختلف الشيعة ٦: ١٤٢ ـ ١٤٤، رياض المسائل ٩: ١٩٤، ١٩٦، جامع المقاصد ٧: ٨٤، غاية المراد ٢: ٣٢٠ـ ٣٢١، مسالك الأفهام ٥: ١٧٥، مفتاح الكرامة ١٥: ١٣ ـ ١٩، جواهر الكلام ٢٧: ٢٠٦ـ٢١٣).

---

١. الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٥٣، المهذّب للشيرازي ٣: ٥٥٧، الحاوي الكبير ٧: ٤٠٠ـ ٤٠١، المغني لابن قدامة ٦: ٤٩.

٢. بدائع الصنائع ٦: ٨٠، الحاوي الكبير ٧: ٤٠١.

٣. الهداية للمرغيناني ٢: ٢٨٠، الفقه النافع ٣: ١١٣٨، المغني لابن قدامة ٦: ٤٨ ـ ٤٩، الحاوي الكبير ٧: ٤٠١.

ما سلف من ذلك[١]. وعند مالك أنّ أرض المطر إذا أُكريت فمنع القحط من زراعتها أو زرعها فلم ينبت الزرع لمكان القحط أنّ الكراء ينفسخ، وكذلك إذا استعذرت بالمطر حتّىٰ انقضىٰ زمن الزراعة، فلم يتمكّن المكتري من أن يزرعها[٢]*، وسائر الجوائح التي تصيب الزرع لايُحط عنه من الكراء شيء[٣]**، وعنده أنّ الكراء الذي يتعلّق بوقت ممّا أنّه إن كان ذلك الوقت مقصوداً مثل كراء الرواحل في أيّام الحجّ فغاب المكري عن ذلك الوقت أنّه ينفسخ الكراء. وأمّا إن لم يكن الوقت مقصوداً فإنّه لاينفسخ. هذا كلّه عنده في الكراء الذي يكون في الأعيان[٤]. فأمّا الكراء الذي يكون في الذمّة فإنّه لاينفسخ عنده بذهاب العين التي

---

* اختلف الإماميّة فيما لو انقطع الماء أثناء مدّة الإجارة، فذهب جماعة ـ ولعلّهم الأكثر ـ إلىٰ أنّ للمزارع الخيار؛ لعدم الانتفاع، وعليه أجرة ما سلف علىٰ تقدير الفسخ، ويرجع بأجرة ما قابل المدّة المتخلفة؛ لاستصحاب صحّة العقد أولاً.

وقال آخرون: إنّ المتّجه البطلان، فيما إذا خرجت بانقطاع الماء عن قابلية إمكان الانتفاع بها للزرع، لا الخيار؛ لفوات الشرط في المدة الباقية. (المبسوط ٣: ٢٥٦ ـ ٢٥٧، ٢٥٩، تذكرة الفقهاء ٢: ٣٣٨ (حجري)، تحرير الأحكام ٣: ١٤٠، الروضة البهية ٢: ١٨٢، جامع المقاصد ٧: ٢٢٣، جواهر الكلام ٢٧: ٢٠ ـ ٢٣، مفتاح الكرامة ١٥: ٤٣٦ ـ ٤٣٨، مسالك الأفهام ٥: ١٩).

** لا خلاف ـ نجده ـ بين علماء الإماميّة في أنّه لو اتّفق ـ علىٰ سبيل الندرة ـ غرق الزرع، أو تلفه بجائحة من حرق ونحوه فلا ضمان علىٰ المؤجر ولا فسخ للمستأجر؛ لأنّ الجائحة لحقت مال المستأجر لا منفعة الأرض. (المبسوط ٣: ٢٦١، ٢٦٢، المقنعة: ٦٣٧، النهاية ونكتها ٢: ٢٧٢، الجامع للشرائع: ٢٩٧، قواعد الأحكام ٢: ٣٠٠، جامع المقاصد ٧: ٢٢٣).

---

١. تقدّم تخريجه في الجملة الأُولىٰ من أحكام الإجارات، فراجع.
٢. الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٧٨، المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٥٢٩ ـ ٥٣٠، التفريع ٢: ٣٠٦، التلقين ٢: ٤٠١.
٣. التلقين ٢: ٤٠١، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٧٨، التفريع ٢: ١٨٤، ٣٠٦.
٤. الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٧٢، التفريع ٢: ١٨٨ ـ ١٨٩، المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٥٠٠ ـ ٥٠١.

قبض المستأجر ليستوفي منها المنفعة إذ كان لم ينعقد الكراء علىٰ عين بعينها، وإنّما انعقد علىٰ موصوف في الذمة[1]*. وفروع هذا الباب كثيرة، وأصوله هي هذه التي ذكرناها.

الفصل الثاني وهو النظر في الضمان

والضمان عند الفقهاء علىٰ وجهين: بالتعدّي، أو لمكان المصلحة وحفظ الأموال.

فأمّا بالتعدي فيجب على المكرىٰ[2] باتّفاق[3]**، والخلاف إنّما هو في نوع التعدّي الذي يوجب ذلك أو لا يوجبه، وفي قدره. فمن ذلك اختلاف العلماء في القضاء فيمن اكترىٰ دابة

---

* لا خلاف بين علماء الإماميّة في أنّه لو كانت الإجارة عيناً كلّية وتسلّم فرداً للاستيفاء منها فتلفت فالإجارة باقية؛ لأنّ المعقود عليه حقيقة هو المنفعة الكلّية في الذمّة وهي لم تتشخّص في فرد، غاية الأمر ينفسخ الوفاء، وعليه دفع فرد آخر. (مسالك الأفهام ٥: ١٩٦، جامع المقاصد ٧: ٩٣، ١٣٩ ـ ١٤٠، جواهر الكلام ٢٧: ٢٧٩، مفتاح الكرامة ١٥: ٣٩، ١٤٨، المستند في شرح العروة ٣٠: ١٨٠، مستمسك العروة الوثقىٰ ١٢: ٥٣، مهذب الأحكام ١٩: ٧١).

** أجمع فقهاء الإماميّة علىٰ أنّ المستأجر ضامن للعين المستأجرة بالتعدّي في الاستيفاء وغيره؛ لأنّه يصير بمنزلة الغاصب، ودلالة صحيحة أبي ولاد عليه، ويلزمه أجرة الزائد على الشرط. وذهب الأكثر إلىٰ أنّه يضمن قيمتها وقت العدوان إذا تلفت. (الخلاف ٣: ٤٩٣، السرائر ٢: ٤٦٢ ـ ٤٦٣، الغنية: ٢٨٨، جواهر الكلام ٢٧: ٣١٦، مسالك الأفهام ٥: ٢٢١، رياض المسائل ٩: ١٩٩، تذكرة الفقهاء ٢: ٣١٧ ـ ٣١٨ (حجري).

---

١. الرسالة الفقهية: ٢١٩، المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٥٠٠ ـ ٥٠١.

٢. أي: المتسأجِر.

٣. المهذّب للشيرازي ٣: ٥٥٨ ـ ٥٥٩، الكافي لابن قدامة ٢: ١٨٥، مختصر القدوري: ١٠٢، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٧٥ ـ ٣٧٦، التفريع ٢: ١٨٩.

إلىٰ موضع مّا، فتعدّىٰ بها إلىٰ موضع زائد على الموضع الذي انعقد عليه الكراء. فقال الشافعي وأحمد: عليه الكراء الذي التزمه إلى المسافة المشترطة، ومثل كراء المسافة التي تعدَّىٰ فيها[١]. وقال مالك: ربُّ الدابة بالخيار في أن يأخذ كراء دابته في المسافة التي تعدىٰ فيها أو يضمن له قيمة الدابة[٢]. وقال أبو حنيفة: لا كراء عليه في المسافة المتعداة[٣]، ولا خلاف أنّها إذا تلفت في المسافة المتعداة أنّه ضامن لها[٤]*.

فعمدة الشافعي أنّه تعدَّىٰ على المنفعة فلزمه أُجرة المثل، أصله التعدِّي علىٰ سائر المنافع[٥]. وأمّا مالك فكأنّه لمّا حبس الدابة عن أسواقها رأىٰ أنّه قد تعدَّىٰ عليها فيها نفسها فشبَّهه بالغاصب[٦]، وفيه ضعف. وأمّا مذهب أبي حنيفة فبعيد جداً عما تقتضيه الأصول

---

* ذهب أكثر علماء الإماميّة إلىٰ أنّه لو استأجر دابة للركوب إلىٰ موضع معيّن فزاد في ذلك وتعدىٰ، يجب عليه الأجرة المسمّاة، مضافاً إلىٰ أجرة المثل لما حصل من الزيادة، كما أنّه يضمن التلف أو العيب؛ لأنّ ذلك هو مقتضىٰ أصالة عدم التداخل، والاحتياط، وتدل عليه اخبار الباب كصحيحة أبي ولاد. خلافاً للقاضي ابن البراج حيث ألزم القيمة مع التلف التام ولا أجرة عليه فيما زاد بعد المكان الذي عينه، ومع النقص فالمؤجّر مخيّر بين أخذ أجرة المثل، وبين قيمة الناقص. (الخلاف ٣: ٤٩٢ ـ ٤٩٣، السرائر ٢: ٤٦٢ ـ ٤٦٣، غنية النزوع: ٢٨٨، رياض المسائل ٩: ٢٢٦ ـ ٢٢٧، مختلف الشيعة ٦: ١٧٦ ـ ١٧٧).

---

١. الاشراف لابن المنذر ٢: ١٠٧، الأُم ٤: ٢٩، مختصر المزني: ١٣٧، الحاوي الكبير ٧: ٤٠٤، المغني لابن قدامة ٦: ٨٨، الافصاح ٢: ٣٩.

٢. الموطّأ ٢: ٧٣٣، كتاب الأقضية، باب القضاء في كراء الدابة والتعدّي بها، المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٤٨١ـ٤٨٢، المعونة ٢: ١٠٩٧ ـ ١٠٩٨، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٧١.

٣. مختصر اختلاف العلماء ٤: ١٢٢، الافصاح ٢: ٣٩، الاشراف لابن المنذر ٢: ١٠٧.

٤. المعونة ٢: ١٠٩٧، الهداية المرغيناني ٣: ٢٦٦، التهذيب للبغوي ٤: ٤٥٢، الأُم ٤: ٢٩، المغني لابن قدامة ٦: ٨٩ ـ ٩٠، الاستذكار ٢٢: ١٢٢.

٥. الحاوي الكبير ٧: ٤٠٤، البيان للعمراني ٧: ٣٢٩ ـ ٣٣٠.

٦. المعونة ٢: ١٠٩٨، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٥٥.

الشرعية، والأقرب إلى الأصول في هذه المسألة هو قول الشافعي. وعند مالك أنّ عثار الدابة لو كانت عثوراً تعدٍّ من صاحب الدابة يضمن بها الحمل، وكذلك إن كانت الحبال رثة[1] *، ومسائل هذا الباب كثيرة.

وأمّا الذين اختلفوا في ضمانهم من غير تعدٍّ إلّا من جهة المصلحة فهم الصنّاع، ولا خلاف عندهم أنّ الأجير ليس بضامن لما هلك عنده مما استؤجر عليه إلّا أن يتعدّىٰ[2] **، ما عدا حامل الطعام والطحّان، فإنّ مالكاً ضمّنه ما هلك عنده، إلّا أن تقوم له بينة علىٰ هلاكه من غير سببه[3] ***. وأمّا تضمين الصنّاع ما ادعوا هلاكه من المصنوعات المدفوعة إليهم،

---

* ذكر فقهاء الامامية ـ بل أُدّعي الإجماع عليه ـ أنّ الجمّال يضمن ما يتلف بقوده وسوقه، وانقطاع حبله الذي يشدّ به الحمل؛ ودليلهم مضافاً للإجماع النص. وقال الكركي: سواء قصر أم لا؛ لأنّ اتلاف مال الغير بغير حقّ ولا إذن لا يسقط وجوب ضمانه عدم التقصير في حفظه. (تذكرة الفقهاء ٢: ٣١٩، تحرير الأحكام الشرعية ٣: ١١٩، جامع المقاصد ٧: ٢٦٧، مفتاح الكرامة ١٥: ٣٤٤).

** لا خلاف بين علماء الإماميّة ـ بل دعوى الاجماع عليه ـ في أنّ العين المستأجرة أمانة في يد المستأجر لا يضمنها إلّا بتعدٍّ أو تفريط؛ لأنّ يده يد أمانة مالكية للأصل، ولأنّه متصرّف بإذن المالك. ولدلالة النصوص المستفيضة عليه. (غنية النزوع: ٢٨٨، تحرير الأحكام الشرعية ٣: ١١٧، قواعد الأحكام ٢: ٣٠٤، جامع المقاصد ٧: ٢٥٧، رياض المسائل ٩: ١٩٩، مفتاح الكرامة ١٥: ٣٢٣).

*** يتضح الحكم في هذه المسألة ممّا سبق.

---

١. المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٤٨٩ ـ ٤٩٠، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٧٢، عقد الجواهر الثمينة ٣: ٩٣٧.

٢. المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٤٤٧، المعونة ٢: ١١٠٧، مختصر اختلاف العلماء ٤: ٨٦، الكافي لابن قدامة ٢: ١٨٤ ـ ١٨٥، المهذب للشيرازي ٣: ٥٦٠ ـ ٥٦١، المحلّىٰ بالآثار ٨: ٢٠١، الهداية للمرغيناني ٣: ٢٧٤، ٢٧٦، بدائع الصنائع ٦: ٥٤، ٥٧، التفريع ٢: ١٨٧.

٣. الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٦٥، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٧٥ ـ ٣٧٦، المعونة ٢: ١١٠٧، التفريع ٢: ١٨٧.

فإنّهم اختلفوا في ذلك، فقال مالك وابن أبي ليلىٰ وأبو يوسف: يضمنون ما هلك عندهم[١].

وقال أبو حنيفة: لايضمن من عمل بغير أجر ولا الخاص، ويضمن المشترك ومن عمل بأجر[٢]، وللشافعي قولان في المشترك[٣]*.

والخاص عندهم هو الذي يعمل في منزل المستأجر[٤]، وقيل: هو الذي لم ينتصب للناس، وهو مذهب مالك في الخاص، وهو عنده غير ضامن[٥]، وتحصيل مذهب مالك علىٰ

---

* لا خلاف بين الإماميّة ـ بل دعوىٰ الاجماع والاتفاق عليه ـ في أنّ الصانع يضمن ما يجنيه بسببه، ولو كان حاذقاً، كالقصّار يحرق الثوب أو يخرق، أو الحجّام يجني في حجامته، أو...؛ لسببية الاتلاف للضمان.

ولصحيح الحلبي وحسنه المروي عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يعطي الثوب ليصبغه فيفسد، قال: «كلّ عامل أعطيته أجراً علىٰ أن يصلح فأفسد فهو ضامن». (قواعد الأحكام ٢: ٣٠٥، جامع المقاصد ٧: ٢٦٧، مسالك الأفهام ٥: ٢٢٣ ـ ٢٢٤، مفتاح الكرامة ١٥: ٣٤٣ ـ ٣٤٤، جواهر الكلام ٢٧: ٣٢٢).

---

١. الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٦٥، الرسالة الفقهية: ٢١٩، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٧٦، مختصر اختلاف العلماء ٤: ٨٥، الهداية للمرغيناني ٣: ٢٧٤، المبسوط للسرخسي ١٥: ٩٠، الاشراف لابن المنذر ٢: ١٢٤، النوادر والزيادات ٧: ٦٧، المقدّمات الممهدّات ٢: ٢٤٣، عيون المجالس ٤: ١٨٠٢.

٢. المعروف في مصادر الاحناف أنّ الأجير المشترك لايضمن ـ فضلاً عن الخاصّ ـ إلّا أنّه يضمن ما جنت يداه. راجع: الهداية للمرغيناني ٣: ٢٧٤، ٢٧٦، تحفة الفقهاء ٢: ٣٥٢، المبسوط للسرخسي ١٥: ٨٩، ٩١، بدائع الصنائع ٦: ٥٥، ٥٦، ٥٧، مختصر اختلاف العلماء ٤: ٨٥، مختصر القدوري: ١٠٢، المحيط البرهاني ٧: ٥٨٦ ـ ٥٨٨، ٥٩٤.

٣. مختصر المزني: ١٣٨، المهذّب للشيرازي ٣: ٥٦٠ ـ ٥٦١، التهذيب للبغوي ٤: ٤٦٦.

٤. المبسوط للسرخسي ١٥: ٨٩، التهذيب للبغوي ٤: ٤٦٧، النوادر والزيادات ٧: ٦٧، ٦٩، المغني لابن قدامة ٦: ١١٧ ـ ١١٨، تحفة الفقهاء ٢: ٣٥٢.

٥. النوادر والزيادات ٧: ٦٨، البيان والتحصيل ٤: ٢٤٣، المعونة ٢: ١١١٢، المقدّمات الممهّدات ٢: ٢٤٥.

هذا. أنّ الصانع المشترك يضمن، وسواء عمل بأجر أو بغير أجر[١]*، وبتضمين الصناع قال علي وعمر، وإن كان قد اختلف عن عليّ في ذلك[٢].

وعمدة من لم ير الضمان عليهم أنّه شَبَّه الصانع بالمودَع عنده والشريك والوكيل وأجير الغنم[٣]. ومَن ضمّنه فلا دليل له إلّا النظر إلى المصلحة وسدّ الذريعة[٤]. وأمّا من فرّق بين أن يعملوا بأجر أو لا يعملوا بأجر؛ فلأنّ العامل بغير أجر إنّما قبض المعمول لمنفعة صاحبه فقط فأشبه المودَع[٥]، وإذا قبضها بأجر فالمنفعة لكليهما، فغُلّبت منفعة القابض، أصله القرض والعارية عند الشافعي[٦]، وكذلك أيضاً من لم ينصب نفسه لم يكن في تضمينه سدُّ ذريعة[٧].

---

* عرّف علماء الإماميّة الأجير الخاص بإنّه الذي يستأجر للعمل بنفسه مدّة معينة، أو عملاً معيّناً مع تعيين أوّل زمانه. ويعبّر عنه بـ«المقيد» و«المنفرد».

والأجير المشترك: هو الذي يُستأجر لعملٍ مجرّدٍ عن المباشرة مع تعيين المدّة، أو عن المدّة مع تعيين المباشرة، أو مجرّدٍ عنها. ويعبر عنه بـ«العام» و«المطلق».

والضمان يتعلّق بكليهما ولانفرّق بين المشترك والخاص، والحكم يتضح مما سبق. (السرائر ٢: ٤٦٣، الغنية: ٢٨٨، تذكرة الفقهاء ٢: ٣١٨ (حجري)، مسالك الأفهام ٥: ١٨٩ ـ ١٩١، جامع المقاصد ٧: ١٥٧ ـ ١٦٠).

---

١. المقدّمات الممهّدات ٢: ٢٤٣ ـ ٢٤٥، إلّا أنّ القاضي عبدالوهاب صرّح بعدم الفرق في تضمين الصنّاع عند المالكية بين المشترك والخاصّ، راجع: الإشراف ٢: ٦٦٥، المعونة ٢: ١١١٠ ـ ١١١١، وانظر: الرسالة الفقهية: ٢١٩، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٧٦.

٢. المبسوط للسرخسي ١٥: ٨٩، ٩٠، المقدّمات الممهّدات ٢: ٢٤٥، المحلّى بالآثار ٨: ٢٠٢، المغني لابن قدامة ٦: ١١٨ ـ ١١٩، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٦٥.

٣. المقدّمات الممهّدات ٢: ٢٤٤، ٢٤٥.

٤. المعونة ٢: ١١١١، المقدّمات الممهّدات ٢: ٢٤٣، النوادر والزيادات ٧: ٦٧، المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٣٨٨، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٧٥ ـ ٣٧٦.

٥. بدائع الصنائع ٦: ٥٥، المقدّمات الممهّدات ٢: ٢٤٥.

٦. كذا في الأصل، وانظر: المقدّمات الممهّدات ٢: ٢٤٥.

٧. المعونة ٢: ١١١١.

والأجير عند مالك ـ كما قلنا ـ لايضمن إلّا أنّه استحسن تضمين حامل القوت وما يجري مجراه، وكذلك الطحّان وما عدا غيرهم[١] فلايضمن إلّا بالتعدّي. وصاحب الحمّام لايضمن عنده، هذا هو المشهور عنه. وقد قيل: يضمن[٢]*، وشذَّ أشهب فضمّن الصنّاع ما قامت البينة علىٰ هلاكه عندهم من غير تعدّ منهم ولاتفريط[٣]، وهو شذوذ، ولا خلاف أنّ الصنّاع لايضمنون ما لم يقبضوا في منازلهم[٤].

واختلف أصحاب مالك إذا قامت البينة علىٰ هلاك المصنوع، وسقط الضمان عنهم؛ هل تجب لهم الأجرة أم لا، إذا كان هلاكه بعد إتمام الصنعة أو بعد تمام بعضها؟ فقال ابن القاسم: لا أجرة لهم[٥]، وقال ابن المواز: لهم الأجرة[٦].

ووجه ما قال ابن المواز أنّ المصيبة إذا نزلت بالمستأجر فوجب أن لايمضي عمل الصانع باطلاً[٧]. ووجه ما قال ابن القاسم أنّ الأجرة إنما استوجبت في مقابلة العمل، فأشبه

---

* لا خلاف بين علماء الإماميّة في أنّ صاحب الحمّام لايضمن؛ لأنّ الأصل عدم وجوب حفظ مال الغير مع عدم التزامه به، مضافاً إلى النصوص، منها خبر البختري عن جعفر عن أبيه عليهما السلام: «إنّ علياً عليه السلام كان لايضمّن صاحب الحمّام...». نعم لو اودع المستأجر الثياب عند صاحب الحمّام أو استأجره لحفظها وفرّط في حفظها يضمنها، ولا خلاف في ذلك. (السرائر ٢: ٤٧٠ ـ ٤٧١، مسالك الأفهام ٥: ٢٢٦، رياض المسائل ٩: ٢٢٠، جواهر الكلام ٢٧: ٣٣١ ـ ٣٣٢).

---

١. لعل المناسب: وما عداهم.

٢. المعونة ٢: ١١٠٩، الرسالة الفقهية: ٢١٩، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٧٥، النوادر والزيادات ٧: ٨٧، البيان والتحصيل ٤: ٢٢٤.

٣. المقدّمات الممهّدات ٢: ٢٤٣ ـ ٢٤٤، المعونة ٢: ١١١٠، التفريع ٢: ١٨٩.

٤. المعونة ٣: ١١١٠ ـ ١١١١، عيون المجالس ٤: ١٨٠٢.

٥. المعونة ٢: ١١١٠، النوادر والزيادات ٧: ٧٠، المقدّمات الممهّدات ٢: ٢٥٠، عقد الجواهر الثمينة ٣: ٩٣٧.

٦. المعونة ٢: ١١١٠، المقدّمات الممهّدات ٢: ٢٥٠، عقد الجواهر الثمينة ٣: ٩٣٧.

٧. المعونة ٢: ١١١٢.

ذلك إذا هلك بتفريط من الأجير[١]. وقول ابن المواز أقيس، وقول ابن القاسم أكثر نظراً إلى المصلحة، لأنّه رأىٰ أن يشتركوا في المصيبة.

ومن هذا الباب اختلافهم في ضمان صاحب السفينة، فقال مالك: لا ضمان عليه[٢]، وقال أبو حنيفة: عليه الضمان إلّا من الموج[٣]*. وأصل مذهب مالك أنّ الصنّاع يضمنون كلّ ما أتىٰ علىٰ أيديهم من حرق أو كسر في المصنوع أو قطع إذا عمله في حانوته، وإن كان صاحبه قاعداً معه، إلّا فيما كان فيه تغرير من الأعمال، مثل ثقب الجوهر، ونقش الفصوص وتقويم السيوف، واحتراق الخبز عند الفران، والطبيب يموت العليل من معالجته، وكذلك البيطار، إلّا أن يعلم أنّه تعدىٰ فيضمن حينئذٍ[٤]. وأمّا الطبيب وما أشبهه إذا أخطأ في فعله، وكان من أهل المعرفة فلا شيء عليه في النفس، والديّة على العاقلة فيما فوق الثلث، وفي ماله فيما دون الثلث. وإن لم يكن من أهل المعرفة فعليه الضرب والسجن والديّة. قيل: في ماله، وقيل: على العاقلة[٥]**.

---

* نصّ فقهاء الإماميّة ـ بل ادعي الإجماع ـ علىٰ أنّ الملّاح يضمن ما يتلف من يده أو جذفه أو ما يعالج به السفينة ونحو ذلك مما يستند إليه عادة؛ للنصّ والإجماع. كما أنّهم نصّوا علىٰ أنّه لايضمن لو غرقت السفينة أو انكسرت أو تلف شيء بيده من غير تفريط؛ للأخبار، منها ما روي عن الصادق عليه السلام قال: «كان أمير المؤمنين عليه السلام... لايضمّن من الغرق...». (مفتاح الكرامة ١٥: ٣٤٥، تذكرة الفقهاء ٢: ٣٢٠، السرائر ٢: ٤٦٨).

** لا خلاف بين علماء الإماميّة بل دعوى الإجماع عليه في أنّ الطبيب إذا كان قاصراً، أو عالج طفلاً أو مجنوناً بغير إذن الولي، أو عالج بالغاً لم يأذن له، فإنّه يضمن ←

---

١. المعونة ٢: ١١١٢.

٢. المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٤٩٢ ـ ٤٩٣، الرسالة الفقهية: ٢١٩.

٣. المبسوط للسرخسي ١٦: ١٢، تحفة الفقهاء ٢: ٣٥٢، المحيط البرهاني ٧: ٥٨٩ ـ ٥٩٠، مختصر القدوري: ١٠٢.

٤. المقدّمات الممهّدات ٢: ٢٥٠ ـ ٢٥١، البيان والتحصيل ٤: ٢٥٢ ـ ٢٥٣، النوادر والزيادات ٧: ٦٧ـ٧٢، ٧٣ ـ ٧٤.

٥. المقدّمات الممهّدات ٢: ٢٥١، البيان والتحصيل ٤: ٢٥٣، النوادر والزيادات ٧: ٧٤.

الفصل الثالث في معرفة حكم الاختلاف

وهو النظر في الاختلاف، وفي هذا الباب أيضاً مسائل. فمنها: إنّهم اختلفوا إذا اختلف الصانع وربّ المصنوع في صفة الصنعة. فقال أبو حنيفة: القول قول ربّ المصنوع[١]. وقال مالك وابن أبي ليلىٰ: القول قول الصانع[٢]*. وسبب الخلاف: مَن المدّعي منهما علىٰ صاحبه، ومَن المدّعىٰ عليه[٣]؟

← ما يتلفه بعلاجه. واختلفوا ـ فيما إذا كان الطبيب حاذقاً وأذن له المريض في العلاج فآل علاجه إلى التلف في النفس والطرف ـ علىٰ قولين، فذهب ابن إدريس إلىٰ عدم الضمان؛ لأنّ الضمان يسقط بالإذن، ولأنّه فعل سائغ شرعاً فلا يستعقب ضماناً. وذهب الشيخان وجماعة إلى الضمان؛ لمباشرته الاتلاف. (السرائر ٣: ٣٧٣، مسالك الأفهام ١٥: ٣٢٦ ـ ٣٢٧، مجمع الفائدة والبرهان ١٤: ٢٢٧ـ٢٢٨، كشف اللثام ١١: ٢٤٤ ـ ٢٤٥، جواهر الكلام ٤٣: ٤٤ ـ ٤٦، جامع المقاصد ٧: ٢٦٨).

* اختلف علماء الإماميّة ـ فيما لو اختلف الصانع ومالك المال في صفة الصنعة، كما لو قال المالك للصانع: أمرتك بقطع القماش قميصاً، وقال الصانع: بل قباءً ـ علىٰ قولين:

الأول: ما اختاره جماعة ـ بل قيل: هو المشهور ـ من أنّ القول قول المالك؛ لأنّه منكر لما يدّعيه الخيّاط من الإذن من قطعه، ولأنّه أحدث نقصاً بالقطع ويدّعي المسقط لضمانه و... ←

---

١. بدائع الصنائع ٦: ٧٤، مختصر اختلاف العلماء ٤: ٩٨، المبسوط للسرخسي ١٥: ١٠٨، الهداية للمرغيناني ٣: ٢٧٨ ـ ٢٧٩.

٢. المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٣٩٢، النوادر والزيادات ٧: ٨٢، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٦٦، المعونة ٢: ١١١٢ـ١١١٣، مختصر اختلاف العلماء ٤: ٩٨، بدائع الصنائع ٦: ٧٤.

٣. الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٦٦، بدائع الصنائع ٦: ٧٤ ـ ٧٥.

ومنها: إذا ادّعىٰ الصنّاع ردّ ما استُصنعوا فيه وأنكر ذلك الدافع، فالقول عند مالك قول الدافع، وعلى الصنّاع البيّنة؛ لأنّهم كانوا ضامنين لما في أيديهم[١]. وقال ابن الماجشون: القول قول الصنّاع إن كان ما دُفع إليهم دُفع بغير بيّنة، وإن كان دفع إليهم ببينة فلايبرؤون إلّا ببينة[٢]*.

وإذا اختلف الصانع وربّ المتاع في دفع الأُجرة، فالمشهور في المذهب أنّ القول قول الصانع مع يمينه إن قام بحِدثان[٣] ذلك، وإن تطاول فالقول قول ربّ المصنوع[٤]، وكذلك إذا اختلف المكري والمكتري[٥]. وقيل: بل القول قول الصانع وقول المكري وإن طال[٦]، وهو الأصل. وإذا اختلف المكري والمكتري أو الأجير والمستأجر في مدة الزمان الذي وقع فيه

← **الثاني**: القول قول الصانع؛ لأنّ صاحب الثوب مدّعٍ بذلك أرش القطع على الخياط فعليه البينة، وعلى الخياط اليمين. (الخلاف ٣: ٣٤٨، ٥٠٦، السرائر ٢: ٤٧٤ ـ ٤٧٥، مختلف الشيعة ٦: ١٦٢ ـ ١٦٣، مسالك الأفهام ٥: ٢٣٣ ـ ٢٣٤، جامع المقاصد ٧: ٣٠١ ـ ٣٠٢، جواهر الكلام ٢٧: ٣٤٤ ـ ٣٤٥).

* الظاهر إجماع الإماميّة فيما لو اختلفا في ردّ العين المستأجرة فالقول قول المالك مع يمينه؛ لأنّه منكر للردّ، والأصل عدمه، وحيث إنّ المستأجر قبض لمصلحة نفسه فلايقبل قوله في الرد مع مخالفته للأصل. (مسالك الأفهام ٥: ٢٣٢، جامع المقاصد ٧: ٢٩٧ ـ ٢٩٨، مفتاح الكرامة ١٥: ٣٨٨، جواهر الكلام ٢٧: ٣٤٢، رياض المسائل ٩: ٢٢٢).

---

١. المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٣٩٢ ـ ٣٩٣، ٤٥٢، النوادر والزيادات ٧: ٨٢، عقد الجواهر الثمينة ٣: ٩٣٩، المقدّمات الممهّدات ٢: ٢٤٩.

٢. النوادر والزيادات ٧: ٨٣، المقدّمات الممهّدات ٢: ٢٤٨ ـ ٢٤٩، عقد الجواهر الثمينة ٣: ٩٣٩.

٣. حدثان الأمر: أوّله وإبتداؤه، انظر: لسان العرب، مادة (حدث).

٤. المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٤٨٥ ـ ٤٨٦، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٧٦، النوادر والزيادات ٧: ٨٦.

٥. المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٤٨٥ ـ ٤٨٦، النوادر والزيادات ١٠: ١٤٨، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٧٠ ـ ٣٧١.

٦. انظر: البيان والتحصيل ٧: ٣٥، المقدّمات الممهّدات ٢: ١٩٢ ـ ١٩٣.

استيفاء المنفعة؛ إذا اتفقا علىٰ أنّ المنفعة لم تستوف في جميع الزمان المضروب في ذلك، فالمشهور في المذهب أنّ القول قول المكتري والمستأجر؛ لأنّه الغارم، والأصول علىٰ أن القول قول الغارم[١]. وقال ابن الماجشون: القول قول المكتري له والمستأجر؛ إذا كانت العين المستوفاة منها المنافع في قبضهما، مثل الدار وما أشبه ذلك. وأمّا ما لم يكن في قبضه مثل الأجير فالقول قول الأجير[٢].

ومن مسائل المذهب المشهورة في هذا الباب، اختلاف المتكاريين في الدواب وفي الرواحل، وذلك أنّ اختلافهما لايخلو أن يكون في قدر المسافة أو نوعها، أو قدر الكراء أو نوعه.

فإن كان اختلافهما في نوع المسافة أو في نوع الكراء، فالتحالف والتفاسخ، كاختلاف المتبايعين في نوع الثمن، قال ابن القاسم: انعقد أو لم ينعقد[٣]، وقال غيره: القول قول ربِّ الدابة إذا انعقد وكان يشبه ما قال[٤].

وإن كان اختلافهما في قدر المسافة، فإن كان قبل الركوب أو بعد ركوب يسير؛ فالتحالف والتفاسخ. وإن كان بعد ركوب كثير؛ أو بلوغ المسافة التي يدعيها ربُّ الدابة فالقول قول ربّ الدابة في المسافة إن انتقد، وكان يشبه ما قال، وإن لم ينتقد وأشبه قوله تحالفا، ويفسخ الكراء علىٰ أعظم المسافتين، فما جعل منه للمسافة التي ادّعاها ربّ الدابّة أعطيه، وكذلك إن انتقد ولم يشبه قوله[٥].

---

١. المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٣٩٥.

٢. لم نعثر عليه.

٣. لعلّ الصحيح (ينقد) بدلاً من (ينعقد)، وهو الموجود في المصادر، ويؤيد ذلك ما يذكره المصنف بعد قليل، انظر: البيان والتحصيل ٩: ١٢١ ـ ١٢٤، النوادر والزيادات ٧: ١٢٥، المقدّمات الممهّدات ٢: ١٩٩ ـ ٢٠٠، المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٤٨٣.

٤. المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٤٨٣ ـ ٤٨٤، البيان والتحصيل ٩: ١٢١ ـ ١٢٤، النوادر والزيادات ٧: ١٢٥ ـ ١٢٦، المقدّمات الممهّدات ٢: ١٩٣، ١٩٩ ـ ٢٠٠.

٥. المقدّمات الممهّدات ٢: ١٩٩ ـ ٢٠٢، النوادر والزيادات ٧: ١٢٥ ـ ١٢٦، البيان والتحصيل ٩: ١٢١ ـ ١٢٦.

وإن اختلفا في الثمن واتفقا على المسافة: فالقول قول المكتري نقد أو لم ينقد؛ لأنّه مدّعىً عليه[1]*.

وإن اختلفا في الأمرين جميعاً ـ في المسافة والثمن ـ مثل أن يقول ربّ الدابة بقرطبة: اكتريت منك إلىٰ قرمونة بدينارين، ويقول المكتري: بل بدينار إلىٰ إشبيلية، فإن كان أيضاً قبل الركوب أو بعد ركوب لا ضرر عليهما في الرجوع تحالفا وتفاسخا[2]، وإن كان بعد سير كثير أو بلوغ المسافة التي يدعيها ربّ الدابّة:

فإن كان لم ينقد المكتري شيئاً كان القول قول ربّ الدابّة في المسافة، والقول قول المكتري في الثمن، ويغرم من الثمن ما يجب له من قرطبة إلىٰ قرمونة، علىٰ أنّه لو كان الكراء به إلىٰ إشبيلية، وذلك أنّه أشبه قول المكتري، وإن لم يشبه ما قال، وأشبه

---

* اختلف علماء الإماميّة ـ في مسألة ما لو اختلف المؤجّر والمستأجر في قدر الأجرة ـ علىٰ ثلاثة أقوال:

الأوّل: القول قول المستأجر ـ مع يمينه ـ وعلى المالك البيّنة؛ لأصالة عدم استحقاق الزيادة، فهو منكر لها.

الثاني: الرجوع إلى القرعة؛ لأنّها لكلّ أمر مشكل، وهذا من المشكل.

الثالث: إنّه إن لم تك بينة تحالفا، ويقضىٰ على الناكل منهما، وإن حلفا جميعاً أو نكلا جميعاً انفسخ العقد في المستقبل، وكان القول قول المالك مع يمينه في الماضي، وإن لم يحلف كان له اجرة مثلها عمّا سكنه المستأجر.

الرابع: التحالف إذا كان الاختلاف قبل مضي المدّة وإلّا فالقول قول المستأجر. قال الشيخ الطوسي: وهذا هو الذي يقتضيه مذهبنا. (الخلاف ٣: ٥٢١، المبسوط: ٣، السرائر ٢: ٤٦٤، الحدائق الناضرة ٢١: ٦٣٧ ـ ٦٣٨، جواهر الكلام ٢٧: ٣٤٢، مختلف الشيعة ٦: ١٤٩ ـ ١٥٠).

---

١. البيان والتحصيل ٩: ١٢٢، ١٢٦، المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٤٨٦، انظر: النوادر والزيادات ٧: ١٢٥.

٢. المقدّمات الممهّدات ٢: ٢٠٢، النوادر والزيادات ٧: ١٢٥، ١٢٦.

قول ربِّ الدابة غرم دينارين[١].

وإن كان المكتري نقد الثمن الذي يدعي أنّه للمسافة الكبرىٰ، وأشبه قول ربّ الدابّة كان القول قول ربّ الدابّة في المسافة، ويبقىٰ له ذلك الثمن الذي قبضه لا يرجع عليه بشيء منه إذ هو مدّعىً عليه في بعضه، وهو يقول؛ بل هو لي وزيادة، فيقبل قوله فيه؛ لأنّه قبضه، ولا يقبل قوله في الزيادة، ويسقط عنه ما لم يقرب به من المسافة، أشبه ما قال أو لم يشبه، إلّا أنّه إذا لم يشبه قسّم الكراء الذي أقرّ المكتري على المسافة كلّها، فيأخذ ربّ الدابّة من ذلك ما ناب المسافة التي ادّعاها[٢]. وهذا القدر كاف في هذا الباب.

---

١. البيان والتحصيل ٩: ١٢٢، ١٢٥، المقدّمات الممهّدات ٢: ٢٠٠ ـ ٢٠٢، النوادر والزيادات ٧: ١٢٥، المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٤٨٤ ـ ٤٨٥.

٢. المقدّمات الممهّدات ٢: ٢٠١ ـ ٢٠٢، البيان والتحصيل ٩: ١٢٥، المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٤٨٤ ـ ٤٨٥.

كتاب الجُعْل

كتاب الجُعْل

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلَّى الله على سيّدنا محمد وآله وصحبه وسلَّم تسليماً.

والجُعْل: هو الإجارة علىٰ منفعة مظنون حصولها، مثل: مشارطة الطبيب على البرء، والمعلّم على الحِذاق، والناشد علىٰ وجود العبد الآبق[1]*.

وقد اختلف العلماء في منعه وجوازه، فقال مالك: يجوز ذلك في اليسير[2] بشرطين،

---

* عرّف علماء الإماميّة الجعالة بعدّة تعاريف، وهي متقاربة من حيث المضمون، وهي علىٰ ما صرّح به غير واحد: إنشاء الالتزام بعوض علىٰ عمل محلّل مقصود بصيغة دالّة علىٰ ذلك. (جواهر الكلام ٣٥: ١٨٧، مسالك الأفهام ١١: ١٤٩).

---

١. لاحظ: الأم ٤: ٩٠، المهذّب للشيرازي ٣: ٥٦٩، المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٤٥٦ ـ ٤٥٩، المقدّمات الممهّدات ٢: ١٧٥، المغني لابن قدامة ٦: ٣٧٦ ـ ٣٧٧، العدة شرح العمدة: ٢٦٠، وهذا التعريف هو المنسوب إلى الجمهور.

٢. المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٤٥٧، عقد الجواهر الثمينة ٣: ٩٤٦، النوادر والزيادات ٧: ٨، المقدّمات الممهّدات ٢: ١٨٠ ـ ١٨١، المعونة ٢: ١١١٥.

ولابد أن يعلم بأنّ المصنّف أطلق القول بأنّ مالك يجوّز الجعالة في اليسير فقط، إلّا أنّ هذا خاص في البيع؛ وذلك بأن يجعل درهم لكل ثوب يبيعه البائع، وأمّا ما عدا ذلك فلم يشترط فيه أن يكون يسيراً أو خفيفاً، انظر المصادر السابقة، والنوادر والزيادات ٧: ٨.

أحدهما: أن لايَضرِبَ لذلك أجلاً[١]، والثاني: أن يكون الثمن معلوماً[٢]*. وقال أبو حنيفة: لايجوز[٣]، وللشافعي قولان[٤]**.

---

* ذكر علماء الإماميّة عدّة شروط للجعالة؛ قسم منها يرجع إلى الجاعل، وقسم إلى العامل، وقسم إلى العمل، وقسم إلى الجعل:

فشرط الجاعل هو أن يكون أهلاً للاستئجار.

وشرط العامل هو إمكان تحصيل العمل من قبله، ولايشترط تعيينه ولا قبوله نطقاً.

وشرط العمل أن يكون ممّا يصحّ الاستئجار عليه، وهو: كلّ عملٍ مقصود محلّلٍ وإن كان مجهولاً.

وشرط الجعل أن يكون معلوماً بالكيل أو الوزن أو العدد. (جواهر الكلام ٣٥: ١٩١ ـ ١٩٧، مسالك الأفهام ١١: ١٥١ ـ ١٥٥، تحرير الأحكام ٤: ٤٤١، قواعد الأحكام ٢: ٢١٦).

** لا خلاف عند الإماميّة ولا إشكال بل الإجماع بقسميه عليه في أنّ عقد الجعالة عقد مشروع. واستدلّوا بالكتاب، ومنه قوله تعالىٰ: ﴿تِجارَةً عَنْ تَراضٍ﴾. والسنة المستفيضة من الطرفين، كخبر وهب بن وهب عن الصادق عليه السلام، قال: سألته عن جعل الآبق والضالّة، فقال: «لابأس».

وخبر عبدالله بن سنان قال: سمعت أبي سأل أبا عبدالله عليه السلام وأنا أسمع، فقال: ربّما أمرنا الرجل فيشتري لنا الأرض والغلام والدار والجارية فنجعل له جعلاً، قال: «لابأس». ←

---

١. المعونة ٢: ١١١٤، المقدّمات الممهّدات ٢: ١٧٧، المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٤٥٧، الرسالة الفقهية: ٢١٨، النوادر والزيادات ٧: ٥.

٢. التفريع ٢: ١٩٠، الكافي فقه أهل المدينة: ٣٧٦، المقدّمات الممهّدات ٢: ١٧٧، المعونة ١١١٤ ـ ١١١٥.

٣. المبسوط للسرخسي ١١: ١٨، بدائع الصنائع ٨: ٣٤٠، مختصر اختلاف العلماء ٤: ٣٥١.

٤. الأم ٤: ٩٠، المهذّب للشيرازي ٣: ٥٦٩ ـ ٥٧١، مختصر المزني ٩: ١٤٨، بدائع الصنائع ٨: ٣٤٠، علماً إنّنا لم نجد نسبة القول الثاني للشافعي، والمعروف عنه أنّه يجوّز الجعالة، ويستحق العامل الجُعل بشرط أن يجعله الجاعل له لا مطلقاً. نعم في تفاصيل المسألة يُنسب له القولان.

وعمدة من أجازه قوله تعالىٰ: ﴿وَلِمَنْ جاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾[١ و٢] وإجماع الجمهور علىٰ جوازه في الإباق والسؤال[٣]*. وما جاء في الأثر: من أخذ الثمن على الرُّقْية بأم القرآن[٤ و٥]، وقد تقدم ذلك. وعمدة من منعه الغَرر الذي فيه قياساً علىٰ سائر الإجارات[٦].

ولا خلاف في مذهب مالك: أنّ الجعل لايُستحقّ شيء منه إلّا بتمام العمل[٧]**،

← وأيضاً كون الحاجة تدعو لذلك. (جواهر الكلام ٣٥: ١٨٧، ١٨٨، تذكرة الفقهاء ٢: ٢٨٥ حجري، مسالك الأفهام ١١: ١٤٩).

* نصّ علماء الإماميّة علىٰ جوازه في العبد الآبق. (جواهر الكلام ٣٥: ١٨٨ ـ ١٨٩، مسالك الأفهام ١١: ١٤٩، ١٥١، تذكرة الفقهاء ٢: ٢٨٥ (حجري)، مختلف الشيعة ٦: ١١١ ـ ١١٥).

** لا خلاف بين الإماميّة في أنّ العامل يستحق الجعل بالتسليم إلىٰ يد المالك، مع التصريح بالجعل على ذلك، أو اطلاق الرد؛ بناءً علىٰ أنّ المتبادر فيه القبض. (تذكرة الفقهاء ٢: ٢٨٨ (حجري)، جواهر الكلام ٣٥: ١٩٧، مسالك الأفهام ١١: ١٥٥، فقه الصادق ١٩: ٢٢٤، تحرير الأحكام ٤: ٤٤٢).

---

١. سورة يوسف: الآية ٧٢.

٢. المهذّب للشيرازي ٣: ٥٦٩، المقدّمات الممهّدات ٢: ١٧٥، المغني لابن قدامة ٦: ٣٧٦، الاستذكار ٢١: ١١٠، المحلّىٰ بالآثار ٨: ٢٠٤.

٣. الافصاح ٢: ٥٩، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٨١، مختصر اختلاف العلماء ٤: ٣٥١، المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٤٥٨، المغني لابن قدامة ٦: ٣٧٦، الاستذكار ٢١: ١١٠، بدائع الصنائع ٨: ٣٤٠ـ٣٤١.

٤. صحيح البخاري ٣: ١٨٨، كتاب الإجارة، باب ما يعطي في الرقية...، الحديث ١٦، صحيح مسلم ٤: ١٧٢٧، كتاب السلام، باب ٢٣، باب جواز أخذ الأجرة على الرقية بالقرآن والاذكار، الحديث ٢٢٠١.

٥. المهذّب للشيرازي ٣: ٥٦٩ ـ ٥٧٠، المغني لابن قدامة ٦: ٣٧٦، المقدّمات الممهّدات ٢: ١٧٦، المحلّىٰ بالآثار ٨: ٢٠٤.

٦. انظر: المبسوط للسرخسي ١١: ١٨، المحلّىٰ بالآثار ٨: ٢٠٤، المعونة ٢: ١١١٥.

٧. المقدّمات الممهّدات ٢: ١٧٥، عقد الجواهر الثمينة ٣: ٩٤٦، النوادر والزيادات ٧: ٥، المعونة ٢: ١١١٤.

وأنّه ليس بِعَقْدٍ لازم[١]*.

واختلف مالك وأصحابه في هذا الباب في كِرَاءِ السفينة، هل هو جُعْل أو إجارة؟ فقال مالك: ليس لصاحبها كِراءٌ إلّا بعد البلوغ[٢و٣]، وهو قول ابن القاسم؛ ذهاباً إلىٰ أنّ حُكمَها حكمُ الجعل[٤]. وقال ابن نافع من أصحابه: له قدر ما بلغ من المسافة، فأجرىٰ حُكمَه مجرى الكراء[٥]، وقال أصبغ: إنْ لجّجَ فهو جُعْل، وإن لم يلجّج[٦] فهو إجارة له بحسب الموضع الذي وصل إليه[٧].

---

* لا خلاف ـ بل أُدّعي الإجماع عليه ـ بين الإماميّة في أنّ الجعالة جائزة من قِبَل الطرفين؛ بمعنىٰ تسلّط كلّ من المالك (الجاعل) والعامل، هذا كلّه قبل تلبس العامل، وأمّا مع التلبّس بالعمل ففيه قولان:

الأول: إنّها تكون جائزة في طرف العامل، ولازمة من طرف الجاعل ـ ما لم يتلبّس العامل بالعمل ـ وهو مختار صاحب (الشرائع) و(المبسوط) و(الارشاد).

الثاني: ما ذهب إليه المشهور ـ بل أُدّعي عليه الإجماع ـ من كونها جائزة من الطرفين حتّىٰ بعد التلبس بالعمل، وهناك تفاصيل أُخرىٰ أعرضنا عنها خوف الإطالة. (المبسوط ٣: ٣٣٢، شرائع الإسلام ٣: ١٦٤، مسالك الأفهام ١١: ١٥٦ ـ ١٥٨، جواهر الكلام ٣٥: ١٩٨ـ١٩٩، فقه الصادق ١٩: ٢٢٠ ـ ٢٢١).

---

١. الكافي في فقه أهل المدينة ٣٧٦ ـ ٣٧٧، المقدّمات الممهّدات ٢: ١٧٩، التفريع ٢: ١٩٠، التلقين ٢: ٤٠٥، ولابد أن يُعلم بأنّ الجواز مقيّد بما قبل الشروع بالعمل، وأمّا بعده فتصبح الجعالة لازمة من طرف الجاعل، وجائزة من طرف العامل.

٢. أي: بلوغ المكان المطلوب.

٣. الكافي في فقه أهل المدينة ٣٧٣، البيان والتحصيل ٨: ٤٩٨، ٩: ١٤٩.

٤. الكافي في فقه أهل المدينة ٣٧٣، البيان والتحصيل ٨: ٤٩٨، ٩: ١٤٩ ـ ١٥٠.

٥. الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٧٣، البيان والتحصيل ٩: ١٥٠.

٦. أي: دخل لُجّة البحر. لسان العرب، مادة «لجج».

٧. الكافي في فقه أهل المدينة ٣٧٣، البيان والتحصيل ٩: ١٤٧ ـ ١٤٩، ١٥٠.

والنظر في هذا الباب في جوازه، ومحله، وشروطه، وأحكامه.

ومحلُّه: هو ما كان من الأفعال لا يَنتفع الجاعل بجزء منها؛ لأنّه إذا انتفعَ الجاعل بجزء ممّا عمل الملتزم للجُعْل[١]، ولم يأت بالمنفعة التي انعقد الجعل عليها.

وقلنا: علىٰ حكم الجعل؛ إنّه إذا لم يَأْتِ بالمنفعة التي انعقد الجعل عليها لم يكن له شيء؛ فقد[٢] انتفع الجاعلُ بعمل المجعول من غير أن يُعَوِّضَهُ من عمله بأجر، وذلك ظلم[٣]*.

ولذلك يختلف الفقهاء في كثيرٍ من المسائل هل هو جُعْل، أو إجارة؟ مثل مسألة السفينة المتقدّمة، هل هي مما يجوز فيها الجعل أو لا يجوز[٤]؟ مثل اختلافهم في المجاعلة علىٰ حفر الآبار[٥]**.

---

* قال علماء الإماميّة: تصح الجعالة علىٰ كل ما يصحّ الاستئجار عليه، وهو: كل عملٍ مقصود محلّل وإن كان مجهولاً. (تذكرة الفقهاء ٢: ٢٨٧، قواعد الأحكام ٢: ٢١٦، عيون الحقائق: ١١٦، جواهر الكلام ٣٥: ١٩١ـ١٩٢، مسالك الأفهام ١١: ١٥١).

** لا إشكال ولا خلاف بين الإماميّة في صحّة استئجار شخص لحفر بئر، ولابدّ من تعيين الأرض بالمشاهدة أو الوصف، بالإشارة إلىٰ موضع معيّن على وجه يرتفع غرر الإجارة. (جواهر الكلام ٢٧: ٢٩٠، مسالك الأفهام ٥: ٢٠٤ ـ ٢٠٥، المبسوط ٣: ٢٣٦ ـ ٢٣٧، قواعد الأحكام ٢: ٢٩٢ ـ ٢٩٣).

---

١. لعلّ الصواب: للعمل؛ لأنّ الملتزم للجعل هو المنتفع، أو تُجعل اللام للعلّة.

٢. جواب الشرط المتقدم: (لأنّه إذا انتفع الجاعل... الخ).

٣. المقدّمات الممهّدات ٢: ١٧٧، النوادر والزيادات ٧: ٥.

٤. تقدم ذكر مصادر المسألة، لاحظ أيضاً: النتف ٢: ٥٧٣.

٥. المغني لابن قدامة ٦: ٤٠ ـ ٤١، البيان والتحصيل ٨: ٤٣٦ ـ ٤٣٨، النوادر والزيادات ٧: ٥، ٣٠ ـ ٣٢، المهذّب للشيرازي ٣: ٥٢٥، المبسوط للسرخسي ١٦: ٥٣ ـ ٥٤.

وقالوا في المغارسة: إنّها تشبه الجُعْلَ من جهة والبيع من جهة[١]*، وهي عند مالك أن يُعْطيَ الرجلُ أرضَهُ لرجل علىٰ أن يَغْرِسَ فيه[٢] عدداً من الثمار معلوماً، فإذا استحقّ الثمرُ كان لِلْغَارِس جُزْء من الأرض، متّفق عليه[٣]**.

---

* أجمعت الإماميّة علىٰ بطلان المغارسة؛ لأنّ هذه المعاملة ليست واحداً من عقود المعاملات، فإنّها أشبه شيء بالمساقاة إلّا أنّها مخالفة لموضوعها كما هو واضح. (جواهر الكلام ٢٧: ٩٣، جامع المقاصد ٧: ٣٩٢، المبسوط ٣: ٢٠٤، مستمسك العروة الوثقىٰ ١٣: ٢٣١، مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ١٤٣ ـ ١٤٤).

** المغارسة عند الإماميّة هي أن يدفع ـ الشخص ـ أرضاً إلىٰ غيره ليغرس فيها علىٰ أن يكون المغروس بينهما، سواء اشترط كون حصّة من الأرض أيضاً للعامل أو لا. وقد تقدّم بطلان هذا بالإجماع. (التنقيح في شرح العروة ٣١: ٣٧٩، مستمسك العروة الوثقىٰ ١٣: ٢٣١، المبسوط ٣: ٢٠٤، مهذب الأحكام ٢٠: ٢٠٢، جواهر الكلام ٢٧: ٩٣، مسالك الأفهام ٥: ٧١).

---

١. الكافي في فقه أهل المدينة ٣٧٩، البيان والتحصيل ١٥: ٤٠١ ـ ٤٣٢، النوادر والزيادات ٧: ٣٨٧ ـ ٤٠١، المغني لابن قدامة ٥: ٥٧٩ ـ ٥٨٠.

٢. الصواب: «فيها».

٣. النوادر والزيادات ٧: ٣٨٧، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٧٩، البيان والتحصيل ١٥: ٤٠١، ٤٠٣.

كتاب القراض

كتاب القراض

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلّى الله علىٰ سيّدنا محمّد وآله وصحبه وسلّم تسليماً

ولا خلاف بين المسلمين في جواز القراض[1] *، وإنّه ممّا كان في الجاهلية فأقرّه الإسلام[2].

وأجمعوا على أنّ صفته أن يعطي الرجلُ الرجلَ المالَ علىٰ أن يتّجر به على جزء معلوم يأخذه العامل من ربح المال، أيّ جزء كان ممّا يتفقان عليه: ثلثاً، أو ربعاً، أو

---

* أجمعت الإماميّة على جوازه ؛ ودليلهم ـ مضافاً إلىٰ إجماع الأمّة ـ قوله تعالىٰ: ﴿فَإِذا قُضِيَتِ ٱلصَّلاةُ فَانْتَشِرُوا فِى ٱلأَرْضِ وَٱبْتَغُوا مِنْ فَضْلِ ٱللّٰهِ﴾، ﴿وَآخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِى الأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللّٰهِ﴾ ولم يفصّل، وفي الصحيح عن الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: «المال يعمل به مضاربة له من الربح، وليس عليه من الوضيعة شيء إلّا أن يخالف أمر صاحب المال». (المبسوط ٣: ١٦٧، تذكرة الفقهاء ٢: ٢٢٩، المهذب البارع ٢: ٥٥٤ ـ ٥٥٥).

---

١. الإقناع لابن القطّان ٢: ١٩٨، المبسوط للسرخسي ٢٢: ١٧، مختصر المزني: ١٣٢، ١٣٣، الموطّأ ٢: ٦٨٨، المغني لابن قدامة ٥: ١٣٥.

٢. المحلّىٰ بالآثار ٨: ٢٤٧، المقدّمات الممهّدات ٣: ٦، المبسوط للسرخسي ٢٢: ١٨.

نصفاً[١]*، وإنّ هذا مستثنىً من الإجارة المجهولة[٢]**، وإنّ الرخصة في ذلك إنّما هي لموضع الرفق بالناس[٣]***، وإنّه لا ضمان على العامل فيما تلف من رأس المال إذا لم يتعدّ[٤]****، وإن كان اختلفوا فيما هو تعدّ ممّا ليس بتعدّ. وكذلك أجمعوا بالجملة على أنّه لا يقترن به شرط يزيد في مجهلة الربح أو في الغرر الذي فيه[٥]*****،

---

* لا خلاف بين الإماميّة في أنّ صفة المضاربة هي دفع الإنسان إلى غيره مالاً ليعمل فيه بحصة من ربحه. (رياض المسائل ٩: ٦٩، جواهر الكلام ٢٦: ٣٣٨، تذكرة الفقهاء ٢: ٢٢٩).

** ظاهر عبارات الإماميّة أنّها عقد مستقلّ غير مستثنىً من عقد آخر. (تذكرة الفقهاء ٢: ٢٢٩، جواهر الكلام ٢٦: ٣٣٨).

*** قال العلامة الحلّي: إنّ الحاجة ماسّة وداعية إلى المضاربة، فإنّ الدراهم والدنانير لا تنمىٰ إلّا بالتقليب، وليس كلّ من يملكها يمكنه التجارة ولا كلّ من يتمكّن من التجارة ويعرفها يتمكّن من المال. (تذكرة الفقهاء ٢: ٢٢٩).

**** أجمعت الإماميّة علىٰ أنّه أمين لا يضمن إلّا مع التعدّي أو التفريط. ولا خلاف بينهم في أنّ قوله مقبول في التلف، من غير فرق عندهم بين دعواه التلف بأمر ظاهر يمكن إقامة البيّنة عليه أو خفيّ. (جواهر الكلام ٢٦: ٣٧٨ ـ ٣٧٩، رياض المسائل ٩: ٨٩).

***** لا خلاف بين الإماميّة في بطلان القراض مع تجهيل الربح. (تذكرة الفقهاء ٢: ٢٣٥).

---

١. المدوّنة الكبرى ٥: ٨٦، المبسوط للسرخسي ٢٢: ١٧، المغني لابن قدامة ٥: ١٣٤، الوسيط ٤: ١١١، الإقناع لابن القطّان ٢: ١٩٨.

٢. المحلّى بالآثار ٨: ٢٣٠، ولاحظ: المغني لابن قدامة ٥: ٥٥٦، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٨٤.

٣. المقدّمات الممهّدات ٣: ٦، الوسيط ٤: ١٠٥، المغني لابن قدامة ٥: ١٣٥ ـ ١٣٦، المبسوط للسرخسي ٢٢: ١٨.

٤. الإقناع لابن القطّان ٢: ٢٠٠، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٨٤، المبسوط للسرخسي ٢٢: ١٨، التهذيب للبغوي ٤: ٢٩٣، المحلّى بالآثار ٨: ٢٤٨.

٥. تحفة الفقهاء ٣: ٢١، الموطأ ٢: ٦٩١، البيان للعمراني ٧: ١٦٤، المغني لابن قدامة ٥: ١٨٦ ـ ١٨٧، الإقناع لابن القطّان ٢: ١٩٩.

وإن كان اختلفوا فيما يقتضي ذلك من الشروط مما لايقتضي.

وكذلك اتفقوا على أنّه يجوز بالدنانير والدراهم واختلفوا في غير ذلك[١]*. وبالجملة فالنظر فيه، في صفته، وفي محله، وفي شروطه، وفي أحكامه.

ونحن نذكر في باب باب من هذه الثلاثة الأبواب مشهورات مسائلهم.

الباب الأول في محلّه

أمّا صفته فقد تقدّمت، وأنّهم أجمعوا عليها، وأمّا محلّه، فإنّهم أجمعوا على أنّه جائز بالدنانير والدراهم[٢]، واختلفوا في العروض، فجمهور فقهاء الأمصار على أنّه لايجوز القراض بالعروض[٣]** وجوّزه ابن أبي ليلىٰ[٤].

---

* اجمعت الإماميّة على أنّه من شرط مال القراض أن يكون عيناً، فلا يجوز بالدين، وأن يكون دراهم أو دنانير.

وتردّد المحقّق الحلّي في القراض بالنقرة ـ وهي القطعة المذابة من الذهب والفضّة ـ ولم يتردد غيره في عدم الجواز. (رياض المسائل ٩: ٨٤، جواهر الكلام ٢٦: ٣٥٦، الخلاف ٣: ٤٥٩).

** اتّفقت الإماميّة على عدم جواز المضاربة بالعروض؛ ودليلهم الإجماع على جواز القراض بالأثمان ـ الدراهم والدنانير ـ وليس على جواز القراض بكلّ شيء ←

---

١. الإقناع لابن القطّان ٢: ١٩٨، الموطّأ ٢: ٦٨٩، المحلّىٰ بالآثار ٨: ٢٤٧، المبسوط للسرخسي ٢٢: ٣١، مختصر المزني: ١٣٣، المغني لابن قدامة ٥: ١٢٤.

٢. الاشراف لابن المنذر ٢: ٣٨، المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٨٦، مختصر المزني: ١٣٣، بدائع الصنائع ٨: ١٠، المحلّىٰ بالآثار ٨: ٢٤٧، المغني لابن قدامة ٥: ١٢٤.

٣. الاشراف لابن المنذر ٢: ٣٩، الموطّأ ٢: ٦٩٣، تحفة الفقهاء ٣: ٦، ٢٠، المهذّب للشيرازي ٣: ٤٧٥، المحلّىٰ بالآثار ٨: ٢٤٧، المبسوط للسرخسي ٢٢: ٣٢.

٤. الاشراف لابن المنذر ٢: ٣٩، الحاوي الكبير ٧: ٣٠٧، المبسوط للسرخسي ٢٢: ٣٢، المغني لابن قدامة ٥: ١٢٥.

وحجّة الجمهور: أنّ رأس المال إذا كان عروضاً كان غرراً لأنّه يقبض العرض وهو يساوي قيمة ما، ويردّه وهو يساوي قيمة غيرها، فيكون رأس المال والربح مجهولاً[١]. وإمّا إن كان رأس المال ما به يباع العروض، فإنّ مالكاً منعه[٢] والشافعي[٣] أيضاً، وأجازه أبو حنيفة[٤].

وعمدة مالك أنّه قارضه على ما بيعت به السلعة وعلى بيع السلعة نفسها، فكأنّه قراض ومنفعة، مع أنّ ما يبيع به السلعة مجهول، فكأنّه إنّما قارضه على رأس المال مجهولاً. ويشبه أن يكون أيضاً إنّما منع المقارضة على قيم العروض لمكان ما يتكلف المقارض في ذلك من البيع، وحينئذٍ ينضّ[٥] رأس مال القراض. وكذلك إن أعطاه العرض بالثمن الذي اشتراه به[٦]، ولكنّه أقرب الوجوه إلى الجواز.

ولعلّ هذا هو الذي جوّزه ابن أبي ليلىٰ؛ بل هو الظاهر من قوله: فإنّهم حكوا عنه إنّه يجوز أن يعطي الرجل ثوباً يبيعه، فما كان فيه من ربح فهو بينهما[٧]. وهذا إنّما هو على أن يجعلا أصل المال الثمن الذي اشترى به الثوب. ويشبه أيضاً أن جعل رأس الثمن أن يتّهم المقارض في تصديقه ربّ المال بخرصه على أخذ القراض منه.

← يتموّل دليل، مضافاً إلى أنّه لايتحقّق فيها الربح؛ لأنّه ربّما ارتفعت قيمتها فيدخل الربح في أصل المال أو يستغرقه، وربّما نقصت قيمتها فيصير رأس المال ربحاً. (الخلاف ٣: ٤٥٩، جواهر الكلام ٢٦: ٣٥٦ ـ ٣٥٧، مسالك الأفهام ٤: ٣٥٦، رياض المسائل ٩: ٨٥).

---

١. الموطّأ ٢: ٦٩٣ ـ ٦٩٤، بدائع الصنائع ٨: ١٢، المهذّب للشيرازي ٣: ٤٧٥، المغني لابن قدامة ٥: ١٢٤ ـ ١٢٥.

٢. الموطّأ ٢: ٦٩٣، المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٨٦ ـ ٨٨، المقدّمات الممهّدات ٣: ١٦ ـ ١٨.

٣. الحاوي الكبير ٧: ٣٠٩ ـ ٣١٠، ولاحظ المهذّب للشيرازي ٣: ٤٧٥.

٤. بدائع الصنائع ٨: ١٢ ـ ١٣، تحفة الفقهاء ٣: ٦، ٢٠.

٥. الناض من المتاع: ما تحوّل ورقاً أو عيناً. انظر: لسان العرب مادة «نضض».

٦. الموطّأ ٢: ٦٩٣، المقدّمات الممهّدات ٣: ١٧ ـ ١٨.

٧. مختصر اختلاف العلماء ٤: ٣٧، الأم ٧: ١٧٤.

واختلف قول مالك في القراض بالنقد من الذهب والفضة، فروى عنه أشهب منع ذلك، وروى ابن القاسم جوازه[١]، ومنعه في المصوغ[٢]. وبالمنع في ذلك قال الشافعي[٣] والكوفي[٤]* فمن منع القراض بالنقد شبّهها بالعروض[٥]، ومن أجازه شبّهها بالدراهم والدنانير[٦]؛ لقلة اختلاف أسواقها. واختلف أيضاً أصحاب مالك في القراض بالفلوس، فمنعه ابن القاسم، وأجازه أشهب[٧]، وبه قال محمد بن الحسن[٨]**.

وجمهور العلماء: مالك والشافعي وأبو حنيفة على أنّه إذا كان لرجل على رجل دين لم يجز أن يعطيه له قراضاً قبل أن يقبضه[٩]***.

---

* قد مضىٰ الإجماع من الإماميّة بشرطيّة الدرهم والدينار في مال القراض. (جواهر الكلام ٢٦: ٣٥٦، ٣٥٧، رياض المسائل ٩: ٨٤، ٨٥، تذكرة الفقهاء ٢: ٢٣٠).

** ظاهر الإماميّة الإجماع على عدم الجواز في القراض بالفلوس؛ لانتفاء الشرط المجمع عليه، وهي أن يكون مال القراض دراهم أو دنانير. (تذكرة الفقهاء ٢: ٢٣١ (حجري)، جواهر الكلام ٢٦: ٣٥٧، رياض المسائل ٩: ٨٥).

*** وهو قول الإماميّة بلا خلاف ولا إشكال ـ بل عليه الاجماع كما عن التذكرة ـ ←

---

١. المنتقىٰ للباجي ٥: ١٥٧، البيان والتحصيل ١٢: ٣٣٩، النوادر والزيادات ٧: ٢٤٣ ـ ٢٤٤، المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٨٧، المقدّمات الممهّدات ٣: ١٦، وفيها نسبة عدم الجواز إلىٰ ابن القاسم، والجواز إلىٰ أشهب، كما أنّ في جميعها (النقر) أو (النقار) بدل (النقد) فلاحظ.

٢. المنتقىٰ للباجي ٥: ١٥٧، النوادر والزيادات ٧: ٢٤٤.

٣. الوجيز ٢: ٢٢١، مختصر المزني: ١٣٣، المحلّىٰ بالآثار ٨: ٢٤٧.

٤. بدائع الصنائع ٨: ١٥، تحفة الفقهاء ٣: ٦، ٢٠، المحلّىٰ بالآثار ٨: ٢٤٧، المبسوط للسرخسي ٢٢: ٣١.

٥. البيان والتحصيل ١٢: ٣٣٩.

٦. النوادر والزيادات ٧: ٢٤٤، البيان والتحصيل ١٢: ٣٤٠.

٧. المنتقىٰ للباجي ٥: ١٥٦، البيان والتحصيل ١٢: ٣٣٩.

٨. المبسوط للسرخسي ٢٢: ٢٠، مختصر اختلاف العلماء ٤: ٣٧.

٩. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٨٨، الموطّأ ٢: ٦٨٩، ٦٩٩، التهذيب للبغوي ٤: ٣٧٨، ٣٧٩، الوجيز ١: ٢٢١، المبسوط للسرخسي ٢٢: ٢٧، بدائع الصنائع ٨: ١٥، ١٧.

أمّا العلّة عند مالك؛ فمخافة أن يكون أعسر بماله، فهو يريد أن يؤخّره عنه على أن يزيد فيه، فيكون الربا المنهي عنه[١]، وأمّا العلّة عند الشافعي وأبي حنيفة؛ فإنّ ما في الذمة لايتحوّل ويعود أمانة[٢].

واختلفوا في من أمر رجلاً أن يقبض ديناً له على رجل آخر ويعمل فيه على جهة القراض: فلم يجز ذلك مالك وأصحابه[٣]*؛ لأنّه رأى إنّه ازداد على العامل كلفة، وهو ما كلّفه من قبضه، وهذا على أصله أن مّا اُشترط منفعة زائدة في القراض إنّه فاسد، وأجاز ذلك الشافعي[٤] والكوفي[٥]. قالوا: لأنّه وكّله على القبض، لا إنّه جعل القبض شرطاً في المصارفة.

فهذا هو القول في محلّه وأمّا صفته فهي الصفة التي قدّمناها.

← لما تقدّم من اعتبار العينيّة في مال القراض المنافية للدينيّة. (جواهر الكلام ٢٦: ٣٦٢، رياض المسائل ٩: ٩٦، جامع المقاصد ٨: ٦٧، مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٢٤٩).

* لايظهر خلاف بين الإماميّة في عدم الجواز ما لم يجدد العقد بعد القبض؛ إذ هو لم يخرج بالإذن ـ أي: الإذن بالقبض ـ عن كونه ديناً.

وفي جواهر الكلام: نعم لو وكّله على القبض ثم العقد عليه قراضاً فيكون موجباً قابلاً عنه صحّ، بناءً على جواز مثل ذلك. (جواهر الكلام ٢٦: ٣٦٢، مسالك الأفهام ٤: ٣٦٠، جامع المقاصد ٨: ٦٩، تذكرة الفقهاء ٢: ٢٣١).

---

١. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٨٨، الموطّأ ٢: ٦٨٩، ٦٩٩، البيان والتحصيل ١٢: ٣٨٦.

٢. بحر المذهب ٩: ١٩١، بدائع الصنائع ٨: ١٧، وانظر التهذيب للبغوي ٤: ٣٧٩، وفي الحاوي الكبير ٧: ٣٠٩ علّل بأنّه قراض على مال غائب.

٣. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٨٨، الاستذكار ٢١: ١٣٢.

٤. بحر المذهب ٩: ١٩٢، التهذيب للبغوي ٤: ٣٧٩، البيان للعمراني ٧: ١٦٢ وفي الجميع عدم الجواز.

٥. المبسوط للسرخسي ٢٢: ٢٧، بدائع الصنائع ٨: ١٧.

الباب الثاني في مسائل الشروط

وجملة ما لايجوز من الشروط عند الجميع هي ما أدّى عندهم إلى غرر، أو إلى مجهلة زائدة[١].

ولا خلاف بين العلماء أنّه إذا اشترط أحدهما لنفسه من الربح شيئاً زائداً غير ما انعقد عليه القراض، أنّ ذلك لايجوز[٢]*؛ لأنّه يصير ذلك الذي انعقد عليه القراض مجهولاً، وهذا هو الأصل عند مالك في أن لايكون مع القراض بيع ولا كراء ولا سلف ولا عمل ولا مرفق يشترطه أحدهما لصاحبه مع نفسه[٣]. فهذه جملة ما اتفقوا عليه، وإن كانوا قد اختلفوا في التفصيل.

---

* لا خلاف بين الإماميّة فتوىً ونصاً مستفيضاً في أنّه يُشترط في صحّة المضاربة كون الربح مشتركاً بينهما، ففي الموثّق قال: سألته عن مال المضاربة، قال: «الربح بينهما» وذكر جمع من فقهاء الإماميّة ـ من دون نقل خلاف ـ أنّه لو شرط أحدهما شيئاً معيناً والباقي بينهما فسد؛ لعدم ما يدلّ على الصحّة في الفرض، ضرورة اقتصار النص والفتوىٰ على صحّة المشتمل علىٰ اشتراك جميع الربح بينهما علىٰ جهة الإشاعة بنحو النصف والثلث والربع. (جواهر الكلام ٢٦: ٣٦٧، مسالك الأفهام ٤: ٣٦٥ ـ ٣٦٦، جامع المقاصد ٨: ٨٣ ـ ٨٤، مفتاح الكرامة ١٦: ٦٩٥، رياض المسائل ٩: ٧٥).

---

١. المقدّمات الممهّدات ٣: ٩، ١٧، تحفة الفقهاء ٣: ٢١، البيان للعمراني ٧: ١٦٤، بدائع الصنائع ٨: ٢٣ ـ ٢٦، المغني لابن قدامة ٥: ١٤٢، ١٩١.

٢. الموطّأ ٢: ٦٩٠ ـ ٦٩١، مختصر المزني: ١٣٣، المغني لابن قدامة ٥: ١٤٨، بدائع الصنائع ٨: ٢٤.

٣. الموطّأ ٢: ٦٩١، وفيه: «يشترطه أحدهما لنفسه دون صاحبه» وانظر: المعونة ٢: ١١٢٤، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٨٦.

فمن ذلك اختلافهم إذا شرط العامل الربح كلّه له، فقال مالك: يجوز[١]، وقال الشافعي: لايجوز[٢]*، وقال أبو حنيفة: هو قرض لا قراض[٣]؛ فمالك رأى أنّه إحسان من ربّ المال وتطوّع، إذكان يجوز له أن يأخذ منه الجزء القليل من المال الكثير، والشافعي رأى أنّه غرر؛ لأنّه إذا كان خسران فعلىٰ ربّ المال، وبهذا يفارق القرض، وإن كان ربح فليس لربّ المال فيه شيء.

ومنها: إذا شرط ربّ المال الضمان على العامل، فقال مالك: لايجوز القراض وهو فاسد[٤]، وبه قال الشافعي[٥]، وقال أبو حنيفة وأصحابه: القراض جائز والشرط باطل[٦]**.

---

* مرّ عدم الخلاف بين الإماميّة أنّه يُشترط في صحّة المضاربة كون الربح مشتركاً بينهما، كما أنّ ظاهرهم الإجماع علىٰ أنّه لو قال المالك للعامل: خُذْه ـ مال المضاربة ـ قراضاً على أن الربح لك فإنّه قراض فاسد، ووجه الفساد: اختصاص العامل بالربح المنافي لمقتضىٰ العقد. فإنّ مقتضاه الإشتراك في الربح. (رياض المسائل ٩: ٧٥، مسالك الأفهام ٤: ٣٦٤ ـ ٣٦٥، مفتاح الكرامة ١٦: ٦٨٧، جواهر الكلام ٢٦: ٣٦٥).

** اتّفقت كلمة الإماميّة علىٰ بطلان الشرط، واختلفوا في بطلان العقد، علىٰ قولين: فذهب جماعة إلىٰ بطلان العقد؛ لأنّ هذا شرط منافٍ لمقتضىٰ العقد شرعاً فيبطل العقد، لأنّ التراضي المعتبر فيه لم يقع إلّا علىٰ جهة الفساد. وذهب آخرون ←

---

١. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٨٩، المعونة ٢: ١١٢٣.

٢. البيان للعمراني ٧: ١٦٨، المهذّب للشيرازي ٣: ٤٧٧.

٣. المبسوط للسرخسي ٢٢: ٢٣، بدائع الصنائع ٨: ٢٦.

٤. قال في الاستذكار: «قد اختلف قول مالك في القراض الذي يشترط فيه على العامل ضمان المال، فمرة قال: يردُّ إلىٰ قراض مثله، ومرّة قال: يردُّ إلىٰ أجرة مثله».
الاستذكار ٢١: ١٥٢، الموطّأ ٢: ٦٩٢، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٨٥، المدوّنة الكبرىٰ ٥: ١٠٩، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٤٦.

٥. الاستذكار ٢١: ١٥٢، الافصاح ٢: ٧، المهذّب للشيرازي ٣: ٤٨٥، التهذيب للبغوي ٤: ٣٩٣.

٦. الاستذكار ٢١: ١٥٢، مختصر اختلاف العلماء ٤: ٤٧، الافصاح ٢: ٧.

وعمدة مالك أنّ اشتراط الضمان زيادة غرر في القراض ففسد[١]، وأمّا أبو حنيفة فشبّهه بالشرط الفاسد في البيع. على رأيه أنّ البيع جائز والشرط باطل اعتماداً على حديث بريرة المتقدم[٢].

واختلفوا في المقارض يشترط ربّ المال عليه خصوص التصرّف، مثل أن يشترط عليه تعيين جنس ما من السلع أو تعيين جنسٍ ما من البيع، أو تعيين موضعٍ ما للتجارة أو تعيين صنفٍ ما من الناس يتجر معهم. فقال مالك والشافعي في اشتراط جنس من السلع: لايجوز ذلك إلّا أن يكون ذلك الجنس من السلع لايختلف وقتاً من أوقات السنة[٣]، وقال أبو حنيفة: يلزمه ما اشترط عليه. وإن تصرّف في غير ما اشترط عليه ضمن[٤]*.

فمالك والشافعي رأَيا أنّ هذا الاشتراط من باب التضييق على المقارض فيعظم الغرر بذلك[٥]، وأبو حنيفة استخف الغرر الموجود في ذلك[٦] كما لو اشترط عليه أن لايشتري

← إلىٰ بطلان الشرط وصحّة العقد، لأن بطلان أحد المتقارنين لايقتضي بطلان الآخر. (مفتاح الكرامة ١٦: ٦٤٢ ـ ٦٤٣، جامع المقاصد ٨: ٥٤ ـ ٥٥، مستمسك العروة الوثقىٰ ١٢: ٢٧٥ ـ ٢٧٦).

* لا خلاف بين الإماميّة ـ بل دعوىٰ الاجماع عليه ـ في جواز الاشتراط، بأن لايشتري إلّا من زيد أو لايبيع إلّا من عمرو، أو لايشتري إلّا الثوب الفلاني أو ثمرة البستان الفلاني. وإذا خالف العامل ضمن المال؛ لأنّ الناس مسلطون علىٰ أموالهم، ولأنّ اطلاق الاخبار الصحيحة يقتضي ذلك. (جامع المقاصد ٨: ٥٤، مسالك الأفهام ٤: ٣٤٥، رياض المسائل ٩: ٧٤، جواهر الكلام ٢٦: ٣٤٣ ـ ٣٤٤).

---

١. الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٤٦ ـ ٦٤٧، وانظر: الموطّأ ٢: ٦٩٢.

٢. حديث بريرة: إنّ رسول الله ﷺ قال: «ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط». (الموطّأ ٢: ٧٨٠، كتاب العتق والولاء، باب مصير الولاء لمن أعتق، الحديث ١٧، مسند أحمد ٦: ٢٧١ ـ ٢٧٢)

٣. الموطّأ ٢: ٦٩٠، مختصر المزني: ١٣٣، الاستذكار ٢١: ١٤٠ ـ ١٤١، المهذّب للشيرازي ٣: ٤٧٩.

٤. المبسوط للسرخسي ٢٢: ٣٩ ـ ٤٠، المغني لابن قدامة ٥: ١٨٤، الهداية للمرغيناني ٣: ٢٢٧.

٥. الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٤٣، المهذّب للشيرازي ٣: ٤٧٩، المغني لابن قدامة ٥: ١٨٤.

٦. مختصر اختلاف العلماء ٤: ٣٨ ـ ٣٩، المغني لابن قدامة ٥: ١٨٥، الهداية للمرغيناني ٣: ٢٢٧.

جنساً ما من السلع، لكان على شرطه في ذلك بإجماع[١].

ولايجوز القراض المؤجّل عند الجمهور[٢]، وأجازه أبو حنيفة إلّا أن يتفاسخا[٣]*؛ فمن لم يجزه رأى أنّ في ذلك تضييقاً على العامل يدخل عليه مزيد غرر؛ لأنّه ربّما بارت عنده سلع فيضطرّ عند بلوغ الأجل إلى بيعها فيلحقه في ذلك ضرر[٤]. ومن أجاز الأجل شبّه القراض بالإجارة[٥].

ومن هذا الباب اختلافهم في جواز اشتراط ربّ المال زكاة الربح على العامل في حصّته من الربح، فقال مالك في الموطّأ: لايجوز[٦]، ورواه عنه أشهب[٧]، وقال ابن القاسم: ذلك جائز[٨]، ورواه عن مالك، وبقول مالك قال الشافعي[٩].

---

* ذكر جمع من فقهاء الإماميّة أنّه لو اشترط الأجل لم يلزم العقد مدة الأجل بل يصح الفسخ قبله، لكن العقد والشرط صحيحان، أمّا الشرط ففائدته المنع من التصرّف بعده، وأمّا العقد فلأنّ الشرط المذكور لمن يناف مقتضاه. ولو قال: إن مرّ بك شهر فلا تبع ولاتشتر، أو لاتبع واشتر، أو بع ولاتشتر صح ذلك كله. أمّا لو قال: علىٰ أنّي لا أملك فيها منعك لم يصح؛ لمنافاته لمقتضى العقد. (مسالك الأفهام ٤: ٣٤٤ ـ ٣٤٥، كفاية الفقه ٦٢٥، جواهر الكلام ٢٦: ٣٤١).

---

١. مختصر اختلاف العلماء ٤: ٣٨ ـ ٣٩، المغني لابن قدامة ٥: ١٨٥، مختصر المزني: ١٣٣، الموطّأ ٢: ٦٩٠.

٢. مختصر المزني: ١٣٣، المدوّنة الكبرىٰ ٥: ١٠٩، وفي المغني لابن قدامة ٥: ١٨٥، مختصر اختلاف العلماء ٤: ٤٠، الاستذكار ٢١: ١٤٨.

٣. مختصر القدوري: ١١٣، الهداية للمرغيناني ٣: ٢٢٨.

٤. المغني لابن قدامة ٥: ١٨٥ ـ ١٨٦، المهذّب للشيرازي ٣: ٤٧٨ ـ ٤٧٩.

٥. مختصر اختلاف العلماء ٤: ٤٠، الهداية للمرغيناني ٣: ٢٢٨، المغني لابن قدامة ٥: ١٨٦، وفيها جميعاً: تشبيه القراض بالوكالة.

٦. الموطّأ ٢: ٦٩٢، الاستذكار ٢١: ١٤٩.

٧. الاستذكار ٢١: ١٤٩، النوادر والزيادات ٧: ٢٦٦.

٨. المدوّنة الكبرى ١: ٢٧٧، المقدّمات الممهّدات ٣: ٨، النوادر والزيادات ٧: ٢٦٦.

٩. حكاه عنه في الاستذكار ٢١: ١٤٩.

وحجة من لم يُجزه: أنّه تعود حصة العامل وربّ المال مجهولة؛ لأنّه لايدرىٰ كم يكون المال في حين وجوب الزكاة فيه، وتشبيهاً باشتراط زكاة أصل المال عليه ـ أعني: العامل ـ فإنّه لايجوز باتفاق[١]، وحجة ابن القاسم: أنّه يرجع إلى جزء معلوم النسبة، وإن لم يكن معلوم القدر؛ لأنّ الزكاة معلومة النسبة من المال المزكّىٰ، فكأنّه اشترط عليه في الربح الثلث إلّا ربع العشر، أو النصف إلّا ربع العشر، أو الربع إلّا ربع العشر[٢]، ذلك جائز وليس مثل اشتراطه زكاة رأس المال؛ لأنّ ذلك معلوم القدر غير معلوم النسبة، فكان ممكناً أن يحيط بالربح فيبقى عمل المقارض باطلاً.

وهل يجوز أن يشترط ذلك المقارض على ربّ المال في المذهب؟ فيه قولان:

قيل: بالفرق بين العامل وربّ المال[٣]، وقيل: يجوز أن يشترطه العامل على ربّ المال[٤]، ولايجوز أن يشترطه ربّ المال على العامل، وقيل: عكس هذا[٥].

واختلفوا في اشتراط العامل على ربّ المال غلاماً بعينه، على أن يكون للغلام نصيب من المال، فأجازه مالك والشافعي وأبو حنيفة[٦]. وقال أشهب من أصحاب مالك: لايجوز ذلك[٧]؛ فمن أجاز ذلك، شبّهه بالرجل يقارض الرجلين[٨]، ومن لم يُجز ذلك رأى أنّها زيادة ازدادها العامل على ربّ المال. فأما إن اشترط العامل غلامه، فقال الثوري: لايجوز، وللغلام

---

١. الاستذكار ٢١: ١٤٩، المنتقىٰ للباجي ٥: ١٦٣.

٢. المدوّنة الكبرىٰ ١: ٢٧٧، الاستذكار ٢١: ١٤٩، المنتقىٰ للباجي ٥: ١٦٣.

٣. المنتقىٰ للباجي ٥: ١٦٣، المقدّمات الممهّدات ٣: ٩، الاستذكار ٢١: ١٤٩. وفيه: «عن الأسديّة عن ابن القاسم: أنّه لايجوز أن يشترط العامل على رب المال زكاة الربح».

٤. المدوّنة الكبرىٰ ١: ٢٧٧، المقدّمات الممهّدات ٣: ٩.

٥. المقدّمات الممهّدات ٣: ٩.

٦. الموطّأ ٢: ٦٩٣، وفيه: «غلاماً يعينه»، التهذيب للبغوي ٤: ٣٨٢، الهداية للمرغيناني ٣: ٢٣٢، المدوّنة الكبرىٰ ٥: ١١١.

٧. لاحظ: النوادر والزيادات ٧: ٢٤٧.

٨. انظر: التهذيب للبغوي ٤: ٣٨٢، الهداية للمرغيناني ٣: ٢٣٢.

فيما عمل أجرة المثل؛ وذلك أنّ حظ العامل يكون عنده مجهولاً[١]*.

القول في أحكام القراض

والأحكام، منها: ما هي أحكام القراض الصحيح، ومنها: ما هي أحكام القراض الفاسد، وأحكام القراض الصحيح منها ما هي من موجبات العقد ـ أعني: أنّها تابعة لموجب العقد ـ ومختلف فيها هل هي تابعة أو غير تابعة؟ ومنها: أحكام طوارئ تطرأ على العقد مما لم يكن موجبه من نفس العقد، مثل التعدّي والاختلاف وغير ذلك. ونحن نذكر من هذه الأوصاف ما اشتهر عند فقهاء الأمصار، ونبدأ من ذلك بموجبات العقد، فنقول:

إنّه أجمع العلماء على أنّ اللزوم ليس من موجبات عقد القراض، وأنّ لكل واحد منهما فسخه ما لم يشرع العامل في القراض[٢]. واختلفوا إذا شرع العامل، فقال مالك: هو لازم، وهو عقد يورث. فإن مات وكان للمقارض بنون أمناء كانوا في القراض مثل أبيهم، وإن لم يكونوا أمناء كان لهم أن يأتوا بأمين[٣]. وقال الشافعي وأبو حنيفة: لكلّ واحد منهما

---

* ذكر بعض فقهاء الإماميّة ـ من دون نقل خلاف ـ أنّه إذا شرط المالك لمملوكه قدراً من الربح صحّ ذلك، سواء كان المملوك عاملاً أو لا، وكذا العامل لو شرط لمملوكه، ويكون ما شرط لكلّ من العبدين لسيّديهما؛ واستدلّوا لذلك بالأصل المستفاد من عموم أدلّة هذا العقد وغيرها مثل: «المؤمنون عند شروطهم» مع عدم المانع. (تحرير الأحكام ٣: ٢٥١، مفتاح الكرامة ١٦: ٦٨٦، جواهر الكلام ٢٦: ٣٦٨، مسالك الأفهام ٤: ٣٦٧).

---

١. لاحظ: الاشراف لابن المنذر ٢: ٤١. ونسبه فيه إلى أبي ثور.

٢. الإقناع لابن القطّان ٢: ١٩٨ ـ ١٩٩، مراتب الاجماع ٩٣، الاستذكار ٢١: ١٤٩، التفريع ٢: ١٩٣، بدائع الصنائع ٨: ٧١، الحاوي الكبير ٧: ٣١١، المغني لابن قدامة ٥: ١٧٩.

٣. الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٨٦، الاستذكار ٢١: ١٤٩، المقدّمات الممهّدات ٣: ١٩.

الفسخ إذا شاء. وليس هو عقد يورث[١]*؛ فمالك ألزمه بعد الشروع في العمل لما فيه من ضرر، ورآه من العقود المُوَرَّثة. والفرقة الثانية شبّهت الشروع في العمل بما بعد الشروع في العمل.

ولا خلاف بينهم أنّ المقارض إنّما يأخذ حظّه من الربح بعد أن ينضّ جميع رأس المال[٢]** وأنّه إن خسر ثم أتجر ثم ربح جبر الخسران من الربح[٣]***.

واختلفوا في الرجل يدفع إلى رجل مالاً قراضاً فيهلك بعضه قبل أن يعمل فيه، ثم يعمل فيه فيربح، فيريد المقارض أن يجعل رأس المال بقيّة المال بعد الذي هلك، هل له ذلك أم لا؟ فقال مالك وجمهور العلماء: إن صدّقه ربّ المال[٤]؛ أو دفع رجل مالاً قراضاً لرجل فهلك منه

---

* لا خلاف بين فقهاء الإماميّة في أن القراض عقد جائز من الطرفين ويبطل بالموت لانتقال المال إلى الوارث في موت المالك، فلا أثر لإذنه السابق في ملك الغير. (رياض المسائل ٩: ٧١، ٨٣، تذكرة الفقهاء ٢: ٢٣٤ و٢٤٧، المبسوط ٣: ١٧٨ و١٧٩).

** المشهور بين الإماميّة بل لايكاد يتحقّق مخالف فيه أنّ العامل يملك حصّته من الربح بظهوره ملكاً متزلزلاً. ولاريب في استقراره فيما إذا انضم إلى الظهور الانضاض لجميع المال أو لقدر رأس المال فقط مع الفسخ أو القسمة، ضرورة انتهاء العقد بجميع توابعه مع تراضيها بذلك. (جواهر الكلام ٢٦: ٣٧٣، ٣٧٦، مسالك الأفهام ٤: ٣٧١ ـ ٣٧٣).

*** وعليه اجماع الإماميّة. بل نسبه في جامع المقاصد إلى اجماع أهل الإسلام. (مفتاح الكرامة ١٦: ٧٥٧، جامع المقاصد ٨: ١٢٨).

---

١. مختصر المزني: ١٣٣، بدائع الصنائع ٨: ٧١، ٧٨، المغني لابن قدامة ٥: ١٨١، الحاوي الكبير ٧: ٣٢٩.

٢. الموطّأ ٢: ٦٩٢، بدائع الصنائع ٨: ٧١، الكافي لابن قدامة ٢: ١٥٨، الحاوي الكبير ٧: ٣٢٨ـ٣٢٩.

٣. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٩٩ ـ ١٠٠، التهذيب للبغوي ٤: ٣٩٣ ـ ٣٩٤، المغني لابن قدامة ٥: ١٦٩، الهداية للمرغيناني ٣: ٢٣٣.

٤. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٩٩، الموطّأ ٢: ٦٨٩، مختصر القدوري: ١١٤، المنتقىٰ للباجي ٥: ١٥٦، الوسيط ٤: ١٢٤.

جزء قبل أن يعمل فأخبره بذلك فصدّقه، ثم قال له: يكون الباقي عندك قراضاً على الشرط المتقدّم، لم يجز حتى يفاصله ويقبض منه رأس ماله وينقطع القراض الأول[١] *، وقال ابن حبيب من أصحاب مالك أنّه يلزمه في ذلك القول، ويكون الباقي قراضاً[٢]. وهذه المسألة هي من أحكام الطوارئ، ولكن ذكرناها هنا لتعلقها بوقت وجوب القسمة، وهي من أحكام العقد.

واختلفوا هل للعامل نفقته من المال المقارض عليه أم لا؟ على ثلاثة أقوال: فقال الشافعي في أشهر أقواله: لانفقه له أصلاً إلّا أن يأذن له ربّ المال[٣]، وقال قوم: له نفقته[٤]، وبه قال إبراهيم النخعي والحسن، وهو أحد ما روي عن الشافعي[٥]. وقال آخرون: له النفقة في السفر من طعامه وكسوته، وليس له شيء في الحضر، وبه قال مالك وأبو حنيفة والثوري وجمهور العلماء[٦] **، إلّا أنّ مالكاً قال: إذا كان المال يحمل ذلك[٧]. وقال الثوري: ينفق

---

* ذهب علماء الإماميّة ـ من دون نقل خلاف ـ أنّه إذا تلف بعض مال القراض قبل الدوران في التجارة فإنّه يحسب التالف من الربح؛ لأنّ المقتضي لكونه مال قراض هو العقد، لا دورانه في التجارة. وتردد المحقّق الحلّي في ذلك، ومنشأ التردد ما ذكرناه، ومن أنّ التلف قبل الشروع في التجارة يخرج التالف عن كونه مال قراض. (جواهر الكلام ٢٦: ٣٩٦، المبسوط ٣: ١٩٠، مسالك الأفهام ٤: ٣٨٩ ـ ٣٩٠، جامع المقاصد ٨: ١٣٠).

** ذهبت الإماميّة ـ في مسألة الإنفاق في السفر بإذن المالك ـ إلىٰ ثلاثة أقوال: فالأظهر الأشهر عندهم ـ بل المشهور، بل دعوىٰ الاجماع عليه ـ أنّه ينفق العامل ←

---

١. الاستذكار ٢١: ١٣٥، المنتقىٰ للباجي ٥: ١٥٦، وانظر: المدونة الكبرىٰ ٥: ٩٩.

٢. المنتقىٰ للباجي ٥: ١٥٦، الاستذكار ٢١: ١٣٥.

٣. البيان للعمراني ٧: ١٨٤، التهذيب للبغوي ٤: ٣٨٦، الاستذكار ٢١: ١٢٥.

٤. المصنّف لعبدالرزاق ٨: ٢٤٧، المحلّىٰ بالآثار ٨: ٢٤٨، الاستذكار ٢١: ١٢٥.

٥. البيان للعمراني ٧: ١٨٤ ـ ١٨٥، الاستذكار ٢١: ١٢٧، المصنّف لعبدالرزّاق ٨: ٢٤٨، المحلّىٰ بالآثار ٨: ٢٤٨.

٦. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٩٢، المبسوط للسرخسي ٢٢: ٦٢، ٦٣، الاستذكار ٢١: ١٢٥، ١٢٦، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٨٤، البيان للعمراني ٧: ١٨٥، المصنّف لعبدالرزّاق ٨: ٢٤٧.

٧. الموطّأ ٢: ٦٩٦، الاستذكار ٢١: ١٢٥.

ذاهباً ولاينفق راجعاً[١]، وقال اللّيث: يتغذىٰ في المصر ولايتعشى[٢]، وروي عن الشافعي أنّه له نفقته في المرض[٣]، والمشهور عنه مثل قول الجمهور: أن لا نفقة له في المرض[٤].

وحجة من لم يجزه أنّ ذلك زيادة منفعة في القراض فلم يجُز، أصله المنافع، وحجة من أجازه أنّ عليه العمل في الصدر الأول، ومن أجازه في الحضر شبّهه بالسفر.

وأجمع علماء الأمصار على أنّه لايجوز للعامل أن يأخذ نصيبه من الربح إلّا بحضرة ربّ المال، وأن حضور ربّ المال شرط في قسمة المال وأخذ العامل حصّته، وأنّه ليس يكفي في ذلك أن يقسمه بحضور بينة ولا غيرها[٥]*.

← في السفر الذي يعمل فيه للتجارة من أصل المال كمال نفقته بما يليق به عادة، مما يحتاج إليه من مأكول وملبوس ومشروب ومركوب وآلات؛ ويدل عليه بالإضافة إلى الإجماع المدّعىٰ صحيحة علي بن جعفر عليه السلام عن أخيه موسىٰ عليه السلام قال: «في المضارب ما أنفق في سفره فهو من جميع المال، وإذا قدم بلده فما أنفق فهو من نصيبه».

وحكي قولان آخران: الأوّل: أنّ جميع نفقته علىٰ نفسه للأصل، والآخر أنّ له التفاوت ما بين نفقة السفر والحضر. وكلاهما ضعيف. (جواهر الكلام ٢٦: ٣٤٥ ـ ٣٤٦، رياض المسائل ٩: ٧٧ ـ ٧٨، مختلف الشيعة ٦: ٢٤٢، الخلاف ٣: ٤٦١، المبسوط ٣: ١٧٢ ـ ١٧٣).

* ظاهر الإماميّة أنّه ليس للعامل بعد ظهور الربح أخذ شيء منه بغير إذن المالك؛ لأنّ الربح وقاية لرأس المال عن الخسران ما دامت المعاملة باقية، ففيه حق للمالك، ←

---

١. الاستذكار ٢١: ١٢٥، مختصر اختلاف العلماء ٤: ٤٣.

٢. الاستذكار ٢١: ١٢٥، مختصر اختلاف العلماء ٤: ٤٤.

٣. لم نعثر عليه.

٤. الحاوي الكبير ٧: ٣١٩، بدائع الصنائع ٨: ٦٧، المنتقىٰ للباجي ٥: ١٧٢.

٥. الموطّأ ٢: ٦٩٩، ٧٠٠، البيان والتحصيل ١٢: ٣٢٨، الاستذكار ٢١: ١٨٢، ولاحظ: الحاوي الكبير ٧: ٣٢٧، الحجة على أهل المدينة ٣: ٢٩، وفي المغني لابن قدامة ٥: ١٧٨: وإذا تبيّن للمضارب أنّ في يده فضلاً لم يكن له أخذ شيء منه إلّا باذن ربّ المال.

القول في أحكام الطوارئ

واختلفوا إذا أخذ المقارض حصّته من غير حضور ربّ المال، ثم ضاع المال أو بعضه، فقال مالك: إن أذن له رب المال في ذلك فالعامل مصدَّق فيما ادعاه من الضياع[١]، وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري: ما أخذ العامل يردّه ويجبر به رأس المال، ثم يقتسمان فضلاً إن كان هناك[٢].

واختلفوا إذا هلك مال القراض بعد أن اشترى العامل به سلعةً ما وقبل أن ينقده البائع، فقال مالك: البيع لازم للعامل، وربّ المال مخيّر إن شاء دفع قيمة السلعة مرة ثانية، ثم تكون بينهما على ما شرطا من المقارضة، وإن شاء تبرّأ عنها[٣] وقال أبو حنيفة: بل يلزم ذلك الشراء ربّ المال، شبّهه بالوكيل، إلّا أنّه قال: يكون رأس المال في ذلك القراض الثمنين، ولا يقتسمان الربح إلّا بعد حصوله عيناً ـ أعني: ثمن تلك السلعة التي تلفت أوّلاً ـ والثمن الثاني الذي لزمه بعد ذلك[٤]*.

← وربّما حدث الخسران بعد أخذ العامل فاحتيج إلى التقاص. (جامع المقاصد ٨: ١٤٣، مفتاح الكرامة ١٦: ٧٧٢).

* اختلف فقهاء الإماميّة فيما إذا اشترىٰ عبداً ـ مثلاً ـ للقراض فتلف الثمن قبل القبض على ثلاثة أقوال:

الأول: يلزم صاحب المال ثمنه دائماً، ويكون الجميع رأس ماله ـ أي في المال المدفوع أولاً وثانياً ـ بجبر التالف منه بالربح، وبه قال الشيخ في المبسوط. ←

---

١. الموطّأ ٢: ٦٩٩ ـ ٧٠٠، المنتقىٰ للباجي ٥: ١٧٧، الاستذكار ٢١: ١٨٣.

٢. الحاوي الكبير ٧: ٣٢٧، الهداية للمرغيناني ٣: ٢٣٣، الاستذكار ٢١: ١٨٣.

٣. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ١٠٢، الموطّأ ٢: ٧٠١.

٤. كتاب الحجة على أهل المدينة ٣: ٤٠ ـ ٤١، مختصر اختلاف العلماء ٤: ٦٣.

واختلفوا في بيع العامل من ربّ المال بعض سلع القراض، فكره ذلك مالك[١]، وأجازه أبو حنيفة على الإطلاق[٢]، وأجازه الشافعي بشرط أن يكونا قد تبايعا بما لايتغابن الناس بمثله[٣]*.

ووجه ما كره من ذلك مالك أن يكون يرخص له في السلعة من أجل ما قارضه، فكأنّ ربّ المال أخذ من العامل منفعة سوىٰ الربح الذي اشترط عليه. ولا أعرف خلافاً بين فقهاء الأمصار أنّه إن تكارى العامل على السلع إلى بلد فاستغرق الكراء قيم السلع وفضل عليه فضلة أنّها على العامل لا على ربّ المال؛ لأنّ ربّ المال إنّما دفع ماله إليه ليتّجر به، فما كان

← الثاني: إن كان أذن له في الشراء في الذمة فكذلك، وإلّا كان باطلاً، ولايلزم الثمن أحدهما، وحكي هذا القول عن ابن إدريس.

الثالث: التفصيل، وهو أنّه إن كان العامل اشتراه في الذمة والمالك أذن له في الشراء في الذمة، لزمه دفع الثمن ثانياً وثالثاً دائماً، وإلّا فإن صرّح بكون الشراء له وقف على إجازته، فإن أجاز لزمه الثمن، وإلّا بطل البيع، وإن لم يذكره لفظاً وقع الشراء للعامل والثمن عليه، وإن كان اشتراه بعين المال فهلك قبل دفعه بطل العقد؛ وحيث يلزم المالك الثمن ثانياً يكون الجميع رأس ماله، يجبر جميعه بالربح وهو مختار الشهيد الثاني. (مختلف الشيعة ٦: ٢٤٤ ـ ٢٤٦، جواهر الكلام ٢٦: ٣٩٨، مسالك الأفهام ٤: ٣٩١، المبسوط ٣: ١٩٤).

* لا خلاف بين الإماميّة ولا إشكال في أنّه لايصح أن يشتري ربّ المال من العامل شيئاً من مال القراض؛ لأنّ مال العامل ماله ولايعقل أن يشتري الإنسان ماله. (جواهر الكلام ٢٦: ٤٠٠، تذكرة الفقهاء ٢: ٢٣٧، جامع المقاصد ٨: ١٤٦، مسالك الأفهام ٤: ٣٩٣).

---

١. أنظر: البيان والتحصيل ١٢: ٣٢٠، المدوّنة الكبرىٰ ٥: ١٢٤، النوادر والزيادات ٧: ٢٥٦.

٢. مختصر اختلاف العلماء ٤: ٥٠، لاحظ: الهداية للمرغيناني ٣: ٢٣٥.

٣. العزيز شرح الوجيز ٦: ٢٢، التهذيب للبغوي ٤: ٣٩٢، البيان للعمراني ٧: ١٨٠، الوسيط ٤: ١١٦، وفيها جميعاً: عدم الجواز.

من خسران في المال فعليه. وكذلك ما زاد على المال واستغرقه[١]*.

واختلفوا في العامل يستدين مالاً فيتجر به مع مال القراض، فقال مالك: ذلك لايجوز[٢]**. وقال الشافعي وأبو حنيفة[٣]: ذلك جائز، ويكون الربح بينهما على شرطهما.

وحجّة مالك أنّه كما لايجوز أن يستدين على المقارضة، كذلك لايجوز أن يأخذ ديناً فيها[٤].

واختلفوا هل للعامل أن يبيع بالدين إذا لم يأمره به ربّ المال؟ فقال مالك: ليس له ذلك، فإن فعل ضمن[٥]، وبه قال الشافعي[٦]***، وقال أبو حنيفة: له ذلك[٧]. والجميع متفقون على

---

* قال جمع من فقهاء الإماميّة: إنّه لايجوز للعامل أن يشتري لمال القراض بأكثر من مال القراض؛ لأنّ المالك إنّما رضي من العامل أن يشغل ذمته بما دفعه إليه لابغيره، فإن فعل واشترى بأكثر من مال القراض لم يقع ما زاد عن جهة القراض. (تذكرة الفقهاء ٢: ٢٣٧، جامع المقاصد ٨: ٩٥، جواهر الكلام ٢٦: ٣٥١).

** قال جمع من فقهاء الإماميّة، من دون نقل خلاف: إنّه ليس للمضارب أن يشتري بأكثر من عين رأس المال؛ لأنّ الشراء إنّما هو بالعين فقط لا في الذمة، ولأنّ العقد إنّما تضمن الشراء برأس المال فلا يتسلط على الشراء بما زاد، ولأنّ المالك إنّما رضي من العامل أن يشغل ذمته بما دفع إليه لا بغيره. (جواهر الكلام ٢٦: ٣٥١، المبسوط ٣: ١٨٧، جامع المقاصد ٨: ٩٥، مفتاح الكرامة ١٦: ٧٠٩).

*** الذي عليه فقهاء الإماميّة ـ بل قد يظهر الإجماع من التذكرة عليه ـ أنّه ليس له ←

---

١. كتاب الحجة ٣: ٣٨، الموطّأ ٢: ٦٩٤، الاستذكار ٢١: ١٥٧.

٢. الاستذكار ٢١: ١٥٨، النوادر والزيادات ٧: ٢٥٩.

٣. بدائع الصنائع ٨: ٣٩، مختصر اختلاف العلماء ٤: ٤٢، الاشراف لابن المنذر ٢: ٤٥، تحفة الفقهاء ٣: ٢٢، المبسوط للسرخسي ٢٢: ١٦٣، مختصر المزني: ١٣٣، وفيها جميعاً: الجواز، إمّا بإذن المالك، وأمّا بأمره.

٤. الاستذكار ٢١: ١٥٨ وفيه: «... فكذلك لايجوز أن يجعل ماله ديناً فيه».

٥. النوادر والزيادات ٧: ٢٥٩، المدوّنة الكبرى ٥: ١١٦، الحجة على أهل المدينة ٣: ٢٨.

٦. التهذيب للبغوي ٤: ٣٨٧، البيان للعمراني ٧: ١٨١، الاشراف لابن المنذر ٢: ٤٥.

٧. بدائع الصنائع ٨: ٣٠، كتاب الحجة على أهل المدينة ٣: ٢٨، الفقه النافع ٣: ١٢٩٣.

أنّ العامل إنّما يجب له أن يتصرّف في عقد القراض ما يتصرّف فيه الناس غالباً في أكثر الأحوال[١]*، فمن رأىٰ التصرّف بالدَّين خارج عمّا يتصرّف فيه الناس في الأغلب لم يجزه، ومن رأى أنّه ممّا يتصرف فيه الناس أجازه.

واختلف مالك والشافعي وأبو حنيفة واللّيث في العامل يخلط ماله بمال القراض من غير إذن ربّ المال، فقال هؤلاء ما عدا مالكاً: هو تعدٍّ ويضمن[٢]**، وقال مالك: ليس بتعدٍ[٣].

← البيع نسيئة؛ لما فيه من التغرير بمال المالك. كما ذكروا أنّ عليه الضمان لو خالف؛ لأنّه تعدّىٰ فيه.

إلّا أن صاحب الجواهر قال: والتحقيق أنّه لا وجه للتوقف مع المصلحة، إذا كان الإذن على وجه العموم فله البيع نسيئة وبدون ثمن المثل، أمّا مع الإطلاق فالمدار حصولها في الأفراد المتعارفة بين التجّار في تحصيل الأرباح، وأما النادر وإن فُرضت فيه المصلحة فلا يدخل في الإطلاق إذ ليس العنوان الإذن في عمل كلّ ما فيه مصلحة، وإنّما هو الإطلاق المنصرف إلى الأفراد المتعارفة التي منها نقصان ما يتسامح به الناس.

(مفتاح الكرامة ١٦: ٦٩٧ ـ ٧٠٣، الخلاف ٣: ٤٦٨، تذكرة الفقهاء ٢: ٢٣٧، جامع المقاصد ٨: ٨٦ ـ ٨٧، جواهر الكلام ٢٦: ٣٥٠ ـ ٣٥١).

* وبه قال فقهاء الإماميّة مع مراعاة المصلحة. (جامع المقاصد ٨: ٨٧، مفتاح الكرامة ١٦: ٦٩٨، كفاية الأحكام ١: ٦٢٧).

** يظهر من كلمات الإماميّة عدم الخلاف بينهم في أنّه ليس للعامل أن يخلط مال المضاربة بماله إلّا مع الإذن، لأنّه تصرّف غير مشروع له؛ ضرورة كونه أمانة في يده، فلا يجوز خلطها كالوديعة، على أنّ الشركة عيب، فإذا فعل كذلك تعدّى فيضمن ويأثم. ←

---

١. التهذيب للبغوي ٤: ٣٨٧، ٣٨٨، المنتقىٰ للباجي ٥: ١٧٣، الهداية للمرغيناني ٣: ٢٣٤.

٢. الاستذكار ٢١: ١٦٥، الاشراف لابن المنذر ٢: ٤٤، مختصر اختلاف العلماء ٤: ٤٢.

٣. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ١٠٢.

ولم يختلف هؤلاء المشاهير من فقهاء الأمصار أنّه إن دفع العامل رأس مال القراض إلى مقارض آخر أنّه ضامن إن كان خسران، وإن كان ربح فذلك على شرطه، ثم يكون للذي عمل شرطه على الذي دفع إليه، فيوفيه حظّه مما بقى من المال[١]، وقال المزني عن الشافعي: ليس له إلّا أجرة مثله؛ لأنّه عمل على فساد[٢]*.

القول في حكم القراض الفاسد

واتفقوا على أن حكمَ القراض الفاسد فسخُه وردُّ المال إلى صاحبه ما لم يَفُت بالعمل[٣]**.

← نعم، لايبطل العقد بذلك، فيبقىٰ الربح بينهما على حسب الشرط. (جواهر الكلام ٢٦: ٣٦٤، ايضاح الفوائد ٢: ٣٢٠، جامع المقاصد ٨: ١١٨، مفتاح الكرامة ١٦: ٧٤٣، مسالك الأفهام ٤: ٣٦٢).

* لم يذكر فقهاء الإماميّة خلافاً في بطلان عقد المضاربة الثانية؛ لأنّ المالك لم يأذن به ولا أئتمن على المال غيره؛ ولأنّه لايجوز أن يتصرف العامل في مال ربّ المال بما لايتناوله إذنه، مضافاً لخبر أحمد بن محمد بن عيسى المروي عن نوادره وعن أبيه «سُئِل أبو جعفر عليه السلام عن رجل أخذ مالاً مضاربة، أيحلّ له أن يعطيه غيره بأقلّ مما أخذ؟ قال: لا» وأضاف بعضهم أنّه فضولي إن أجاز ربّ المال ترتب عليه حكمه. (جواهر الكلام ٢٦: ٣٩٣، تذكرة الفقهاء ٢: ٢٤٠، جامع المقاصد ٨: ٥٨ ـ ٥٩، مفتاح الكرامة ١٦: ٦٥٣، المبسوط ٣: ١٨١).

** لا خلاف فيه بين فقهاء الإماميّة. وذكروا أنّ الربح كلّه للمالك وللعامل أجرة المثل. (تذكرة الفقهاء ٢: ٢٤٨، جامع المقاصد ٨: ٦٥، المبسوط ٣: ١٧١).

---

١. المبسوط للسرخسي ٢٢: ٩١، الحاوي الكبير ٧: ٣٣٦، المدوّنة الكبرى ٥: ١٠٤، مختصر اختلاف العلماء ٤: ٥٣، الكافي لابن قدامة ٢: ١٥٥ ـ ١٥٦.

٢. مختصر المزني: ١٣٣.

٣. الإقناع لابن القطّان ٢: ٢٠٠، النوادر والزيادات ٧: ٢٤٧، مختصر اختلاف العلماء ٤: ٦٥، بدائع الصنائع ٨: ٧١، الحاوي الكبير ٧: ٣١٥.

واختلفوا إذا فات بالعمل ما يكون للعامل فيه في واجب عمله على أقوال:

أحدها: أنّه يردّ جميعه إلى قراض مثله، وهي رواية ابن الماجشون عن مالك، وهو قوله وقول أشهب[١].

الثاني: أنّه يردّ جميعه إلى إجارة مثله، وبه قال الشافعي[٢] * وأبو حنيفة[٣] وعبدالعزيز بن أبي سلمة[٤] من أصحاب مالك. وحكىٰ عبدالوهاب أنّها رواية عن مالك[٥].

والثالث: أنّه يردّ إلى قراض مثله ما لم يكن أكثر مما سمّاه، وإنّما له الأقلّ مما سمّى أو من قراض مثله إنْ كان ربّ المال هو مشترط الشرط على المقارض، أو الأكثر من قراض مثله، أو من الجزء الذي سمّىٰ له إن كان المقارض هو مشترط الشرط الذي يقتضي الزيادة التي من قبلها فسد القراض. وهذا القول يتخرّج رواية عن مالك[٦].

---

* يظهر من كلمات الإماميّة أنّه لا خلاف بينهم في نفوذ التصرفات وصحّتها، وكان الربح بأجمعه للمالك؛ لأنّ المال له ونماؤه تابع، ويجب للعامل أجرة المثل سواء كان في المال ربح أو لم يكن، فإنّ الأجرة يستحقّها في مقابلة عمله على كلّ المال.

واضاف بعضهم: إلّا إذا فسد بأن شرط جميع الربح للمالك، ففي استحقاق الأجرة إشكال؛ ينشأ من رضاه بالسعي مجّاناً، ومن حيث إطلاقهم أنّه إذا فسد القراض كان الربح للمالك وللعامل أجرة المثل. (جامع المقاصد ٨: ٦٥، مفتاح الكرامة ١٦: ٦٦٢، تذكرة الفقهاء ٢: ٢٤٨، الخلاف ٣: ٤٦٠، المبسوط ٣: ١٧١).

---

١. المنتقىٰ للباجي ٥: ١٥٨، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٨٧، الاستذكار ٢١: ١٥١، البيان والتحصيل: ١٢: ٣٥٤ ـ ٣٥٥، عيون المجالس ٤: ١٧٨٥.

٢. مختصر المزني: ١٣٣، البيان للعمراني ٧: ١٧٤.

٣. مختصر اختلاف العلماء ٤: ٦٥، بدائع الصنائع ٨: ٧١.

٤. الاستذكار ٢١: ١٥١، البيان والتحصيل ١٢: ٣٥٥.

٥. الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٤١، المعونة ٢: ١١٢٨، المنتقىٰ للباجي ٥: ١٥٨.

٦. البيان والتحصيل ١٢: ٣٥٥ ـ ٣٥٦، النوادر والزيادات ٧: ٢٥١.

والرابع: أنّه يرد إلى قراض مثله في كلّ منفعة اشترطها أحد المتقارضين على صاحبه في المال ممّا ليس ينفرد أحدهما بها عن صاحبه، وإلى إجارة مثله في كلّ منفعة اشترطها أحد المتقارضين خالصة لمشترطها ممّا ليست في المال وفي كلّ قراض فاسد من قبل الغرر والجهل، وهو قول مطرف وابن نافع وابن عبدالحكم وأصبغ، واختاره ابن حبيب[١].

وأمّا ابن القاسم فاختلف قوله في القراضات الفاسدة، فبعضها وهو الأكثر قال: إن فيها اجرة المثل[٢]. وفي بعضها قال: فيها قراض المثل[٣].

فاختلف الناس في تأويل قوله، فمنهم من حمل اختلاف قوله فيها على الفرق الذي ذهب إليه ابن عبدالحكم ومطرف، وهو اختيار ابن حبيب واختيار جدّي رحمة الله عليه[٤]. ومنهم من لم يعللّ قوله وقال: إنّ مذهبه إن كل قراض فاسد ففيه أجرة المثل إلّا تلك التي نصّ فيها قراض المثل[٥]، وهي سبعة:

القراض بالعروض، والقراض بالضمان، والقراض إلى أجل، والقراض المبهم، وإذا قال له اعمل على أنّ لك في المال شركاً، وإذا اختلف المتقارضان وأتيا بما لايشبه فحلفا على دعواهما، وإذا دفع إليه المال على أن لايشتري به إلّا بالدّيْن فاشترىٰ بالنقد، أو على أن لايشتري إلّا سلعة كذا وكذا والسلعة غير موجودة، فاشترى غير ما أمر به[٦]. وهذه المسائل يجب أن تردّ إلى علّة واحدة، وإلّا فهو اختلاف من قول ابن القاسم.

وحكىٰ عبدالوهاب عن ابن القاسم أنّه فصّل، فقال: إن كان الفساد من جهة العقد ردّ إلى قراض المثل، وإن كان من جهة زيادة ازدادها أحدهما على الآخر ردّ إلى أجرة المثل[٧]،

---

١. المنتقى للباجي ٥: ١٥٨، البيان والتحصيل ١٢: ٣٥٦، النوادر والزيادات ٧: ٢٤٨، ٢٥٢.

٢. الاستذكار ٢١: ١٥٠، المعونة ٢: ١١٢٨.

٣. المعونة ٢: ١١٢٨، الاستذكار ٢١: ١٥٠ ـ ١٥١.

٤. المقدّمات الممهّدات ٣: ١٥، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٤١ ـ ٦٤٢.

٥. الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٤٢، الاستذكار ٢١: ١٥١ ـ ١٥٢.

٦. المعونة ٢: ١١٢٨، الاستذكار ٢١: ١٥١ ـ ١٥٢.

٧. المعونة ٢: ١١٢٨، الاستذكار ٢١: ١٥٠.

والأشبه أن يكون الأمر في هذا بالعكس.

والفرق بين الأجرة وقراض المثل أنّ الأجرة تتعلّق بذمّة ربّ المال سواء كان في المال ربح أو لم يكن، وقراض المثل هو على سنة القراض إن كان فيه ربح كان للعامل منه، وإلّا فلا شيء له[١].

القول في اختلاف المتقارضين

واختلف الفقهاء إذا اختلف العامل وربّ المال في تسمية الجزء الذي تقارضا عليه. فقال مالك: القول قول العامل؛ لأنّه عنده مؤتمن، وكذلك الأمر عنده في جميع دعاويه إذا أتىٰ بما يشبه[٢]. وقال اللّيث: يحمل على قراض مثله[٣]، وبه قال مالك إذا أتى بما لا يشبه[٤]. وقال أبو حنيفة وأصحابه: القول قول رب المال، وبه قال الثوري[٥]*.

---

* ويظهر من الإماميّة الإجماع عليه، فلو اختلفا في قدر حصّة العامل من الربح، فقال المالك اشترطت لك الثلث، وقال العامل: بل النصف، فالقول قول المالك مع يمينه وعدم البيّنة؛ ودليلهم: أنّ المالك منكرٌ للزايد، ولأنّ الأصل تبعيّة النماء للمال، فلايخرج عنه إلّا ما أقرّ المالك بخروجه عنه، من غير فرق في ذلك بين ظهور الربح وعدمه. وقد استوجه الكركي في جامع المقاصد التحالف، فيما إذا كان الاختلاف بعد حصول الربح؛ لأنّ كلّ منهما مدّعٍ ومدّعىٰ عليه، فإنّ المالك يدّعي استحقاق العمل ←

١. المعونة ٢: ١١٢٩، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٨٧.

٢. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٩٠ ـ ٩١، ١٢٨، البيان والتحصيل ١٢: ٣٨٨ ـ ٣٩٠.

٣. مختصر اختلاف العلماء ٤: ٦٤.

٤. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٩٠ ـ ٩١، البيان والتحصيل ١٢: ٣٩٠، وفيه: فإن لم يشبه، حلفا جميعاً وكان له قراض مثله، مختصر اختلاف العلماء ٤: ٦٤.

٥. مختصر اختلاف العلماء ٤: ٦٤، المبسوط للسرخسي ٢٢: ٨٢، الحجة على أهل المدينة ٣: ٣٩.

وقال الشافعي: يتحالفان ويتفاسخان، ويكون له أجرة مثله[١].

وسبب اختلاف مالك وأبي حنيفة اختلافهم في سبب ورود النص بوجوب اليمين على المدعىٰ عليه. هل ذلك لأنّه مدّعى عليه؟ أو لأنّه في الأغلب أقوىٰ شبهة. فمن قال: لأنّه مدّعى عليه، قال: القول قول ربّ المال، ومن قال: لأنّه أقواهما شبهة في الأغلب، قال: القول قول العامل؛ لأنّه عنده مؤتمن[٢]. وأما الشافعي فقاس اختلافهما على اختلاف المتبايعين في ثمن السلعة[٣]، وهذا كافٍ في هذا الباب.

← الصادر بالحصّة الدّنيا، والعامل ينكر. (جواهر الكلام ٢٦: ٣٧١، مسالك الأفهام ٤: ٣٦٩، تذكرة الفقهاء ٢: ٢٤٥، جامع المقاصد ٨: ١٦٧).

---

١. الحاوي الكبير ٧: ٣٥٠، البيان للعمراني ٧: ٢٠٤، التهذيب للبغوي ٤: ٤٠٠.

٢. المقدّمات الممهّدات ١٢: ٣٨٨، ٣٨٩ ـ ٣٩٠، المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٩٠؛ المبسوط للسرخسي ٢٢: ٨٢، كتاب الحجة علىٰ أهل المدينة ٣: ٣٩.

٣. الحاوي الكبير ٧: ٣٥٠، البيان للعمراني ٧: ٢٠٤.

كتاب المساقاة

كتاب المساقاة

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلّى الله علىٰ سيّدنا محمّد وآله وصحبه وسلّم تسليماً

القول في المساقاة

أمّا أولاً: ففي جوازها. والثاني: في معرفة الفساد والصحة فيها. والثالث: في أحكامها.

القول في جواز المساقاة

فأمّا جوازها فعليه جمهور العلماء: مالك، والشافعي، والثوري، وأبو يوسف، ومحمّد بن الحسن صاحبا أبي حنيفة، وأحمد، وداود[1] *. وهي عندهم مستثناة بالسنّة من بيع

---

* أجمعت الإماميّة على جواز المساقاة؛ واستدلّوا ـ بعد الإجماع ـ بالنصوص المروية عند الفريقين في قصة خيبر وغيرها. (الخلاف ٣: ٤٧٣، جواهر الكلام ٢٧: ٥٠).

---

١. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٢، الأُم ٤: ١٢، مختصر القدوري: ١٤٤، المغني لابن قدامة ٥: ٥٥٦، المحلّىٰ بالآثار ٨: ٢٢٩.

ما لم يُخلق ومن الإجارة المجهولة[١]*. وقال أبو حنيفة: لاتجوز المساقاة أصلاً[٢].

وعمدة الجمهور في إجازتها حديث ابن عمر الثابت: «أنّ رسول الله ﷺ دفع إلى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها علىٰ أن يعملوها من أموالهم، ولرسول الله ﷺ شطر ثمرها» خرّجه البخاري ومسلم[٣و٤].

وفي بعض رواياته «أنّه ﷺ ساقاهم علىٰ نصف ما تخرجه الأرض والثمرة»[٥].

وما رواه مالك أيضاً من مرسل سعيد بن المسيب أنّ رسول الله ﷺ قال ليهود خيبر يوم افتتح خيبر: «أُقِرّكم علىٰ ما أقرّكم الله علىٰ أنّ التمر بيننا وبينكم». قال وكان رسول الله ﷺ يبعث عبدالله بن رواحة فيخرص بينه وبينهم، ثم يقول: «إن شئتم فلكم وإن شئتم فلي»[٦]. وكذلك مرسله أيضاً عن سليمان بن يسار في معناه[٧].

وأمّا أبو حنيفة ومن قال بقوله فعمدتهم مخالفة هذا الأثر للأصول، مع أنّه حكم مع

---

* ظاهر الإماميّة أنّ المساقاة عقد مستقلّ. قال العلّامة الحلّي: نمنع كونها إجارة؛ بل هي عقد معاملة على العمل في المال ببعض نمائه، فهو كالمضاربة. (تذكرة الفقهاء ٢: ٣٤١، ٣٤٢ (حجري)، تحرير الأحكام ٣: ١٤٩، الحدائق الناضرة ٢١: ٣٥١، رياض المسائل ٩: ١٢٩).

---

١. الحاوي الكبير ٧: ٣٦٠، القبس لابن العربي ٣: ٣٤٢، المغني لابن قدامة ٥: ٥٥٦، المقدّمات الممهّدات ٢: ٥٤٧ ـ ٥٤٨، المحلّىٰ بالآثار ٨: ٢٣٠.

٢. المبسوط للسرخسي ٢٣: ١٩، بدائع الصنائع ٨: ٢٨٤، مختصر القدوري: ١٤٤.

٣. صحيح البخاري ٣: ٢١١ كتاب المزارعة، باب المزارعة بالشطر ونحوه، الحديث ٩، صحيح مسلم ٣: ١١٨٦ كتاب المساقاة، باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع، الحديث ١ و ١٥٥١/٢.

٤. الحاوي الكبير ٧: ٣٥٨، المقدّمات الممهّدات ٢: ٥٤٨، المغني لابن قدامة ٥: ٥٥٦.

٥. سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب المساقاة ٣: ٢٦٣، الحديث ٣٤١٠ و ٣٤١٢، السنن الكبرى للبيهقي ٦: ١١٥ كتاب المساقاة، باب المعاملة على النخل بشطر ما يخرج منها...

٦. الموطّأ ٢: ٧٠٣، كتاب المساقاة، باب ماجاء في المساقاة، الحديث ١.

٧. الموطّأ ٢: ٧٠٣ ـ ٧٠٤، كتاب المساقاة، باب ما جاء في المساقاة، الحديث ٢.

اليهود، واليهود يحتمل أن يكون أقرّهم علىٰ أنّهم عبيد، ويحتمل أن يكون أقرّهم علىٰ أنّهم ذمّة[١].

إلّا أنّا إذا أنزلنا أنّهم ذمّة كان مخالفاً للأصول؛ لأنّه بيع مالم يخلق، وأيضاً فإنّه من المزابنة ـ وهو بيع التمر بالتمر متفاضلاً ـ لأنّ القسمة بالخرص بيع الخرص[٢].

واستدلّوا علىٰ مخالفته للأُصول بما روي في حديث عبدالله بن رواحة، أنّه كان يقول لهم عند الخرص: «إن شئتم فلكم وتضمنون نصيب المسلمين، وإن شئتم فلي وأضمن نصيبكم»[٣]. وهذا حرام بإجماع. وربّما قالوا: إنّ النهي الوارد عن المخابرة هو ما كان من هذا الفعل بخيبر[٤].

والجمهور يرون أنّ المخابرة هي كراء الأرض ببعض ما يخرج منها[٥]. قالوا: وممّا يدلّ علىٰ نسخ هذا الحديث، أو أنّه خاص باليهود ما ورد من حديث رافع وغيره من النهي عن كراء الأرض بما يخرج منها[٦و٧]؛ لأنّ المساقاة تقتضي جواز ذلك، وهو خاص أيضاً في بعض روايات أحاديث المساقاة، ولهذا المعنىٰ لم يقل بهذه الزيادة مالك ولا الشافعي[٨]، أعني بما جاء من «أنّه ﷺ ساقاهم علىٰ نصف ما تخرجه الأرض والثمرة»[٩]. وهي زيادة صحيحة وقال بها أهل الظاهر[١٠].

---

١. المبسوط ٢٣: ٤، المحلّىٰ بالآثار ٨: ٢٣٠، بدائع الصنائع ٨: ٢٦٣.

٢. بدائع الصنائع ٨: ٢٦٣، كتاب الحجة علىٰ أهل المدينة ٤: ١٤١، شرح معاني الآثار ٤: ١١٢، ١١٣.

٣. السنن الكبرىٰ للبيهقي ٦: ١١٤، كتاب المساقاة، باب المعاملة على النخل بشطر ما يخرج منها... وفيه: «كان عبدالله بن رواحة يأيتهم في كلّ عام فيخرصها عليهم، ثم يضمّنهم الشطر».

٤. الحاوي الكبير ٧: ٣٥٧، المقدّمات الممهّدات ٢: ٥٤٩.

٥. الحاوي الكبير ٧: ٤٥٠، المقدّمات الممهّدات ٢: ٥٤٩، المغني لابن قدامة ٥: ٥٨١، ٥٨٣.

٦. الموطّأ ٢: ٧١١، كتاب كراء الأرض، باب ما جاء في كراء الأرض، الحديث ١.

٧. المنتقى للباجي ٥: ١٤٣، المبسوط للسرخسي ٢٣: ١٣ ـ ١٤، ١٥.

٨. الحاوي الكبير ٧: ٤٥١، الاستذكار ٢١: ٢٣٤.

٩. تقدم آنفاً.

١٠. المحلّىٰ بالآثار ٨: ٢١٤.

القول في صحة المساقاة

والنظر في الصحّة راجع إلىٰ النظر في أركانها، وفي وقتها، وفي شروطها المشترطة في أركانها. وأركانها أربعة: المحلّ المخصوص بها. والجزء الذي تنعقد عليه. وصفة العمل الذي تنعقد عليه. والمدّة التي تجوز فيها وتنعقد عليها.

الركن الأوّل:

في محلّ المساقاة واختلفوا في محلّ المساقاة، فقال داود: لاتكون المساقاة إلّا في النخيل فقط[١].

وقال الشافعي: في النخل والكرم فقط[٢]. وقال مالك: تجوز في كلّ أصل ثابت كالرمان والتين والزيتون وما أشبه ذلك من غير ضرورة، وتكون في الأصول غير الثابتة كالمقائئ والبطيخ مع عجز صاحبها عنها، وكذلك الزرع[٣]*. ولاتجوز في شيء من البقول عند الجميع[٤]

---

* تصحّ المساقاة عند الإماميّة علىٰ كلّ أصل ثابت له ثمرة ينتفع بها مع بقائه، فتصحّ علىٰ النخل والكرم وشجر الفواكه بلا خلاف فيها، وفي عدم الصحة في الشجر غير الثابت، ونحو الوديّ ـ أي: غير المغروس من فسيل النخل أو صغاره ـ بل عليه الإجماع في نحو البطيخ والباذنجان وقصب السكر والبقول. (رياض المسائل ٩: ١٣٠، ١٣١، الحدائق الناضرة ٢١: ٣٥٦، جواهر الكلام ٢٧: ٦٢).

---

١. المحلّىٰ بالآثار ٨: ٢٢٩، الاستذكار ٢١: ٢٢٧، المغني لابن قدامة ٥: ٥٥٦، ونسبه في المحلّى إلى بعض أصحاب أبي سليمان.

٢. الأم ٤: ١٢، مختصر المزني: ١٣٤.

٣. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٢٢ ـ ٢٣، التفريع ٢: ٢٠١، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٨١.

٤. الاستذكار ٢١: ٢١٠، الوسيط ٤: ١٣٧، المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٢٣.

إلّا ابن دينار، فإنّه أجازها فيه إذا نبتت قبل أن تُستغلّ[١]*.

فعُمدة من قصره علىٰ النخل أنّها رخصة، فوجب أن لايتعدىٰ بها محلّها الذي جاءت فيه السنة. وأمّا مالك فرأىٰ أنّها رخصة ينقدح فيها سبب عام، فوجب تعدية ذلك إلىٰ الغير[٢]. وقد يقاس علىٰ الرخص عند قوم إذا فهم هنالك أسباب أعمّ من الأشياء التي علقت الرخص بالنص بها، وقوم منعوا القياس علىٰ الرخص[٣].

وأمّا داود فهو يمنع القياس علىٰ الجملة[٤]، فالمساقاة علىٰ أصوله مطّردة. وأمّا الشافعي فإنّما أجازها في الكرم من قِبل أنّ الحكم في المساقاة هو بالخرص، وقد جاء في حديث عتاب بن أسيد الحكم بالخرص في النخل والكرم وإن كان ذلك في الزكاة، فكأنّه قاس المساقاة في ذلك علىٰ الزكاة[٥].

والحديث الذي ورد عن عتاب بن أسيد، هو «أنّ رسول الله ﷺ بعثه وأمره أن يخرص العنب وتُؤدّىٰ زكاته زبيباً، كما تُؤدّىٰ زكاة النخل تمراً»[٦]. ودفع داود حديث عتاب بن أسيد؛ لأنّه مرسل، ولأنّه انفرد به عبد الرحمن بن إسحاق وليس بالقوي[٧].

واختلفوا إذا كان مع النخل أرض بيضاء أو مع الثمار، هل يجوز أن تُساقىٰ الأرض مع

---

* المشهور عند الإماميّة أنّ المساقاة تكون علىٰ شجر له ثمر. وقال الشيخ في الخلاف بجوازها علىٰ البقل الذي يُجزّ جزّة بعد جزّة. (مختلف الشيعة ٦: ١٩٤، وانظر الخلاف ٣: ٤٧٥ ـ ٤٧٦).

---

١. المقدّمات الممهّدات ٢: ٥٥٤. وفيها وفي الاستذكار ٢١: ٢١٠، والكافي في فقه أهل المدينة: ٣٨١: تستقل.

٢. القبس لابن العربي ٣: ٣٤٢ ـ ٣٤٣.

٣. القبس لابن العربي ٣: ٣٤٢، الهداية للمرغيناني ٤: ٣٩٠.

٤. الإحكام لابن حزم ٧: ٣٧٠، اللمع للشيرازي: ١٩٩.

٥)الأم ٤: ١٢، الحاوي الكبير ٧: ٣٦٣.

٦. سنن أبي داود ٢: ١١٠، كتاب الزكاة، باب في خرص العنب، الحديث ١٦٠٣.

٧. الاستذكار ٢١: ٢١٤ ـ ٢١٥.

النخل بجزء من النخل، أو بجزء من النخل وبجزء ممّا يخرج من الأرض؟ فذهب إلىٰ جواز ذلك طائفة، وبه قال صاحبا أبي حنيفة واللّيث وأحمد والثوري وابن أبي ليلىٰ وجماعة[١]. وقال الشافعي وأهل الظاهر: لاتجوز المساقاة إلّا في التمر فقط[٢].

وأمّا مالك فقال: إذا كانت الأرض تبعاً للثمر وكان الثمر أكثر ذلك فلابأس بدخولها في المساقاة، اشترط جزءاً خارجاً منها أو لم يشترطه، وحدّ ذلك الجزء بأن يكون الثلث فما دونه، أعني أن يكون مقدار كراء الأرض الثلث من الثمر فما دونه، ولم يُجز أن يشترط ربّ الأرض أن يزرع البياض لنفسه؛ لأنّها زيادة ازدادها عليه[٣]. وقال الشافعي: ذلك جائز[٤].

وحجّة من أجاز المساقاة عليهما جميعاً، أعني علىٰ الأرض بجزء مما يخرج منها حديث ابن عمر المتقدم[٥]. وحجّة من لم يجز ذلك ما روي من النهي عن كراء الأرض بما يخرج منها في حديث رافع بن خديج[٦]، وقد تقدّم ذلك[٧]. وقال أحمد بن حنبل: أحاديث رافع مضطربة الألفاظ، وحديث ابن عمر أصحّ[٨].

وأمّا تحديد مالك ذلك بالثلث فضعيف، وهو استحسان مبني علىٰ غير الأصول؛ لأنّ الأصول تقتضي أنّه لايفرق بين الجائز من غير الجائز بالقليل والكثير من الجنس الواحد.

ومنها: اختلافهم في المساقاة في البعل[٩]، فأجازها مالك والشافعي وأصحابه ومحمّد بن

---

١. كتاب الحجة علىٰ أهل المدينة ٤: ١٤٨، مختصر اختلاف العلماء ٤: ٢٢، الاستذكار ٢١: ٢٣٥، المبسوط للسرخسي ٢٣: ١٩، المغني لابن قدامة ٥: ٥٨٨.

٢. أنظر: الأم ٤: ١٢، التهذيب للبغوي ٤: ٤٠٥. ولم نعثر علىٰ نسبته إلى أهل الظاهر.

٣. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٢٠، الموطّأ ٢: ٧٠٤، ٧٠٨. فتح المالك ٨: ٢٢١.

٤. نقل أولاً الجواز في الثمر عن الشافعي، وذكر هنا الجواز مطلقاً.

٥. الاستذكار ٢١: ٥٣٥.

٦. المصدر السابق ٢١: ٢٣٤.

٧. تقدّم في كتاب الإجارات.

٨. الاستذكار ٢١: ٢٣٥، المغني لابن قدامة ٥: ٥٨٥.

٩. البعل: النخل الذي يشرب بعروقه من غير سقي ولا سماء (الصحاح، مادة «بعل»).

الحسن، وقال اللّيث: لاتجوز المساقاة في البعل[١]*. وإنّما أجازها الجمهور؛ لأنّ العامل وإن كان ليس عليه فيها سقي فيبقىٰ عليه أعمال أخر، مثل الإبار وغير ذلك، وأمّا اللّيث فيرىٰ السقي بالماء هو الفعل الذي تنعقد عليه المساقاة، ولمكانه وردت الرخصة فيها[٢].

الركن الثاني:

وأمّا الركن الذي هو العمل، فإنّ العلماء بالجملة أجمعوا علىٰ أنّ الذي يجب علىٰ العامل هو السقي والإبار[٣]. واختلفوا في الجذاذ علىٰ من هو؟ وفي سدّ الحظار وتنقية العين والسانية.

أمّا مالك، فقال في الموطأ: السنّة في المساقاة التي يجوز لربّ الحائط أن يشترطها سدّ الحظار وخمّ العين، وشرب الشراب، وإبار النخل، وقطع الجريد، وجذّ الثمر. هذا وأشباهه هو علىٰ العامل[٤]. وهذا الكلام يحتمل أن يُفهم منه دخول هذه في المساقاة بالشرط، ويمكن

---

* لا خلاف بين الإماميّة في جواز المساقاة في البعل؛ لأنّ السقي بخصوصه ليس شرطاً في المساقاة، بل المدار على العمل الذي تحتاج إليه تلك الأشجار، ولأنّ الحاجة تدعو إلى المعاملة في البعل كدعائها إلى المعاملة فيما يحتاج إلى السقي، فكان جائزاً كغيره؛ لوجود العلة فيهما معاً. (تذكرة الفقهاء ٢: ٣٥٣ (حجري)، مفتاح الكرامة ١٥: ٥٠٩، جامع المقاصد ٧: ٣٥٣).

---

١. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ١٨، المغني لابن قدامة ٥: ٥٦٤، فتح المالك ٨: ٢٢٢، الاشراف لابن المنذر ٢: ٨١، الإقناع لابن المنذر: ٤٦٦، مختصر اختلاف العلماء ٤: ٢٧، وفي جميع نسخ البداية التي عندنا: «البقل» بدل «البعل» لكن الصحيح ما أثبتناه.

٢. فتح المالك ٨: ٢٢٢، المغني لابن قدامة ٥: ٥٦٤، الإقناع لابن المنذر: ٤٦٦.

٣. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٧، المحلّىٰ بالآثار ٨: ٢٢٩، الأم ٤: ١٢، المبسوط للسرخسي ٢٣: ١٠٠، المغني لابن قدامة ٥: ٥٦٥، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٨١.

٤. الموطّأ ٢: ٧٠٥، وفيه: «السنّة في المساقاة التي يجوز لربّ الحائط أن يشترطها على المساقي: شدّ الحظار، وخمّ العين، وسرو الشَّرَب، وإبار النخل، وقطع الجريد، وجذّ الثمر، هذا وأشباهه».

أن يُفهم منه دخولها فيها بنفس العقد.

وقال الشافعي: ليس عليه سدّ الحظار؛ لأنّه ليس من جنس ما يؤثّر في زيادة الثمرة مثل الإبار والسقي[١]. وقال محمّد بن الحسن: ليس عليه تنقية السواني والأنهار[٢]. وأمّا الجذاذ، فقال مالك والشافعي: هو علىٰ العامل، إلّا أنّ مالكاً قال: إن اشترطه العامل علىٰ ربّ المال جاز. وقال الشافعي: لايجوز شرطه وتنفسخ المساقاة إن وقع[٣]. وقال محمّد بن الحسن: الجذاذ بينهما نصفان[٤].

وقال المحصّلون من أصحاب مالك: إنّ العمل في الحائط علىٰ وجهين: عمل ليس له تأثير في إصلاح الثمرة، وعمل له تأثير في إصلاحها، والذي له تأثير في إصلاحها منه ما يتأبّد ويبقىٰ بعد الثمر، ومنه ما لايبقىٰ بعد الثمر، فأمّا الذي ليس له تأثير في إصلاح الثمر فلايدخل في المساقاة لا بنفس العقد ولا بالشرط إلّا الشيء اليسير منه. وأمّا ماله تأثير في إصلاح الثمر ويبقىٰ بعد الثمر فيدخل عنده بالشرط في المساقاة لا بنفس العقد، مثل: إنشاء حفر بئر، أو إنشاء ظفيرة للماء، أو إنشاء غرس، أو إنشاء بيت يجنىٰ فيه الثمر. وأمّا ماله تأثير في إصلاح الثمر ولايتأبّد، فهو لازم بنفس العقد، وذلك مثل: الحفر، والسقي، وزبر الكرم، وتقليم الشجر، والتذكير، والجذاذ، وما أشبه ذلك[٥]*.

---

* الظاهر من كلام فقهاء الإماميّة أنّ بعض الأعمال مع الإطلاق يختصّ بالعامل، وبعضها يختص بالمالك، وجعلوا لكلّ منهما قاعدة.

فالذي يختصّ بالعامل هو: كلّ عمل يتكرر كلّ سنة مما يحصل به نفس الثمرة وجودتها وزيادتها، ومنها: إصلاح الأرض بالحرث والحفر؛ حيث يحتاج إليه، ←

---

١. الأم ٤: ١٢، الإقناع لابن المنذر: ٤٦٧، مختصر اختلاف العلماء ٤: ٣٢.

٢. الاستذكار ٢١: ٢٢٦، مختصر اختلاف العلماء ٤: ٣٢.

٣. الأم ٤: ١٢، الاستذكار ٢١: ٢٢٥، ٢٢٦، المدوّنة الكبرى ٥: ٦، مختصر اختلاف العلماء ٤: ٣١، ٣٢.

٤. مختصر اختلاف العلماء ٤: ٣٢، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٤٩.

٥. الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٨١ ـ ٣٨٢، المقدّمات الممهّدات ٢: ٥٥٥ ـ ٥٥٦.

← وما يتوقّف عليه من الآلات، وتنقية الأجاجين ـ وهي الحُفر التي يقف فيها الماء في أصول الشجر التي تحتاج إلىٰ السقي ـ وكذا تنقية الأنهار، وإزالة الحشيش المضر، وتهذيب جرائد النخل بقطع ما يحتاج إلىٰ قطعه منه كالاجزاء النابتة من كرم العنب والاغصان اليابسة المضرّة من الأشجار، بل ولو كانت رطبة مع حصول الضرر بها، كما في شجر الكرم مما يجري به العادة.

ومنها: السقي ومقدّماته المتكرّرة كالدلو، والرشا، وإصلاح طريق الماء، وتنقيتها من الحمأة ونحوها، واستقاء الماء وأداة الدولاب إذا كان السقي من بئر ونحوه، وتلقيح الانثىٰ من الذكر على الوجه المعتاد والمعتبر، وتعديل الثمرة، أي: إصلاحها بإزالة ما يضرّها من الأغصان والورق؛ ليصل إليها الهواء أو الشمس أو ليتسير قطعها عند إرادة ذلك. ووضع الحشيش ونحوه فوق العناقيد؛ صوناً لها عن الشمس المضرة بها. ورفعها من الأرض؛ حيث تضرّ بها، ونحو ذلك.

ومنها: اللّقاط، وهو: لقاط الثمرة، أي: أخذها في أوانها عن محلها بحسب العادة وحسب نوعها ووقتها. فما يؤخذ عنباً، أو رُطباً ففي وقتهما، وما يؤخذ للزبيب يجب قطعه عند حلاوته في الوقت الصالح له، وما يعمل دبساً فكذلك في الوقت الصالح.

ومنها أيضاً: إصلاح موضع التشميس، وهو الموضع الذي يجعل فيه الثمرة للشمس؛ لأجل يبسها إن كانت العادة فيها ذلك، ونقل الثمرة إلىٰ ذلك الموضع، وحفظها إلىٰ وقت القسمة.

قالوا: والضابط أنّه يجب العمل إلىٰ وقت القسمة، هذا كلّه مع الاطلاق، أمّا لو شرط بعضها على المالك فلا إشكال في لزومه إذا لم يكن منافياً لمقتضىٰ العقد؛ عملاً بما دلّ على وجوب الوفاء بالشروط.

هذا وقال المحقّق النجفي: وأمّا ما ذكروه من الضابطين ـ أي في العامل والمالك ـ ←

وأجمعوا علىٰ أنّ ما كان في الحائط من الدواب والعبيد أنّه ليس من حقّ العامل[١]*.

واختلفوا في شرط العامل ذلك علىٰ المساقي، فقال مالك: يجوز ذلك فيما كان منها في الحائط قبل المساقاة، وأمّا ان اشترط فيها ما لم يكن في الحائط فلايجوز[٢]. وقال الشافعي: لابأس بذلك وإن لم يكن في الحائط[٣]**. وبه قال ابن نافع من أصحاب مالك[٤]. وقال محمّد بن الحسن: لايجوز أن يشترطه العامل علىٰ ربّ المال، ولو اشترطه ربّ المال علىٰ العامل جاز ذلك[٥]. ووجه كراهيته ذلك ما يلحق في ذلك من الجهل بنصيب ربّ المال،

← فلا أثر له في شيء من الأدلّة، فالمتّجه حينئذٍ الرجوع في مثل ذلك إلىٰ المتعارف في إطلاق عقد المساقاة ممّا يجب علىٰ العامل والمالك. وأمّا غيره فيتبع الشرط. (الحدائق الناضرة ٢١: ٣٦٢ و٣٦٣، رياض المسائل ٩: ١٣٣ ـ ١٣٤، جواهر الكلام ٢٧: ٦٦ـ٦٧).

* قال العلامة الحلّي: «لو كان للمالك غلمان برسم ذلك البستان يعملون فيه، لم يدخلوا في مطلق المساقاة؛ لأنّه ربّما يريد تفريقهم لشغل آخر». (تذكرة الفقهاء ٢: ٣٤٧ حجري).

** لا خلاف بين فقهاء الإماميّة في جواز أن يشترط العامل بأن يعمل معه غلام المالك؛ واستدلّوا بالأصل، وقوله ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم» وهذا شرط لايخالف الكتاب والسنّة؛ فكان جائزاً كغيره من الشروط السائغة. ولأنّ العبد مال لربّ النخل؛ فكأنّ ضمّ ماله إلىٰ ماله، كما يجوز في القراض أن يدفع إلىٰ العامل بهيمة يحمل عليها. (تذكرة الفقهاء ٢: ٣٤٧ (حجري)، الحدائق الناضرة ٢١: ٣٦٧، جواهر الكلام ٢٧: ٦٩ ـ ٧٠).

---

١. المنتقى للباجي ٥: ١٣٩، كتاب الحجة على أهل المدينة ٤: ١٨١، المحلّىٰ بالآثار ٨: ٢٣٢، هذا ونقل أيضاً عن مالك وبعض أصحابه: دخولهم في عقد المساقاة عند إطلاقه. أنظر: المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٣، الاستذكار ٢١: ٢٤٢، المنتقى للباجي ٥: ١٣٩.

٢. الاستذكار ٢١: ٢٤٢ ـ ٢٤٣، المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٣ ـ ٤.

٣. الأم ٤: ١٣، مختصر المزني: ١٣٦.

٤. الاستذكار ٢١: ٢٤٣ ـ ٢٤٤.

٥. الاستذكار ٢١: ٢٤٤، كتاب الحجة علىٰ أهل المدينة ٤: ١٧٨ ـ ١٧٩.

ومن أجازه رأى أنّ ذلك تافه ويسير.

ولتردّد الحكم بين هذين الأصلين استحسن مالك ذلك في الرقيق الذي يكون في الحائط في وقت المساقاة ومنعه في غيرهم؛ لأنّ اشتراط المنفعة في ذلك أظهر، وإنّما فرّق محمّد بن الحسن لأنّ اشتراطهما علىٰ العامل هو من جنس ما وجب عليه من المساقاة، وهو العمل بيده[١].

واتفق القائلون بالمساقاة علىٰ أنّه إن كانت النفقة كلُّها علىٰ ربّ الحائط، وليس علىٰ العامل إلّا ما يعمل بيده أنّ ذلك لايجوز؛ لأنّها إجارة بما لم يخلق[٢].

فهذه هي صفات هذا الركن والشروط الجائزة فيه من غير الجائزة.

الركن الثالث:

وأجمعوا علىٰ أنّ المساقاة تجوز بكلّ ما اتفقا عليه من أجزاء الثمر[٣]*. فأجاز مالك أن تكون الثمرة كلّها للعامل كما فعل في القراض. وقد قيل: إنّ ذلك منحة لا مساقاة، وقيل: لا يجوز[٤]**.

---

* لا خلاف بين الإماميّة في أنّه لابدّ أن يكون للعامل جزءاً مشاعاً من الثمرة. (جواهر الكلام ٢٧: ٧١، الحدائق الناضرة ٢١: ٣٦٩).

** لا خلاف بين الإماميّة أنّه لاتصح المساقاة فيما لو شرط أحدهما الانفراد بالثمرة، واستدلّوا علىٰ ذلك بأنّه مخالفة لمقتضىٰ المساقاة؛ لأنّها تقتضي ـ شرعاً ـ التشريك بينهما في الثمرة، فإذا شُرطت لأحدهما بطلت. (مسالك الأفهام ٥: ٥٣، جواهر الكلام ٢٧: ٧١).

---

١. الاستذكار ١: ٢٤٢ ـ ٢٤٤، كتاب الحجة علىٰ أهل المدينة ٤: ١٨١، البيان للعمراني ٧: ٢٣١.

٢. المنتقىٰ للباجي ٥: ١٢٥، الاستذكار ٢١: ٢٢١ ـ ٢٢٢، الموطّأ ٢: ٧٠٥، وانظر: البيان للعمراني ٧: ٢٣٢، المغني لابن قدامة ٥: ٥٦٨.

٣. مراتب الاجماع: ٦٠، الإقناع لابن القطّان ٢: ١٨٢، المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٢، كتاب الحجة علىٰ أهل المدينة ٤: ١٤١، المغني لابن قدامة ٥: ٥٥٨، الإقناع لابن المنذر: ٤٦٥.

٤. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٢، المقدّمات الممهّدات ٢: ٥٥٥، التفريع ٢: ٢٠١.

واتفقوا علىٰ أنّه لايجوز فيها اشتراط منفعة زائدة، مثل أن يشترط أحدهما علىٰ صاحبه زيادة دراهم أو دنانير ولا شيئاً من الأشياء الخارجة عن المساقاة إلّا الشيء اليسير عند مالك، مثل: سدّ الحظار وإصلاح الظفيرة وهي مجتمع الماء[١]*.

ولا يجوز عند مالك أن يساقي علىٰ حائطين أحدهما علىٰ جزء، والآخر علىٰ جزء آخر؛ واحتجّ بفعله عليه الصلاة والسلام في خيبر، وذلك أنّه ساقىٰ علىٰ حوائط مختلفة بجزء واحد، وفيه خلاف[٢]**. وأكثر العلماء علىٰ أنّ القسمة بين العامل والمساقي في الثمر لاتكون إلّا بالكيل، وكذلك في الشركة، وإنّها لاتجوز بالخرص[٣]. وأجاز قوم قسمتها بالخرص[٤]***.

---

* لا خلاف بين الإماميّة في كراهة اشتراط ربّ الأرض علىٰ العامل مع الحصة شيئاً، من ذهب أو فضة. ولكن لا إشكال في أصل الجواز عندهم؛ لعموم «المؤمنون عند شروطهم» مع عدم كونه منافياً لمقتضىٰ العقد، ولا للشرع. (مسالك الأفهام ٥: ٥٥، جواهر الكلام ٢٧: ٧٤).

** الذي عليه فقهاء الإماميّة أنّه لو قال: «ساقيتك على هذين الحائطين بالنصف من هذا وبالثلث من هذا»، فإنّه يصحّ ذلك؛ لأنّها صفقة واحدة وعقد واحد. (مختلف الشيعة ٦: ١٩٦، جواهر الكلام ٢٧: ٧٩، المبسوط ٣: ٢١٢).

*** الظاهر إجماع الإماميّة على جواز قسمة الثمار علىٰ الأشجار بالخرص والتراضي؛ للأصل وللاخبار، منها: ما رواه محمد بن مسلم عن الصادقين عليهما السلام قال: ←

---

١. الموطّأ ٢: ٧٠٥ ـ ٧٠٦، الاشراف لابن المنذر ٢: ٨٢ ـ ٨٣، ٨٦ ـ ٨٧، المغني لابن قدامة ٥: ٥٧٧، المبسوط للسرخسي ٢٣: ١٠٧، المقدّمات الممهّدات ٢: ٥٥٥.

٢. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ١٥ ـ ١٦، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٨٣، الاشراف لابن المنذر ٢: ٨٥، مختصر اختلاف العلماء ٤: ٢٩ ـ ٣٠.

٣. فتح المالك ٨: ٢١٦، الاستذكار ٢١: ٢٠٨ ـ ٢١٥.

٤. فتح المالك ٨: ٢١٦ ـ ٢١٧، المقدّمات الممهّدات ٢: ٥٥١.

واختلف في ذلك أصحاب مالك، واختلفت الرواية عنه، فقيل: يجوز، وقيل: لايجوز من الثمار في الربوية ويجوز في غير ذلك، وقيل: يجوز بإطلاق إذا اختلفت حاجة الشريكين[١].

وحجّة الجمهور: أنّ ذلك يدخله الفساد من جهة المزابنة ويدخله بيع الرطب بالتمر، وبيع الطعام بالطعام نسيئة[٢]. وحجة من أجاز قسمتها بالخرص تشبيهها بالعرية وبالخرص في الزكاة، وفيه ضعف. وأقوىٰ ما اعتمدوا عليه في ذلك ما جاء من الخرص في مساقاة خيبر من مرسل سعيد بن المسيّب وعطاء بن يسار[٣].

الركن الرابع:

وأمّا اشتراط الوقت في المساقاة فهو صنفان: وقت هو مشترط في جواز المساقاة، ووقت هو شرط في صحّة العقد، وهو المحدّد لمدّتها. فأمّا الوقت المشترط في جواز عقدها فإنّهم اتفقوا علىٰ أنّها تجوز قبل بدوّ الصلاح[٤]*.

← سألته عن الرجل يمضي فاخرص عليه في النخل، قال: «نعم» قلت: أرأيت إن كان أفضل مما خرص عليه الخارص؟ أيجزيه ذلك؟ قال: «نعم». (تذكرة الفقهاء ٢: ٣٥٢ (حجري)، الدروس الشرعية ٢: ١١٧، جواهر الكلام ٢٣: ٣٩٠).

* أجمعت الإماميّة علىٰ صحّة المساقاة قبل ظهور الثمرة، أمّا لو ظهرت الثمرة وقد بقي عمل يحصل به الزيادة والنماء في الثمرة فالأشهر الأظهر عند الإماميّة الصحة، بل لعلّه عليه عامّتهم؛ لجهالة القائل بعدم الصحّة وإن اشتهر حكايته في كتب الجماعة، وغير بعيد كونه إجماعاً كالأوّل. ←

---

١. الاستذكار ٢١: ٢١٥ ـ ٢١٨، فتح المالك ٨: ٢١٦ ـ ٢١٧.

٢. الاستذكار ٢١: ٢١٧، فتح المالك ٨: ٢١٦.

٣. الاستذكار ٢١: ١٩٦، ٢٠٨، ٢١٧، فتح المالك ٨: ٢١٧، المقدّمات الممهّدات ٢: ٥٥١، والصحيح: سليمان بن يسار لا عطاء بن يسار، كما تقدم.

٤. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٧، الهداية للمرغيناني ٤: ٣٩٠، التهذيب للبغوي ٤: ٤٠٣، الاستذكار ٢١: ٢٣٠.

واختلفوا في جواز ذلك بعد بدو الصلاح، فذهب الجمهور من القائلين بالمساقاة علىٰ أنّه لايجوز بعد الصلاح[١]. وقال سحنون من أصحاب مالك: لابأس بذلك[٢]. واختلف قول الشافعي في ذلك، فمرّة قال: لايجوز، ومرة قال: يجوز[٣]*. وقد قيل عنه: إنّها لاتجوز إذا خُلق الثمرة[٤].

وعمدة الجمهور أنّ مساقاة ما بدا صلاحه من الثمر ليس فيه عمل، ولا ضرورة داعية إلىٰ المساقاة؛ إذ كان يجوز بيعه في ذلك الوقت، قالوا: وإنّما هي إجارة إن وقعت. وحجّة من أجازها أنّه إذا جازت قبل أن يخلق الثمر فهي بعد بدو الصلاح أجوز، ومن هنا لم تجز عندهم مساقاة البقول؛ لأنّه يجوز بيعها، أعني عند الجمهور[٥].

← ويمكن أن يكون هو الحجّة، مضافاً للأصل، وعموم النصوص الدالة علىٰ المشروعية، وفحوى ما دلَّ على الصحّة في الصورة الأولىٰ، ولأنّ المعاملة حينئذٍ أبعد عن الغرر للوثوق بالثمرة فتكون أولىٰ مما لو كانت معدومة.

إلّا أنّ النجفي قال: فالأولى والأحوط مع إرادة ذلك الرجوع إلى الصلح أو الإجارة، خصوصاً فيما لو كان العمل بحيث لولاه لاختلّ حال الثمرة إلّا أنّه لاتحصل به زيادة. (رياض المسائل ٩: ١٢٩، جواهر الكلام ٢٧: ٥٨ ـ ٥٩).

* أجمعت الإماميّة علىٰ عدم صحّة المساقاة علىٰ ثمرة قد وَجَدت وبدا صلاحها، واستغنت عن السقي ولم يبق لعمل العامل فيها مستزاد؛ لأنّها ـ والحال هذه ـ ملكها ربّ البستان ولم يحصل بالمساقاة زيادة الثمار، فإذا لم يحصل الغرض خلا العقد عن الفائدة فيكون باطلاً. (تذكرة الفقهاء ٢: ٣٤٣ (حجري)، تحرير الأحكام ٣: ١٥٤).

---

١. المعونة ٢: ١١٣٧، المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٧، البيان للعمراني ٧: ٢١٩، كتاب الحجة علىٰ أهل المدينة ٤: ١٥٥.

٢. الاستذكار ٢١: ٢٣٠، المنتقى للباجي ٥: ١٣١، عيون المجالس ٤: ١٧٩٥.

٣. التهذيب ٤: ٤٠٣ ـ ٤٠٤، العزيز شرح الوجيز ٦: ٥٨، البيان للعمراني ٧: ٢١٩، وفي الجميع قول واحد بعدم الجواز، ولعلّ المصنّف أخذه من الاستذكار ٢١: ٢٣٠.

٤. الوسيط ٤: ١٣٨، التهذيب للبغوي ٤: ٤٠٤.

٥. الاستذكار ٢١: ٢٣٠، كتاب الحجة علىٰ أهل المدينة ٤: ١٥٦، المعونة ٢: ١١٣٧.

وأمّا الوقت الذي هو شرط في مدّة المساقاة، فإنّ الجمهور علىٰ أنّه لايجوز أن يكون مجهولاً، أعني: مدّة غير مؤقّتة[١]*، وأجاز طائفة أن يكون إلىٰ مدّة غير مؤقّتة، منهم أهل الظاهر[٢].

وعمدة الجمهور ما يدخل في ذلك من الغرر قياساً علىٰ الإجارة[٣]؛ وعمدة أهل الظاهر ما وقع في مرسل مالك من قوله ﷺ: «أُقرّكم علىٰ ما أقرّكم الله»[٤و٥]. وكره مالك المساقاة فيما طال من السنين، وانقضاء السنين فيها، هو بالجذّ لا بالأهلة[٦].

وأمّا هل اللّفظ شرط في هذا العقد؟ فاختلفوا في ذلك، فذهب ابن القاسم إلىٰ أنّ من شرط صحّتها أن لاتنعقد إلّا بلفظ المساقاة، وأنّه ليس تنعقد بلفظ الإجارة، وبه

---

* اتفقت الإماميّة علىٰ اشتراط تقدير المدة في الجملة، وإن تركها رأساً يبطل العقد قولاً واحداً؛ ولأنّ عقد المساقاة لازم، ولا معنىٰ لوجوب الوفاء به دائماً، ولا إلىٰ مدة غير معلومة، ولا سنة واحدة، لاستحالة الترجيح من غير مرجح.

والمشهور بين فقهاء الإماميّة اشتراط ضبط المدة بما لايحتمل الزيادة والنقصان؛ وقوفاً فيما خالف الأصل واحتمل الغرر والجهالة علىٰ موضع اليقين. واكتفىٰ ابن الجنيد بتقديرها بالثمرة المساقىٰ عليها؛ نظراً إلىٰ أنّه بالنسبة إلىٰ ثبوته عادة كالمعلوم، ولأنّ المقصود منها هو العمل إلىٰ اكمالها، ولأنّ العقد مبني علىٰ الغرر والجهالة فلايقدحان فيه. (مسالك الأفهام ٥: ٤٥، تحرير الأحكام ٣: ١٥١، رياض المسائل ٩: ١٣٢ ـ ١٣٣).

---

١. البيان للعمراني ٧: ٢٢٠، فتح المالك ٨: ٢١٦، مختصر القدوري: ١٤٤، المقدّمات الممهّدات ٢: ٥٥٣.

٢. المغني لابن قدامة ٥: ٥٦٩، المحلّىٰ بالآثار ٨: ٢٢٥، ٢٣٢.

٣. أنظر: الاستذكار ٢١: ٢٠٧.

٤. تقدم تخريجه.

٥. فتح المالك ٨: ٢١٦، المقدّمات الممهّدات ٢: ٥٥٣.

٦. فتح المالك ٨: ٢١٦، المدوّنة الكبرىٰ ٥: ١٣، المقدّمات الممهّدات ٢: ٥٥٣.

قال الشافعي[١]*. وقال غيرهم: تنعقد بلفظ الإجارة وهو قياس قول سحنون[٢].

القول في أحكام الصحة

والمساقاة عند مالك من العقود اللّازمة باللّفظ لا بالعمل، بخلاف القراض عنده الذي ينعقد بالعمل لا باللّفظ[٣]**. وهو عند مالك عقد موروث، ولورثة المساقي أن يأتوا بأمين يعمل إن لم يكونوا أمناء، وعليه العمل إن أبىٰ الورثة من تركته[٤]***.

---

* لا إشكال عند الإماميّة في الانعقاد بلفظ المساقاة. وأمّا إذا كانت بما يساويها من الألفاظ، كقوله: عاملتك أو سلّمت إليك أو ما أشبهه في الصراحة في المعنى المزبور، ولو بضميمة القيود التي ليست قرائن مجاز، فقد صرّح بعض بالصحة؛ لعدم تعيين الشارع في المساقاة لفظاً بخصوصه. وردّ بعضهم ذلك.

وأمّا إذا كانت بلفظ الإجارة، فالذي يظهر من فقهاء الإماميّة عدم انعقادها. وربّما يُستظهر من بعضهم ـ كالعلّامة الحلّي في القواعد ـ الصحّة إذا علم إرادة المجاز من ذلك، مع وجود القرينة عليه. (جواهر الكلام ٢٧: ٥٥ ـ ٥٨، تحرير الأحكام ٣: ١٤٩، وانظر: مفتاح الكرامة ١٥: ٤٩٣ـ٤٩٧).

** أجمع علماء الإماميّة على أنّ المساقاة لازمة كالإجارة؛ للأصل، وعموم قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا ...﴾. (جامع المقاصد ٧: ٣٤٤، مسالك الأفهام ٥: ٣٩، تحرير الأحكام ٣: ١٤٩، جواهر الكلام ٢٧: ٥٨).

*** لا خلاف بين الإماميّة في أنّ المساقاة لاتبطل بموت أحد المتعاملين. فإذا مات العامل قام وارثه مقامه في العمل، وإلّا استأجر الحاكم عليه من ماله أو علىٰ الحصّة. ←

---

١. عقد الجواهر الثمينة ٣: ٩١٦، المقدّمات الممهّدات ٢: ٥٥٢، المهذّب للشيرازي ٣: ٥٠٢، التهذيب للبغوي ٤: ٤٠٥.

٢. المقدّمات الممهّدات ٢: ٥٥٢، عقد الجواهر الثمينة ٣: ٩١٦.

٣. المقدّمات الممهّدات ٢: ٥٥٢، المدوّنة الكبرىٰ ٥: ١٣.

٤. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ١٧، المعونة ٢: ١١٣٤.

وقال الشافعي: إذا لم يكن له تركة سلّم إلىٰ الورثة ربّ المال أجرة ما عمل وفسد العقد، وإن كانت له تركة لزمته المساقاة[١]. وقال الشافعي: تنفسخ المساقاة بالعجز ولم يفصّل[٢]، وقال مالك: إذا عجز وقد حلّ بيع الثمر لم يكن له أن يساقي غيره ووجب عليه أن يستأجر من يعمل، وإن يكن له شيء استؤجر من حظّه من الثمر[٣]*.

وإذا كان العامل لُصّاً أو ظالماً لم ينفسخ العقد بذلك عند مالك[٤]**. وحكي عن الشافعي أنّه قال: يلزمه أن يقيم غيره للعمل[٥].

← هذا إذا لم يكن قد اشترط علىٰ العامل أن يعمل بنفسه، وإلّا بطل العقد بموته. (جامع المقاصد ٧: ٣١٤، ٣٤٨، تحرير الأحكام ٣: ١٥٦).

* ذكر غير واحد من علماء الإماميّة أنّه لو عجز عن العمل مع أمانته ضم إليه آخر يساعده، ولاينتزع يده منه وأجرة الآخر عليه.

ولو عجز بالكلّية أقام من يعمل عوضه، وأجرته عليه أيضاً، هذا مع عدم تعيينه للعمل، فمعه يفسخ المالك المساقاة وإن شاء أبقاها. (جامع المقاصد ٧: ٣٨٨، تحرير الأحكام ٣: ١٥٨).

** الذي يظهر من بعض فقهاء الإماميّة الصحّة، وأنّ يده لاترفع عن حصّته. وأمّا حصّة المالك فإنّ له رفع يده عنها قطعاً؛ وذلك إنّما يكون بضم آخر إليه يكون حافظاً لمال المالك وتكون أجرته على المالك. (تذكرة الفقهاء ٢: ٣٥١ (حجري)، جواهر الكلام ٢٧: ٨٣ ـ ٨٤، جامع المقاصد ٧: ٣٨٧).

---

١. البيان للعمراني ٧: ٢٣٧، المهذّب للشيرازي ٣: ٥٠٦، الوسيط ٤: ١٤٨.

٢. العزيز شرح الوجيز ٦: ٧١، ٧٣.

٣. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٨، عقد الجواهر الثمينة ٣: ٩١٨.

٤. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ١٤، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٤٩، مختصر اختلاف العلماء ٤: ٣٢ـ٣٣.

٥. الحاوي الكبير ٧: ٣٨٢، مختصر اختلاف العلماء ٤: ٣٣، مختصر المزني: ١٣٦.

وقال الشافعي: إذا هرب العامل قبل تمام العمل استأجر القاضي عليه من يعمل عمله[١]*.

ويجوز عند مالك أن يشترط كلّ واحد منهما علىٰ صاحبه الزكاة بخلاف القراض، ونصابهما عنده نصاب الرجل الواحد بخلاف قوله في الشركاء[٢]**.

وإذا اختلف رب المال والعامل في مقدار ما وقعت عليه المساقاة من الثمر، فقال مالك: القول قول العامل مع يمينه إذا أتىٰ بما يشبه[٣]. وقال الشافعي: يتحالفان ويتفاسخان، وتكون للعامل الأجرة؛ شبّهه بالبيع[٤]***، وأوجب مالك اليمين في حق العامل؛ لأنّه مؤتمن،

---

* ذكر بعض علماء الإماميّة: إنّه إذا هرب العامل غير المعيّن في أثناء العمل لم تبطل المساقاة؛ لأصالة صحّتها، بل ظاهرهم بقاؤها علىٰ اللزوم، فليس للمالك الفسخ بمجرد ذلك، وإنّما يرفع أمره إلىٰ الحاكم فيطلبه ويجبره علىٰ العمل، فإن تعذّر ذلك استأجر من ماله من يعمل عنه، أو بأجرة مؤجّلة إلىٰ وقت الثمرة، ومع فرض ظهورها وبدوّ صلاحها استأجر بحصّته أجمع أو بعضها، أو بالاقتراض عليه، أو دفع إليه الحاكم من بيت المال ما يستأجر عليه، وحينئذٍ فلا خيار للمالك. وإن تعذّر فعل شيء من ذلك كان له الفسخ؛ لتعذّر العمل حينئذٍ عليه، فينحصر دفع ضرره بذلك. (جواهر الكلام ٢٧: ٨٠ ـ ٨١، جامع المقاصد ٧: ٣٨١).

** المشهور عند الإماميّة أنّ الزكاة تجب علىٰ كل واحد منهما إذا بلغ نصيبه نصاباً؛ لتحقق سبب الوجوب، وهو النماء علىٰ ملكهما مع فرض بلوغ النصاب. وخالف منهم ابن زهرة الحلبي فأوجبها علىٰ مالك الأصول خاصة. (جواهر الكلام ٢٧: ٩٠، تحرير الأحكام ٣: ١٥٩).

*** الظاهر إجماع الإماميّة على أنّ القول قول المالك، مع يمينه وعدم البيّنة. (تذكرة الفقهاء ٢: ٣٥٢ (حجري)، تحرير الأحكام ٣: ١٥٨).

---

١. الحاوي الكبير ٧: ٣٨١، مختصر المزني: ١٣٦.

٢. التفريع ٢: ٢٠٣، المدوّنة الكبرىٰ ٥: ١٢، المعونة ٢: ١١٣٧ ـ ١١٣٨.

٣. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ١٥، عيون المجالس ٤: ١٧٩٥، ١٧٩٦، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٤٩.

٤. البيان للعمراني ٧: ٢٣٩، التهذيب للبغوي ٤: ٤١٦.

ومن أصله أنّ اليمين تجب علىٰ أقوىٰ المتداعيين شبهة[١].

وفروع هذا الباب كثيرة، لكنّ التي اشتهر الخلاف فيها بين الفقهاء هي هذه التي ذكرناها.

أحكام المساقاة الفاسدة

واتفقوا علىٰ أنّ المساقاة إذا وقعت علىٰ غير الوجه الذي جوّزها الشرع أنّها تنفسخ ما لم تفت بالعمل[٢].

واختلفوا إذا فاتت بالعمل ماذا يجب فيها؟ فقيل: إنّها تُردّ إلىٰ إجارة المثل في كلّ نوع من أنواع الفساد، وهو قياس قول الشافعي وقياس احدىٰ الروايتين عن مالك[٣]، وقيل: إنّها تُردّ إلىٰ مساقاة المثل بإطلاق، وهو قول ابن الماجشون وروايته عن مالك[٤]. وأمّا ابن القاسم فقال في بعضها: تُردّ إلىٰ مساقاة مثلها، وفي بعضها: إلىٰ إجارة المثل.

واختلف التأويل عنه في ذلك، فقيل في مذهبه: إنّها تُردّ إلىٰ إجارة المثل إلّا في أربعة مسائل فإنّها تُردّ إلىٰ مساقاة مثلها، إحداها: المساقاة في حائط فيه ثمر قد أطعم. والثانية: إذا اشترط المساقي علىٰ ربّ المال أن يعمل معه. والثالثة: المساقاة مع البيع في صفقة واحدة. والرابعة: إذا ساقاه في حائط سنة علىٰ الثلث وسنة علىٰ النصف[٥].

وقيل: إنّ الأصل عنده في ذلك أنّ المساقاة إذا لحقها الفساد من قبل ما دخلها من الإجارة الفاسدة، أو من بيع الثمر من قبل أن يبدو صلاحه، وذلك ممّا يشترطه أحدهما علىٰ صاحبه من زيادة رُدّ فيها إلىٰ أجرة المثل، مثل: أن يساقيه علىٰ أنّ يزيد أحدهما صاحبه دنانير أو دراهم؛ وذلك أنّ هذه الزيادة إن كانت من ربّ الحائط كانت إجارة فاسدة، وإن

---

١. الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٤٩.

٢. المقدّمات الممهّدات ٢: ٥٥٦.

٣. التهذيب للبغوي ٤: ٤٠٩، المقدّمات الممهّدات ٢: ٥٥٦.

٤. المقدّمات الممهّدات ٢: ٥٥٦ ـ ٥٥٧.

٥. المصدر السابق: ٥٥٧ ـ ٥٥٨.

كانت من العامل كانت بيع الثمرة قبل أن يخلق. وأمّا فساده من قبل الغرر مثل المساقاة علىٰ حوائط مختلفة فيُردّ إلىٰ مساقاة المثل. وهذا كلّه استحسان جارٍ علىٰ غير قياس. وفي المسألة قول رابع، وهو أنّه يُردّ إلىٰ مساقاة مثله ما لم يكن أكثر من الجزء الذي شرط عليه إن كان الشرط للمساقي، أو أقلّ إن كان الشرط للمساقي[1]*.

وهذا كافٍ بحسب غرضنا.

---

* المشهور عند الإماميّة أنّ كلّ موضع يحكم بفساد المساقاة فيه فللعامل أجرة المثل مع الجهل بالفساد، وظاهر الشهيد الثاني أنّ الواجب أقلّ الأمرين من الحصّة المشترطة وأجرة المثل. (الحدائق الناظرة ٢١: ٣٧٥، مسالك الأفهام ٥: ٥٦، ٥٧).

١. المقدّمات الممهّدات ٢: ٥٥٧ ـ ٥٥٨، وانظر: النوادر والزيادات ٧: ٣١٢ ـ ٣١٣. وفي المقدّمات: «... أو أقل إن كان الشرط للمساقىٰ».

كتاب الشركة

كتاب الشركة

والنظر في الشركة، في أنواعها، وفي أركانها الموجبة للصحّة في الأحكام. ونحن نذكر من هذه الأبواب ما اتّفقوا عليه، وما اشتهر الخلاف فيه بينهم علىٰ ما قصدناه في هذا الكتاب. والشركة بالجملة عند فقهاء الأمصار علىٰ أربعة أنواع: شركة العنان، وشركة الأبدان، وشركة المفاوضة، وشركة الوجوه. واحدة منها متّفق عليها، وهي شركة العنان[1] *، وإن كان بعضهم لم يعرف هذا اللّفظ، وإن كانوا اختلفوا في بعض شروطها علىٰ ما سيأتي بعد. والثلاثة مختلف فيها في بعض شروطها عند من اتّفق منهم عليها.

القول في شركة العنان

وأركان هذه الشركة ثلاثة:

الأوّل: محلّها من الأموال. والثاني: في معرفة قدر الربح من قدر المال المشترك فيه.

---

* أجمع فقهاء الإماميّة علىٰ صحة شركة العنان ـ وهي شركة الأموال ـ بل ادّعىٰ بعضهم إجماع المسلمين؛ واستدلّوا لها بالنصوص المستفيضة، منها الصحيح: عن الرجل يشارك في السلعة، قال: «إن ربح فله، وإن وضع فعليه». (تذكرة الفقهاء ١٦: ٣١١، ٣١٢، رياض المسائل ٩: ٥٧).

---

١. الافصاح ٢: ٣، تحفة الفقهاء ٣: ٧.

والثالث: في معرفة قدر العمل من الشريكين من قدر المال.

الركن الأول

فأمّا محلّ الشركة، فمنه ما اتّفقوا عليه، ومنه ما اختلفوا فيه. فاتّفق المسلمون على أنّ الشركة تجوز في الصنف الواحد من العين، أعني: الدنانير والدراهم، وإن كانت في الحقيقة بيعاً لاتقع فيه مناجزة، ومن شرط البيع في الذهب وفي الدراهم المناجزة، لكنّ الإجماع خصّص هذا المعنىٰ في الشركة[١]*. وكذلك اتّفقوا فيما أعلم على الشركة بالعرضين يكونان بصفة واحدة[٢]**.

واختلفوا في الشركة بالعرضين المختلفين وبالعيون المختلفة مثل الشركة بالدنانيز من أحدهما والدراهم من الآخر، وبالطعام الربوي إذا كان صنفاً واحداً. فهاهنا ثلاث مسائل:

---

* أجمع فقهاء الإماميّة علىٰ أنّه يجوز جعل رأس المال الدراهم والدنانير؛ لأنّهما أثمان الأموال والبياعات. ولم يزل الناس يشتركون فيهما من زمن النبي ﷺ إلىٰ وقتنا هذا، من غير أن ينكره أحد في صقع من الأصقاع أو عصر من الأعصار فكان إجماعاً. (رياض المسائل ٩: ٥٥، تذكرة الفقهاء ١٦: ٣٢٨).

** أجمع فقهاء الإماميّة علىٰ جواز الشركة في العروض بشرط حصول المزج الرافع للامتياز، هذا وقد منع الشيخ الطوسي منها في العروض التي لا مثل لها. (المبسوط ٢: ٣٤٦، تذكرة الفقهاء ٢: ٢٢١ حجري، رياض المسائل ٩: ٥٥).

---

١. المقدّمات الممهّدات ٣: ٤٤، المبسوط للسرخسي ١١: ١٧٣، الاشراف لابن المنذر ٢: ١٧، مختصر المزني: ١٠٩، المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٦٤.

٢. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٥٥ و٥٨، المقدّمات الممهّدات ٣: ٤٥. وانظر: العزيز شرح الوجيز ٥: ١٨٨، والمبسوط للسرخسي ١١: ١٧٥.

المسألة الأولىٰ

فأمّا إذا اشتركا في صنفين من العروض أو في عروض ودراهم أو دنانير، فأجاز ذلك ابن القاسم، وهو مذهب مالك. وقد قيل عنه: أنّه كره ذلك[١]؛ وسبب الكراهيّة اجتماع الشركة فيها والبيع، وذلك أن يكون العرضان مختلفين كأنّ كلّ واحد منهما باع جزءاً من عرضه بجزء من العرض الآخر[٢].

ومالك يعتبر في العروض إذا وقعت فيها الشركة القيم[٣]، والشافعي يقول: لاتنعقد الشركة إلّا علىٰ أثمان العروض[٤]، وحكىٰ أبو حامد: إنّ ظاهر مذهب الشافعي يشير إلىٰ أنّ الشركة مثل القراض لاتجوز إلّا بالدراهم والدنانير، قال: والقياس إنّ الإشاعة فيها تقوم مقام الخلط[٥]*.

المسألة الثانية

وأمّا إن كان الصنفان ممّا لاتجوز فيهما النساء مثل الشركة بالدنانير من عند أحدهما

---

* أجمع الإماميّة ـ كما ذكرنا ـ علىٰ جواز الشركة في العروض، بشرط حصول المزج الرافع للامتياز. ولحصول الشركة في الأعيان المختلفة الجنس، فقد ذكر غير واحد منهم: إنّه يبيع كلّ منهما نصف العين التي له بنصف العين التي لصاحبه أو نقلها إليه بوجه شرعي آخر، ثم يأذن كلّ منهما لصاحبه في التصرّف فيصيرا شريكين. (تذكر الفقهاء ١٦: ٣٢٧ ـ ٣٢٨، ٣٣٠، ٣٣٥، جواهر الكلام ٢٦: ٢٩٥ ـ ٢٩٦، مفتاح الكرامة ١٦: ٥٩٠).

---

١. المقدّمات الممهّدات ٣: ٤٤ ـ ٤٧، المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٥٥ و٥٦ و٦٥، التفريع ٢: ٢٠٦.

٢. المقدّمات الممهّدات ٣: ٤٤، المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٥٥.

٣. التفريع ٢: ٢٠٦، المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٥٥.

٤. المهذّب للشيرازي ٣: ٣٣٢، التهذيب للبغوي ٤: ١٩٦.

٥. الوجيز ١: ١٨٦، وانظر: الوسيط ٣: ٢٦١.

والدراهم من عند الآخر، أو بالطعامين المختلفين، فاختلف في ذلك قول مالك، فأجازه مرّة ومنعه مرّة؛ وذلك لما يدخل الشركة بالدراهم من عند أحدهما والدنانير من عند الآخر من الشركة والصرف معاً وعدم التناجز، ولما يدخل الطعامين المختلفين من الشركة وعدم التناجز، وبالمنع قال ابن القاسم[1]* ومن لم يعتبر هذه العلل أجازها.

المسألة الثالثة

وأمّا الشركة بالطعام من صنف واحد، فأجازها ابن القاسم قياساً علىٰ إجماعهم علىٰ جوازها في الصنف الواحد من الذهب أو الفضة. ومنعها مالك في أحد قوليه وهو المشهور بعدم المناجزة الذي يدخل فيه؛ إذ رأىٰ أنّ الأصل هو أن لايقاس علىٰ موضع الرخصة بالإجماع. وقد قيل: إنّ وجه كراهية مالك لذلك أنّ الشركة تفتقر إلى الإستواء في القيمة، والبيع يفتقر إلى الإستواء في الكيل فافتقرت الشركة بالطعامين من صنف واحد إلىٰ استواء القيمة والكيل؛ وذلك لايكاد يوجد. فكره مالك ذلك[2]**. فهذا هو اختلافهم في جنس محلّ الشركة.

واختلفوا هل من شرط مال الشركة أن يختلطا إمّا حسّاً وإمّا حكماً؟ مثل: أن يكونا في صندوق واحد وأيديهما مطلقة عليهما، وقال الشافعي: لاتصحّ الشركة حتّىٰ يخلطا ماليهما

---

* ذكر فقهاء الإماميّة أنّ ضابط الامتزاج عدم التميّز؛ ولذا فإنّ الاتفاق في الجنس والصفة معتبر، فلو تخلّف أحدهما تحقق الامتياز، فلا شركة. فلا يكفي مزج الحنطة بالشعير، والدخن بالسمسم، وإن عسر التخليص، والدراهم بالدنانير، ونحو ذلك. (مسالك الأفهام ٤: ٣٠٥، جواهر الكلام ٢٦: ٢٩١ ـ ٢٩٢، مفتاح الكرامة ١٦: ٥٨٧ ـ ٥٨٩).

** مرّ قريباً رأي الإماميّة.

---

١. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٦٤، المقدّمات الممهّدات ٣: ٤٥، ٤٦، ٤٧، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٩١.

٢. المقدّمات الممهّدات ٣: ٤٥ و٤٧، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٩٠.

خلطاً لايتميّز به مال أحدهما من مال الآخر[١]*. وقال أبو حنيفة: تصحّ الشركة وإن كان مال كلّ واحد منهما بيده[٢]. فأبو حنيفة اكتفىٰ في انعقاد الشركة بالقول. ومالك اشترط إلىٰ ذلك اشتراك التصرّف في المال[٣]. والشافعي اشترط إلىٰ هذين الاختلاط. والفقه أنّ بالاختلاط يكون عمل الشريكين أفضل وأتمّ؛ لأنّ النصح يوجد منه لشريكه كما يوجد لنفسه. فهذا هو القول في هذا الركن وفي شروطه.

فأمّا الركن الثاني

وهو وجه اقتسامهما الربح، فإنّهم اتفقوا علىٰ أنّه إذا كان الربح تابعاً لرؤوس الأموال، أعني: إن كان أصل مال الشركة متساويين كان الربح بينهما نصفين[٤]**.

واختلفوا هل يجوز أن يختلف رؤوس أموالهما ويستويان في الربح؟ فقال مالك والشافعي: ذلك لايجوز[٥]. وقال أهل العراق: يجوز ذلك[٦]***.

---

* أجمعت الإماميّة علىٰ أنّه لاتصحّ الشركة إلّا بمزج المالين وعدم الامتياز بينهما. (تذكرة الفقهاء ١٦: ٣٣١، مسالك الأفهام ٤: ٣٠٥، رياض المسائل ٩: ٥٥).

** أجمعت الإماميّة علىٰ أنّ الشريكين يتساويان في الربح والخسارة، مع تساوي المشترك بينهما. (جواهر الكلام ٢٦: ٣٠٠، مسالك الأفهام ٤: ٣١١).

*** للإمامية أقوال في المقام:

الأوّل: الجواز مع العمل من أحدهما أو كلاهما. ذهب إليه المرتضىٰ، والعلامة، ←

---

١. مختصر المزني: ١٠٩، الاشراف لابن المنذر ١: ٦١.

٢. المبسوط للسرخسي ١١: ١٦٥، مختصر القدوري: ١١١.

٣. الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٩٠، المقدّمات الممهّدات ٣: ٤١ و٤٢.

٤. التفريع ٢: ٢٠٥، المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٦٢، تحفة الفقهاء ٣: ٧، المهذّب للشيرازي ٣: ٣٣٥.

٥. التفريع ٢: ٢٠٥، التهذيب للبغوي ٤: ١٩٧، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٩١، المهذّب للشيرازي ٣: ٣٣٥.

٦. المبسوط للسرخسي ١١: ١٦٩، تحفة الفقهاء ٣: ٧.

وعمدة من منع ذلك أنّ تشبيه الربح بالخسران؛ فكما أنّه لو اشترط أحدهما جزءاً من الخسران لم يجز، كذلك إذا اشترط جزءاً من الربح خارجاً عن ماله، وربّما شبّهوا الربح بمنفعة العقار الذي بين الشريكين، أعني: أنّ المنفعة بينهما تكون علىٰ نسبة أصل الشركة[1].

وعمدة أهل العراق تشبيه الشركة بالقراض؛ وذلك لمّا جاز في القراض أن يكون للعامل من الربح ما اصطلحا عليه والعامل ليس يجعل مقابله إلّا عملاً فقط، كان في الشركة أحرىٰ أن يجعل للعامل جزء من المال إذا كانت الشركة مالاً من كلّ واحد منهما وعملاً، فيكون ذلك الجزء من الربح مقابلاً لفضل عمله علىٰ عمل صاحبه؛ فإنّ الناس يتفاوتون في العمل كما يتفاوتون في غير ذلك[2].

← وفخرالمحققين، وهو ظاهر ابن الجنيد لعموم «أوفوا بالعقود».

الثاني: بطلان الشركة. وهو قول الشيخ الطوسي في المبسوط والخلاف، واختاره ابن إدريس، والمحقّق الحلّي؛ لانتفاء دليل يدلّ على الصحّة. ولأنّه أكل مال بالباطل؛ لأنّ الزيادة ليس في مقابلها عوض.

الثالث: صحّة الشركة دون الشرط. وهو قول أبي الصلاح؛ حيث جعل شرط الزيادة إباحة لها، يجوز الرجوع فيها ما دامت عينها باقية، وهو مبني علىٰ أنّ الشرط الفاسد لايفسد العقد.

وقال البحراني: الظاهر أنّ محل الخلاف هنا: ما لو شرط الزيادة مع عدم زيادة عمل له يقابل تلك الزيادة. أمّا لو كان له عمل زائد يقابلها، فالظاهر أنّه لا خلاف في جواز العقد وصحّة الشرط. قال العلّامة في التذكرة: لو اختص أحدهما بمزيد عمل وشرط مزيد ربح له صحّ عندنا... هذا فيما لو عملا معاً. أمّا لو كان العامل أحدهما مع شرط الزيادة للعامل فالظاهر أنّه لا إشكال في صحّته. (الحدائق الناضرة ٢١: ١٦٣ ـ ١٦٥، جامع المقاصد ٨: ٢٤ و٢٥، مفتاح الكرامة ١٦: ٥٩٩ـ٦٠١).

---

١. المعونة ٢: ١١٤٦، المهذّب للشيرازي ٣: ٣٣٥.

٢. المبسوط للسرخسي ١١: ١٧٠، تحفة الفقهاء ٣: ٧و٨.

وأمّا الركن الثالث

الذي هو العمل، فإنّه تابع كما قلنا عند مالك للمال فلايعتبر بنفسه، وهو عند أبي حنيفة يعتبر مع المال[١]*. وأظنّ أنّ من العلماء من لايجيز الشركة إلّا أن يكون مالاهما متساويين التفاتاً إلى العمل، فإنّهم يرون أن العمل في الغالب مستو فإذا لم يكن المال بينهما على التساوي كان هنالك غبن علىٰ أحدهما في العمل**.

ولهذا قال ابن المنذر: «أجمع العلماء علىٰ جواز الشركة التي يخرج فيها كلّ واحد من الشريكين مالاً مثل مال صاحبه من نوعه ـ أعني: دراهم أو دنانير ـ ثمّ يخلطانهما حتىٰ يصيرا مالاً واحداً لايتميّز، علىٰ أن يبيعا ويشترط ما رأيا من أنواع التجارة، وعلىٰ أن ما كان من فضل فهو بينهما بنصفين، وما كان من خسارة فهو كذلك، وذلك إذا باع كل واحد منهما بحضرة صاحبه»[٢].

واشتراطه هذا الشرط يدل علىٰ أنّ فيه خلافاً. والمشهور عند الجمهور أنّه ليس من شرط الشركاء أن يبيع كل واحد منهما بحضرة صاحبه[٣]***.

---

* ذكر غير واحد من فقهاء الإماميّة: إنّ المعتبر في الربح المال، والعمل تابع، فلا يضرّ اختلافه. (تذكرة الفقهاء ١٦: ٣٣٧، مسالك الأفهام ٤: ٣١١، رياض المسائل ٩: ٦٠).

** لايشترط التساوي قدراً إجماعاً عند الإماميّة. (تذكرة الفقهاء ٢: ٢٢٢ (حجري)، جامع المقاصد ٨: ٢٠، مسالك الأفهام ٤: ٣١١).

*** وهو رأي فقهاء الإماميّة. (أنظر: كتاب الخلاف ٣: ٣٢٧، تحرير الأحكام ٣: ٢٢٧، رياض المسائل ٩: ٦٣).

---

١. أنظر: الهامشين السابقين.

٢. أنظر: الاشراف لابن المنذر ٢: ١٧.

٣. أنظر: تحفة الفقهاء ٣: ٨، التهذيب للبغوي ٤: ١٩٦، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٩٢.

القول في شركة المفاوضة

واختلفوا في شركة المفاوضة، فاتفق مالك وأبو حنيفة بالجملة علىٰ جوازها[١]، وإن كان اختلفوا في بعض شروطها، وقال الشافعي: لاتجوز[٢]*، ومعنى شركة المفاوضة: أن يفوِّض كلّ واحد من الشريكين إلىٰ صاحبه التصرّف في ماله مع غيبته وحضوره، وذلك واقع عندهم في جميع أنواع الممتلكات[٣]**.

وعمدة الشافعي أنّ اسم الشركة إنّما ينطلق علىٰ اختلاط الأموال، فإنّ الأرباح فروع،

---

* لاتصحّ عند الإماميّة شركة المفاوضة؛ لعدم الدليل عليها، وعدم وجود أصل لها في الشرع، بل وقيام الإجماع بقسميه علىٰ فسادها. (جواهر الكلام ٢٦: ٢٩٨، مسالك الأفهام ٤: ٣٠٩، رياض المسائل ٩: ٥٩).

** ذكر فقهاء الإماميّة أن شركة المفاوضة هي أن يشترط شخصان فصاعداً بعقد لفظيّ علىٰ أن يكون بينهما ما يكتسبان ويربحان ويلتزمان من غُرم ويحصل لهما من غنم. فيلتزم كل منهما للآخر مثل ما يلتزمه من إرش جناية، وضمان غصب، وقيمة متلف، وغرامة ضمان وكفالة، ويقاسمه فيما يحصل له من ميراث، أو يجده من لقطة وركاز، ويكتسبه في تجارة، ونحو ذلك، ولايستثنيان من ذلك إلّا قوت يوم وثياب بدن وجارية يتسرّىٰ بها. (رياض المسائل ٩: ٥٨ ـ ٥٩، مسالك الأفهام ٤: ٣٠٩، مفتاح الكرامة ١٦: ٥٨٢).

---

١. المقدّمات الممهّدات ٣: ٣٦، المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٦٨، المبسوط للسرخسي ١١: ١٦٤، مختصر اختلاف العلماء ٤: ١٥.

٢. الأم ٣: ٢٦٥، مختصر المزني: ١٠٩.

٣. المقدّمات الممهّدات ٣: ٣٥ و٣٦، المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٦٨، مختصر اختلاف العلماء ٤: ١٥، المهذّب للشيرازي ٣: ٣٣٦.

ولايجوز أن تكون الفروع مشتركة إلّا بإشتراك أصولها، وأمّا إذا اشترط كلّ واحد فهما ربحاً لصاحبه في ملك نفسه فذلك من الغرر وممّا لايجوز، وهذه صفة شركة المفاوضة[١]. وأمّا مالك فيرىٰ أنّ كلّ واحد منهما قد باع جزءاً من ماله بجزء من مال شريكه، ثمّ وكّل واحد منهما صاحبه على النظر في الجزء الذي بقي في يده[٢].

والشافعي يرىٰ أنّ الشركة ليست هي بيعاً ووكالة. وأمّا أبو حنيفة فهو ههنا علىٰ أصله في أنّه لايراعىٰ في شركة العنان إلّا النقد فقط. وأمّا ما يختلف فيه مالك وأبو حنيفة من شروط هذه الشركة، فإنّ أبا حنيفة يرىٰ من شرط المفاوضة التساوي في رؤوس الأموال[٣]. وقال مالك: ليس من شرطها ذلك تشبيهاً بشركة العنان[٤]، وقال أبو حنيفة: لايكون لأحدهما شيء إلّا أن يدخل في الشركة. وعمدتهم أنّ اسم المفاوضة يقتضي هذين الأمرين، أعني تساوي المالين وتعميم ملكهما[٥].

القول في شركة الأبدان

وشركة الأبدان بالجملة عند أبي حنيفة والمالكية جائزة[٦]، ومنع منها الشافعي[٧]*.

---

* أجمعت الإماميّة علىٰ بطلان شركة الأبدان؛ لأنّ كل واحد منهما متميز ببدنه ومنافعه، مختصّ بفوائده، ولأنّها شركة علىٰ غير مال فلا يصحّ، ولأنّ الأصل استحقاق كل واحد منهما أجرة عمله واختصاصه بها ونقله عنه يحتاج إلىٰ دليل ولم يقم. (تذكرة الفقهاء ١٦: ٣١٢ ـ ٣١٣، جواهر الكلام ٢٦: ٢٩٦ ـ ٢٩٧).

---

١. الوسيط ٣: ٢٦٢، البيان للعمراني ٦: ٣٣٦.

٢. المقدّمات الممهّدات ٣: ٣٦، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٩٢.

٣. المبسوط للسرخسي ١١: ١٦٥، تحفة الفقهاء ٣: ٩.

٤. الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٠٥، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٩٢.

٥. المبسوط للسرخسي ١١: ١٦٥، مختصر القدوري: ١١٠.

٦. المبسوط للسرخسي ١١: ١٦٧، المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٤٢، تحفة الفقهاء ٣: ١١، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٠٤.

٧. الاشراف لابن المنذر ٢: ١٨، المهذّب للشيرازي ٣: ٣٣٥.

وعمدة الشافعية أنّ الشركة إنّما تختص بالأموال لا بالأعمال؛ لأنّ ذلك لاينضبط فهو غرر عندهم، إذ كان عمل كل واحد منهما مجهولاً عند صاحبه[١]. وعمدة المالكية اشتراك الغانمين في الغنيمة؛ وهم إنّما استحقوا ذلك بالعمل، وما روي من أنّ ابن مسعود شارك سعداً يوم بدر، فأصاب سعد فرسين ولم يصب ابن مسعود شيئاً، فلم ينكر النبي ﷺ عليهما. وأيضاً فإنّ المضاربة إنّما تنعقد على العمل فجاز أن تنعقد عليه الشركة[٢]، وللشافعي أنّ المضاربة خارجة عن الأصول فلا يقاس عليها، وكذلك يشبه أن يكون الغنيمة خارجاً عن الشركة[٣]. ومن شرطها عند مالك اتفاق الصنعتين والمكان[٤]، أو قال أبو حنيفة: تجوز مع اختلاف الصنعتين، فيشترك عنده الدبّاغ والقصّار[٥]، ولا يشتركان عند مالك. وعمدة مالك زيادة الغرر الذي يكون عند اختلاف الصنعتين أو اختلاف المكان. وعمدة أبي حنيفة جواز الشركة على العمل[٦].

القول في شركة الوجوه

وشركة الوجوه عند مالك والشافعي باطلة[٧]*. وقال أبو حنيفة: جائزة[٨]. وهذه الشركة

* أجمعت الإماميّة على بطلان شركة الوجوه؛ للأصل، وحديث نفي الغرر والضرر، مع عدم دليل على الصحة من كتاب أو سنّة، سوى الأمر بالوفاء بالعقود والشروط، وهو ليس على ظاهره في الشركة؛ لأنّها من العقود الجائزة. (رياض المسائل ٩: ٥٨، مفتاح الكرامة ١٦: ٥٨٣).

١. الوسيط ٣: ٢٦٢، البيان للعمراني ٦: ٣٣٥.

٢. المقدّمات الممهّدات ٣: ٣٨.

٣. أنظر: المعونة ٢: ١١٤٨، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٠٤.

٤. المدوّنة الكبرى ٥: ٤٢.

٥. مختصر اختلاف العلماء ٤: ١٠.

٦. المبسوط للسرخسي ١١: ١٦٧.

٧. المعونة ٢: ١١٤٤، المدوّنة الكبرى ٥: ٤٠، الوسيط ٣: ٢٦٣، البيان للعمراني ٦: ٣٣٧.

٨. مختصر اختلاف العلماء ٤: ٩، المبسوط للسرخسي ١١: ١٦٦.

هي الشركة على الذمم من غير صنعة ولا مال[١].

وعمدة مالك والشافعي أنّ الشركة إنّما تتعلّق على المال أو على العمل، وكلاهما معدومان في هذه المسألة، مع ما في ذلك من الغرر؛ لأنّ كل واحد منهما عاوض صاحبه بكسب غير محدود بصناعة ولا عمل مخصوص[٢]. وأبو حنيفة يعتمد أنّه عمل من الأعمال فجاز أن تنعقد عليه الشركة[٣].

القول في أحكام الشركة الصحيحة

وهي من العقود الجائزة لا من العقود اللازمة: أي لأحد الشريكين أن ينفصل من الشركة متىٰ شاء[٤]*. وهي عقد غير موروث[٥]**.

ونفقتهما وكسوتهما من مال الشركة إذا تقاربا في العيال ولم يخرجا عن نفقة مثلهما[٦].

---

* أجمعت الإماميّة علىٰ كونها جائزة ولكل من الشريكين فسخها؛ واستدلّوا ـ مضافاً للإجماع ـ بعدم الخلاف في أنّها في معنى الوكالة، وهي جائزة فتكون هي جائزة أيضاً. (رياض المسائل ٩: ٦٣، مسالك الأفهام ٤: ٣١٥ ـ ٣١٦، مفتاح الكرامة ١٦: ٥٩٦).

** وهو رأي فقهاء الإماميّة أيضاً. (مفتاح الكرامة ١٦: ٥٩٦، رياض المسائل ٩: ٦٣، ٢٤٣، تحرير الاحكام ٣: ٢٣١).

---

١. المقدّمات الممهّدات ٣: ٣٩.

٢. البيان للعمراني ٦: ٣٣٧، المقدّمات الممهّدات ٣: ٣٩.

٣. أنظر: المبسوط للسرخسي ١١: ١٦٦، ١٦٧.

٤. المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٢، الوسيط ٣: ٢٦٧، التهذيب للبغوي ٤: ٢٠٣.

٥. عقد الجواهر الثمينة ٢: ٨٢٣، التهذيب للبغوي ٤: ٢٠٣.

٦. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٦٨، البيان والتحصيل ١٢: ١٤ و١٥.

ويجوز لأحد الشريكين أن يبضع وأن يقارض وأن يودع إذا دعت إلىٰ ذلك ضرورة[١]*.

ولايجوز له أن يهب شيئاً من مال الشركة ولا أن يتصرّف فيه إلّا تصرّفاً يرىٰ أنّه نظر لهما[٢]**.

وأمّا من قصّر في شيء أو تعدّىٰ فهو ضامن، مثل: أن يدفع مالاً من التجارة فلا يشهد

---

* ذكر غير واحد من فقهاء الإماميّة أنّه ليس له أن يشارك بمال الشركة ولايدفعه مضاربة؛ لأنّ ذلك يثبت في المال حقوقاً ويستحق غير المالك ربحه وليس له ذلك إلّا بإذن رب المال، ولأنّ المضاربة ليست من توابع التجارة ولايتناولها الإطلاق. وذكر البعض أنّ ذلك جائز إذا اقتضت المصلحة ولم يتيسر استئذان المالك. (تذكرة الفقهاء ١٦: ٣٦٩، مسالك الأفهام ٤: ٣١٤ ـ ٣١٥، مفتاح الكرامة ١٦: ٥٩٥).

** ذكر بعض فقهاء الإماميّة أنّه لو حطّ من الثمن شيئاً أو أسقط ديناً لهما عن غيرهما لزم في حقه وبطل في حق شريكه؛ لأنّ ذلك تبرّع والمتبرّع يمضي في حصّته دون شريكه... وليس له أن يقرض ولا يحابي، لأنّه تبرّع... وليس له أن يودع إلّا مع الحاجة، لأنّه ليس من الشركة وفيه غرر. وأمّا مع الحاجة فإنّه من ضرورة الشركة... ولو قال له: اعمل برأيك، جاز أن يعمل كلّ ما يصلح في التجارة من الابضاع، والمضاربة بالمال، والمشاركة، وخلطه بماله، والسفر، والايداع، والبيع نسيئة، والرهن والارتهان، والاقالة، ونحو ذلك، لأنّه فوّض إليه الرأي في التصرّف الذي يقتضيه الشركة فجاز له كلّ ما هو من التجارة، فأمّا ما يكون تمليكاً بغير عوض كالهبة، والحطيطة لغير فائدة، والقرض، والعتق، ومكاتبة الرقيق وتزويجه، فلايفعله إلّا باذن؛ لأنّه إنّما فوض إليه العمل برأيه في التجارة، وليس ذلك منها. (تذكرة الفقهاء ١٦: ٣٧٠ ـ ٣٧٢، تحرير الأحكام ٣: ٢٢٩ ـ ٢٣٠).

---

١. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٧٥، تحفة الفقهاء ٣: ٩، البيان للعمراني ٦: ٣٣٢.

٢. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٧٩، عقد الجواهر الثمينة ٢: ٨٢٢، تحفة الفقهاء ٣: ٩، الحاوي الكبير ٦: ٤٨٢.

وينكره القابض فإنّه يضمن؛ لأنّه قصّر إذ لم يشهد[١]*. وله أن يقبل الشيء المعيب في الشراء[٢].

وإقرار أحد الشريكين في مال لمن يتّهم عليه لايجوز[٣]**. وتجوز إقالته وتوليته[٤]***.

ولايضمن أحد الشريكين ما ذهب من مال التجارة باتفاق[٥]****.

ولايجوز للشريك المفاوض أن يقارض غيره إلّا بإذن شريكه، ويتنزل كلّ واحد منهما منزلة صاحبه فيما له وفيما عليه في مال التجارة[٦]*****. وفروع هذا الباب كثيرة.

---

* أجمعت الإماميّة على أنّه يضمن مع التعدي. (رياض المسائل ٩: ٦٤ ـ ٦٥، وانظر: تحرير الأحكام ٣: ٢٣٢).

** ذكر بعض فقهاء الإماميّة أنّه ليس له أن يقرّ على مال الشركة. فإنّ فعل لزم في حقّه دون صاحبه، سواء أقرّ بدين أو عين؛ لأنّ شريكه إنّما أذن له في التجارة والإقرار ليس منها. (تذكر الفقهاء ١٦: ٣٧٠، تحرير الأحكام ٣: ٢٣٠).

*** ذكر بعض فقهاء الإماميّة أنّ له الاقالة؛ لأنّها إمّا بيع عند جماعة من أهل السنّة وهو يملك البيع، أو فسخ عندنا وهو يملك الفسخ. (تذكرة الفقهاء ١٦: ٣٧١، تحرير الأحكام ٣: ٢٣٠).

**** أجمعت الإماميّة على أنّه لا ضمان على أحد الشركاء ما لم يكن التلف بتعدٍ أو تفريط؛ لأنّه أمين. (رياض المسائل ٩: ٦٤ ـ ٦٥، تحرير الأحكام ٣: ٢٣٢).

***** ذكر غير واحد من الإماميّة أنّه إذا حصل الإذن عاماً من كلّ واحد منهما، تصرف بحسبه في مال شريكه كما يتصرف الوكيل في مال موكله. (تذكرة الفقهاء ١٦: ٣٥٠، تحرير الأحكام ٣: ٢٢٩ ـ ٢٣٠).

---

١. المدوّنة الكبرى ٥: ٧٦.

٢. المصدر السابق: ٨٢.

٣. المصدر نفسه: ٨٣.

٤. المصدر نفسه.

٥. الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٩٢.

٦. المدوّنة الكبرى ٥: ٧٨.

كتاب الشفعة

كتاب الشفعة

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلّى الله علىٰ سيّدنا محمّد وآله وصحبه وسلّم تسليماً

والنظر في الشفعة أوّلاً في قسمين:

القسم الأوّل: في تصحيح هذا الحكم، وفي أركانه.

القسم الثاني: في أحكامه.

القسم الأول

فأمّا وجوب الحكم بالشفعة، فالمسلمون متّفقون عليه؛ لما ورد في ذلك من الأحاديث الثابتة[1]*، إلّا ما يُتأمّل علىٰ من لا يرىٰ بيع الشقص المشاع[2].

وأركانها أربعة: الشافع، والمشفوع عليه، والمشفوع فيه، وصفة الأخذ بالشفعة.

---

* وكذا أجمع فقهاء الإماميّة علىٰ ذلك؛ واحتجّوا بالإجماع والسنّة المتواترة من كلا الطريقين. (رياض المسائل ١٢: ٢٩٨، جواهر الكلام ٣٧: ٢٣٧).

---

١. الإفصاح ٢: ٢٨، المحلّىٰ بالآثار ٩: ٨٢، الموطأ ٢: ٧١٣، الحاوي الكبير ٧: ٢٢٧، المغني لابن قدامة ٥: ٤٥٩.

٢. مراتب الإجماع: ٩٠، المحلّىٰ بالآثار ٩: ٨٣، ٨٥.

الركن الأول

وهو الشافع، ذهب مالك[١] والشافعي[٢] وأهل المدينة[٣]* إلى أنْ لا شفعة إلّا للشريك ما لم يقاسم. وقال أهل العراق: الشفعة مرتّبة، فأولى الناس بالشفعة الشريك الذي لم يقاسم، ثمّ الشريك المقاسم إذا بقيت في الطرق أو في الصحن شركة، ثمّ الجار الملاصق[٤]. وقال

---

* أجمعت الإماميّة علىٰ أنّه لا شفعة في الأرض المقسومة؛ للنصوص المستفيضة أو المتواترة المروية من الطريقين، منها: قوله ﷺ: «لاتكون الشفعة إلّا لشريكين ما لم يتقاسما». كما أجمعوا علىٰ ثبوت الشفعة في الأرض المقسومة بالاشتراك في الطريق إذا بيعت معه.

واحتجّوا بالأخبار، منها: عن منصور بن حازم أنّه قال: سألت أبا عبدالله ﷺ عن دار فيها دور وطريقهم واحد في عرصة الدار، فباع بعضهم منزله من رجل، هل لشركائه في الطريق أن يأخذوا بالشفعة؟ فقال: «إن كان باع الدار وحوّل بابها إلى طريق غير ذلك فلا شفعة لهم، وإن باع الطريق مع الدار فلهم الشفعة».

وظاهر معظم فقهائهم هو إلحاق الشرب بالطريق في الحكم المذكور، إلّا أنّه اقتصر بعضهم علىٰ ذكر الطريق ولم يذكروا الشرب معه. (جواهر الكلام ٣٧: ٢٥٧، ٢٥٨، ٢٦٤، الخلاف ٣: ٤٢٧، ٤٢٩، مهذّب الاحكام ١٨: ١٣٠ـ١٣٢، تذكرة الفقهاء ١٢: ٢٠٩ ـ ٢١٠).

---

١. الموطّأ ٢: ٧١٤ كتاب الشفعة، باب ما تقع فيه الشفعة، المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٤٠١، ٤٠٢، الكافي في فقه أهل المدينة: ٤٣٦، الاستذكار ٢١: ٢٦٢ ـ ٢٦٣.

٢. الأم ٤: ٥، الحاوي الكبير ٧: ٢٢٨، المهذّب للشيرازي ٣: ٤٤٧ ـ ٤٤٨.

٣. الكافي في فقه أهل المدينة: ٤٣٦، المقدّمات الممهّدات ٣: ٦١، الاستذكار ٢١: ٢٦٤.

٤. الهداية للمرغيناني ٤: ٣٤٩، بدائع الصنائع ٦: ٩٠، مختصر اختلاف العلماء ٤: ٢٣٩.

أهل المدينة: لا شفعة للجار ولا للشريك المقاسم[١].

وعمدة أهل المدينة مرسل مالك عن ابن شهاب عن أبي سلمة بن عبدالرحمن، وسعيد بن المسيّب «أنّ رسول الله ﷺ قضىٰ بالشفعة فيما لم يقسم بين الشركاء، فإذا وقعت الحدود بينهم فلا شفعة»[٢]. وحديث جابر أيضاً «أنّ رسول الله ﷺ قضىٰ بالشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة» أخرجه مسلم والترمذي وأبو داود[٣].

وكان أحمد بن حنبل يقول: حديث معمّر عن الزهري عن أبي سلمة بن عبدالرحمن أصحّ ما روي في الشفعة[٤]. وكان ابن معين يقول: مرسل مالك أحب إليّ[٥]؛ إذ كان مالك إنّما رواه عن ابن شهاب موقوفاً.

وقد جعل قوم هذا الاختلاف على ابن شهاب في إسناده توهيناً له، وقد روي عن مالك في غير الموطّأ عن ابن شهاب عن أبي هريرة[٦].

ووجه استدلالهم من هذا الأثر ما ذكر فيه من أنّه إذا وقعت الحدود فلا شفعة؛ وذلك أنّه إذا كانت الشفعة غير واجبة للشريك المقاسم، فهي أحرى أن لاتكون واجبة للجار[٧]. وأيضاً فإنّ الشريك المقاسم هو جار إذا قاسم[٨].

---

١. المقدّمات الممهّدات ٣: ٦١، كتاب الحجة على أهل المدينة ٣: ٦٧.

٢. الموطّأ ٢: ٧١٣ كتاب الشفعة، باب ما تقع فيه الشفعة، الحديث ١، شرح معاني الآثار ٤: ١٢١، كتاب الشفعة، باب الشفعة بالجوار.

٣. صحيح البخاري ٣: ١٧٩، باب الشفعة فيما لم يقسم...، الحديث ١، سنن الترمذي ٣: ٦٥٢ـ٦٥٣، كتاب الاحكام، باب ما جاء إذا حدّت الحدود ووقعت السهام فلا شفعة، الحديث ١٣٧٠، سنن أبي داود ٣: ٢٨٥، باب في الشفعة، الحديث ٣٥١٤، بتفاوت يسير، صحيح مسلم ٣: ١٢٢٩، كتاب المساقاة، باب الشفعة، الحديث ١٦٠٨/١٣٤.

٤. الاستذكار ٢١: ٢٦٤، وفيه وفي مسند أحمد ٤: ٢٢٢، الحديث ١٣٧٤٣، عن أبي سلمة عن جابر...

٥. الاستذكار ٢١: ٢٦٤، التمهيد ٧: ٤٥.

٦. الاستذكار ٢١: ٢٦١ ـ ٢٦٢، التمهيد ٧: ٣٧ ـ ٣٨، مختصر اختلاف العلماء ٤: ٢٣٩.

٧. المقدّمات الممهّدات ٣: ٦١ ـ ٦٤، الاستذكار ٢١: ٢٦٥.

٨. المقدّمات الممهّدات ٨: ٦١ ـ ٦٤.

وعمدة أهل العراق حديث أبي رافع عن النبي ﷺ أنّه قال: «الجار أحقّ بصقبه»[١ و٢]، وهو حديث متفق عليه[٣].

وأخرج الترمذي وأبو داود عنه عليه الصلاة والسلام أنّه قال: «جار الدار أحقّ بدار الجار» وصحّحه الترمذي[٤].

ومن طريق المعنى لهم أيضاً أنّه لمّا كانت الشفعة إنّما كان المقصود منها دفع الضرر الداخل من الشركة، وكان هذا المعنى موجوداً في الجار وجب أن يلحق به[٥]. ولأهل المدينة أن يقولوا: وجود الضرر في الشركة أعظم منه في الجوار.

وبالجملة؛ فعمدة المالكية أنّ الأصول تقتضي أن لايخرج ملك أحد من يده إلّا برضاه، وأنّ من اشترى شيئاً فلايخرج من يده إلّا برضاه، حتى يدلّ الدليل على التخصيص[٦]. وقد تعارضت الآثار في هذا الباب؛ فوجب أن يرجّح ما شهدت له الأصول. ولكلا القولين سلف متقدم لأهل العراق من التابعين ولأهل المدينة من الصحابة،

الركن الثاني

وهو المشفوع فيه. اتفق المسلمون على أنّ الشفعة واجبة في الدور والعقار والأرضين

---

١. بدائع الصنائع ٦: ٩٣ ـ ٩٤.

٢. صحيح البخاري ٩: ٥٠، كتاب الحيل، باب في الهبة والشفعة، الحديث ٢٤، سنن أبي داود ٣: ٢٨٦، كتاب البيوع، باب في الشفعة، الحديث ٣٥١٦.

٣. في الهداية في تخريج أحاديث البداية ٧: ٥٤٣: «قلت: ليس كذلك فمسلم لم يخرجه...».

٤. سنن الترمذي ٣: ٦٥٠ كتاب الأحكام، باب ما جاء في الشفعة، الحديث ١٣٦٨، وفيه: «جار الدار أحقّ بالدار»، سنن أبي داود ٣: ٢٨٦ كتاب البيوع، باب في الشفعة الحديث ٣٥١٧، وفيه: «جار الدار أحقّ بدار الجار أو الأرض».

٥. بدائع الصنائع ٦: ٩٧ ـ ١٠٠.

٦. الاستذكار ٢١: ٢٦٧.

كلّها[1]*. واختلفوا فيما سوى ذلك، فتحصيل مذهب مالك أنّها في ثلاثة أنواع:

أحدها: مقصود، وهو العقار من الدور والحوانيت والبساتين.

الثاني: ما يتعلّق بالعقار مما هو ثابت لاينقل ولايحوّل، وذلك كالبئر ومحال النخل، ما دام الأصل فيها علىٰ صفة تجب فيها الشفعة عنده، وهو أن يكون الأصل الذي هو الأرض مشاعاً بينه وبين شريكه غير مقسوم.

الثالث: ما تعلق بهذه كالثمار**، وفيها عنه خلاف، وكذلك كراء الأرض للزرع وكتابة

---

* أجمع فقهاء الإماميّة علىٰ أنّ الشفعة تثبت في الأرضين، كالمساكن والعراص والبساتين القابلة للقسمة.

واحتجّوا بالإجماع والأخبار المستفيضة.

منها: ما عن الصادق عليه السلام قال: «قضىٰ رسول الله صلى الله عليه وآله بالشفعة بين الشركاء في الأرضين والمساكن».

وأمّا ما لايقبل القسمة، فعن جماعة من قدمائهم ثبوت الشفعة فيه أيضاً، ولكنّ المشهور بينهم عدم ثبوتها فيه. (جواهر الكلام ٣٧: ٢٤١، مهذّب الاحكام ١٨: ١٢٦، مسالك الأفهام ١٢: ٢٦١، فقه الصادق ١٨: ٣٣٢).

** لا خلاف بين فقهاء الإماميّة في عدم ثبوت الشفعة في الثمرة سواء كانت مؤبرة أو غير مؤبرة، حتىٰ وإن بيعت علىٰ رؤوس النخل أو الشجر منضمة إلى الأصل وإلى الأرض؛ لأنّها صارت من المنقول، وأنّه لايراد دوامها؛ لأنّ لها أمداً معيّناً يُنتظر، ولأنّها لاتدخل في مفهوم البستان، خلافاً للشيخ الطوسي في المبسوط فأثبت الشفعة فيها وفي الزرع. (جواهر الكلام ٣٧: ٢٥٧، مفتاح الكرامة ١٤: ٢٤٥).

---

١. الإجماع لابن المنذر: ١٦٤، الكافي في فقه أهل المدينة: ٤٣٦، الحاوي الكبير ٧: ٢٢٧.

المكاتب[١]. واختلف عنه في الشفعة في الحمّام والرحا*، وأمّا ما عدا هذا من العروض والحيوان فلا شفعة فيها عنده، وكذلك لا شفعة عنده في الطريق ولا في عرصة الدار[٢].

واختلف عنه في اكرية الدور وفي المساقاة وفي الدين، هل يكون الذي عليه الدين أحقّ به؟ وكذلك الذي عليه الكتابة، وبه قال عمر بن عبدالعزيز[٣].

وروي أنّ رسول الله ﷺ قضىٰ بالشفعة في الدين[٤]، وبه قال أشهب من أصحاب مالك. وقال ابن القاسم: لا شفعة في الدين. ولم يختلفا في إيجابها في الكتابة؛ لحرمة العتق[٥].

وفقهاء الأمصار على أن لا شفعة إلّا في العقار فقط[٦]، وحكي عن قوم أن الشفعة في كلّ

---

* المشهور بين فقهاء الإماميّة هو عدم ثبوت الشفعة في الحمّام والطريق والنهر والبئر، وغيرها ممّا فيه ضرر بقسمته؛ للأصل والأخبار، خلافاً لبعضهم فأثبتوا الشفعة فيها.

وقد نصّ بعضهم ـ من دون نقل خلاف ـ علىٰ أنّه لو انتفى الضرر بقسمة الحمّام والبئر والرحا ثبتت الشفعة.

وقد ذكر بعضهم أنّ ذلك مبني علىٰ تفسير الضرر بعدم الانتفاع بالشيء بعد قسمته. وأمّا لو فُسِّر الضرر بأنّه عدم إمكان الانتفاع بالشيء على الوجه السابق، أو أنّه عدم النقص الفاحش بالقيمة؛ فلابد من فرض عدمه علىٰ كل منهما في ثبوت الشفعة. (تحرير الأحكام ٤: ٥٥٨، جواهر الكلام ٣٧: ٢٥١ ـ ٢٥٦، مفتاح الكرامة ١٤: ٢٥٢ ـ ٢٥٨، رياض المسائل ١٢: ٣٠٣ ـ ٣٠٦).

---

١. النوادر والزيادات ١١: ١١٣، ١١٤، ١١٧، المعونة ٢: ١٢٦٨ ـ ١٢٦٩، المقدّمات الممهّدات ٣: ٦٤ ـ ٦٥، الكافي في فقه أهل المدينة: ٤٣٦، المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٤٢٤ ـ ٤٢٦، التفريع ٢: ٢٩٩، فتح المالك ٨: ٢٤١.

٢. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٤٣٢، الاستذكار ٢١: ٢٩٧ ـ ٢٩٩، التفريع ٢: ٢٩٩، الموطّأ ٢: ٧١٧ ـ ٧١٨.

٣. الاستذكار ٢١: ٣٠٠، ٣١٠ ـ ٣١١، النوادر والزيادات ١١: ١١٦، المصنّف لعبدالرزاق ٨: ٨٨.

٤. المصنّف لعبدالرزاق ٨: ٨٨، الحديث ١٤٤٣٣.

٥. الاستذكار ٢١: ٣١٠ ـ ٣١١.

٦. الحجة على أهل المدينة ٣: ٦٧، التهذيب للبغوي ٤: ٣٣٧، المقدّمات الممهّدات ٣: ٦٤، الفقه النافع ٣: ١١٩١.

شيء ما عدا المكيل والموزون[١] *. ولم يجز أبو حنيفة الشفعة في البئر والفحل وأجازها في العرصة والطريق[٢]. ووافق الشافعي مالكاً في العرصة وفي الطريق وفي البئر[٣]،

---

* اختلف فقهاء الإماميّة في ثبوت الشفعة في المنقولات كالثياب، والآلات، والسفن، والحيوان علىٰ قولين وإن ذكر بعضهم أنّ فيه أقوالاً:

الأوّل: عدم ثبوت الشفعة في المنقول، وقد نُسب إلى المشهور أو الأكثر، كما نسب إلى المتأخّرين؛ واستدلّوا بأصالة عدم التسلّط علىٰ مال الغير إلّا بطيب نفسه، خرج منها المجمع عليه وبقي الباقي، وبالنصوص الدالة علىٰ اختصاص الشفعة بما لم يقسم، وبالأخبار منها: الخبر المرسل في الكافي: «إنّ الشفعة لاتكون إلّا في الأرضين والدور فقط» وهذا الخبر منجبر بالشهرة بين المتأخّرين.

الثاني: ثبوت الشفعة في كلّ مبيع منقولاً كان أم لا، قابلاً للقسمة أم لا ـ وإن قيّده آخرون بكونه ممّا يصح قسمته ـ وقد نُسب إلىٰ أكثر المتقدّمين وجماعة من المتأخرين؛ واستدلّوا بأن في ثبوت الشفعة فيها دفع كلفة القسمة، وبمرسلة يونس عن الصادق عليه السلام عن الشفعة لمن هي؟ وفي أيّ شيء هي؟ ولمن تصلح؟ وهل يكون في الحيوان شفعة؟ وكيف هي؟ فقال: «الشفعة ـ جائزة وفي الفقيه واجبة ـ في كلّ شيء من حيوان أو أرض أو متاع إذا كان الشيء بين شريكين لا غيرهما فباع أحدهما نصيبه، فشريكه أحقّ به من غيره، وإن زاد على الاثنين فلا شفعة لأحد منهم». (جواهر الكلام ٣٧: ٢٤١ ـ ٢٤٦، فقه الصادق ١٨: ٣٢٧ ـ ٣٣١).

---

١. المغني لابن قدامة ٥: ٤٦٤، المصنف لعبدالرزاق ٨: ٨٧، الاستذكار ٢١: ٣٠٧، ٣٠٨، المحلّىٰ بالآثار ٩: ٨٢، ٨٣، الاشراف لابن المنذر ٢: ٦ ـ ٧.

٢. الهداية للمرغيناني ٤: ٣٥٠، مختصر اختلاف العلماء ٤: ٢٣٩، بدائع الصنائع ٦: ١٠٦ ـ ١١١، النتف في الفتاوىٰ ١: ٤٩٩، المحيط البرهاني ٧: ٢٥١، الاستذكار ٢١: ٢٩٦.

٣. أنظر: الوسيط ٤: ٦٩، ٧٠، الحاوي الكبير ٧: ٢٣٣، الوجيز ١: ٢١٥، الاستذكار ٢١: ٢٩٦.

وخالفاه جميعاً في الثمار[١].

وعمدة الجمهور ـ في قصر الشفعة على العقار ـ ما ورد في الحديث الثابت من قوله عليه الصلاة والسلام: «الشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»[٢] فكأنّه قال: الشفعة فيما تمكن فيه القسمة ما دام لم يقسم. وهذا استدلال بدليل الخطاب. وقد أجمع عليه في هذا الموضع فقهاء الأمصار مع اختلافهم في صحّة الاستدلال به[٣].

وأمّا عمدة من أجازها في كلّ شيء فما أخرجه الترمذي عن ابن عباس: «أنّ رسول الله ﷺ قال: الشريك شفيع، والشفعة في كل شيء»[٤]، ولأنّ معنى ضرر الشركة والجوار موجود في كلّ شيء، وإن كان في العقار أظهر[٥]. ولمّا لحظ هذا مالك أجرى ما يتبع العقار مجرى العقار.

واستدلّ أبو حنيفة على منع الشفعة في البئر بما روي «لا شفعة في بئر»[٦ و٧]، ومالك حمل هذا الأثر على آبار الصحاري التي تعمل في الأرض الموات لا التي تكون في أرض متملّكة[٨].

---

١. الوسيط ٤: ٦٩، المحلّى بالآثار ٩: ٨٦ ـ ٨٧، المهذّب للشيرازي ٣: ٤٤٧، المغني لابن قدامة ٥: ٤٦٤، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٣٣، المعونة ٢: ١٢٦٨، والموجود في كتب الأحناف موافقة أبي حنيفة لمالك، انظر: مختصر القدوري: ١٠٩، بدائع الصنائع ٦: ١٥٣، المبسوط للسرخسي ١٤: ١٥٨ ـ ١٦٠، مختصر اختلاف العلماء ٥: ٢٤٩، الهداية للمرغيناني ٤: ٣٦٠، المغني لابن قدامة ٥: ٤٦٤.

٢. تقدم آنفاً.

٣. الاستذكار ٢١: ٢٦٤، المقدّمات الممهّدات ٣: ٦٤، التهذيب للبغوي ٤: ٣٣٧، المعونة ٢: ١٢٦٧، وانظر: الفقه النافع ٣: ١٠٨٦.

٤. سنن الترمذي ٣: ٦٥٤، كتاب الاحكام، باب ما جاء أنّ الشريك شفيع، الحديث ١٣٧١، شرح معاني الآثار ٤: ١٢٥، كتاب الشفعة، باب الشفعة بالجوار.

٥. المحلّى بالآثار ٩: ٨٤ ـ ٨٥، المغني لابن قدامة ٥: ٤٦٤.

٦. الموطّأ ٢: ٧١٧، كتاب الشفعة، باب ما لاتقع فيه الشفعة، الحديث ٤، المصنّف لابن أبي شيبة ٧: ١٧٢، كتاب البيوع والأقضية، باب من قال: إذا صرفت الطرق والحدود فلا شفعة، الحديث ٢٧٨٦.

٧. أنظر: الاستذكار ٢١: ٢٩٤ ـ ٢٩٥، التنف في الفتاوى ١: ٤٩٩، المحيط البرهاني ٧: ٢٥١.

٨. الاستذكار ٢١: ٢٩٤ ـ ٢٩٥.

الركن الثالث

وأمّا المشفوع عليه فإنّهم اتفقوا على أنّه من انتقل إليه الملك بشراء من شريك غير مقاسم أو من جار عند من يرى الشفعة للجار.

واختلفوا في من انتقل إليه الملك بغير شراء، فالمشهور عن مالك أنّ الشفعة إنّما تجب إذا كان انتقال الملك بعوض كالبيع والصلح والمهر وأرش الجنايات وغير ذلك[١]، وبه قال الشافعي[٢]، وعنه[٣] رواية ثانية أنّها تجب بكلّ ملك انتقل بعوض أو بغير عوض، كالهبة لغير الثواب والصدقة[٤]، ما عدا الميراث فإنّه لا شفعة عند الجميع فيه باتفاق[٥]. وأمّا الحنفية فالشفعة عندهم في المبيع فقط[٦]*.

وعمدة الحنفية ظاهر الأحاديث، وذلك أنّ مفهومها يقتضي أنّها في المبيعات بل ذلك

---

* الظاهر إجماع الإماميّة على أنّه تختصّ الشفعة بخصوص البيع، فإذا انتقل الشقص إلى الأجنبي بالصلح أو الهبة أو الخلع أو الإرث أو غير ذلك فلا شفعة للشريك؛ واحتجّوا بالإجماع، والأصل الدالّ على أصالة عصمة مال الغير، وأنّه لا يحلّ أخذه منه إلّا عن طيبة نفس. خرج ما اتُّفق على إثبات الشفعة فيه؛ للنصوص ويبقى الباقي على أصله، وللأخبار منها قول الصادق عليه السلام: «الشفعة في البيوع». (تذكرة الفقهاء ١٢: ٢٢٢ ـ ٢٢٣، جواهر الكلام ٣٧: ٢٦٦، مهذّب الاحكام ١٨: ١٣٣).

---

١. المدوّنة الكبرى ٥: ٤١٠ ـ ٤١١، المعونة ٢: ١٢٧١ ـ ١٢٧٢، الكافي في فقه أهل المدينة: ٤٣٨ ـ ٤٣٩.

٢. حلية العلماء ٥: ٢٧٠، الحاوي الكبير ٧: ٢٣٥.

٣. أي: مالك.

٤. المعونة ٢: ١٢٧١، الإفصاح ٢: ٣٢، عيون المجالس ٤: ١٧٧٥.

٥. الكافي في فقه أهل المدينة: ٤٣٩، بدائع الصنائع ٦: ١١١، الوجيز ١: ٢١٥ ـ ٢١٦.

٦. بدائع الصنائع ٦: ١١١، انظر: مختصر اختلاف العلماء ٤: ٢٤٤، الهداية للمرغيناني ٤: ٣٤٩، ٣٥١.

نصّ فيها لا في بعضها، فلا بيع حتى يستأذن شريكه[١]. وأمّا المالكية، فرأت أنّ كل ما انتقل بعوض فهو في معنى البيع[٢]. ووجه الرواية الثانية أنها اعتبرت الضرر[٣] فقط. وأمّا الهبة للثواب فلا شفعة فيها عند أبي حنيفة ولا الشافعي، وأمّا أبو حنيفة فلأنّ الشفعة عنده في المبيع[٤]، وأمّا الشافعي؛ فلأنّ هبة الثواب عنده باطلة[٥]. وأمّا مالك فلا خلاف عنده وعند أصحابه في أنّ الشفعة فيها واجبة[٦].

واتفق العلماء على أنّ المبيع الذي بالخيار أنّه إذا كان الخيار فيه للبائع أنّ الشفعة لاتجب حتى يجب البيع[٧]*.

---

* لا خلاف بين فقهاء الإماميّة في أنّه يستحقّ الشفيعَ الأخذَ بالشفعة من المشتري بالعقد وانقضاء الخيار الذي هو للمتابعين أو للبائع أو لأجنبي؛ لأنّه وقت اللزوم. وأمّا قبل انقضاء الخيار، وكان الخيار للبايع، أو للمشتري والبائع، أو للبائع وأجنبي، فإن قيل بانتقال المبيع بنفس العقد كما هو المشهور بينهم ثبتت الشفعة؛ لحصول المقتضي، وهو البيع الناقل للملك مع وجود الشريك وإنتفاء المانع؛ إذ ليس المانع إلّا الخيار وهو غير صالح للمانعية؛ لأنّ غايته كون العقد بسبب الخيار متزلزلاً ولم يثبت كونه مؤثّراً في المنع. ←

---

١. أنظر: شرح معاني الآثار ٤: ١٢٤، المبسوط للسرخسي ١٤: ١١٠، الهداية للمرغيناني ٤: ٣٤٩ ـ ٣٥٠.

٢. المعونة ٢: ١٢٧١ ـ ١٢٧٢، المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٤٣٨، الكافي في فقه أهل المدينة: ٤٣٨ ـ ٤٣٩.

٣. الاستذكار ٢١: ٢٧١.

٤. بدائع الصنائع ٦: ١١١، مختصر اختلاف العلماء ٤: ٢٤٤، الاستذكار ٢١: ٣٧٢.

٥. البيان للعمراني ٧: ٩١، المهذّب للشيرازي ٣: ٤٤٩، الاستذكار ٢١: ٣٧٢، وفيه: لأنّه ملكه بغير بدل، فلم تثبت فيه الشفعة، كما لو ملكه بالإرث.

٦. مرّ آنفاً.

٧. الحاوي الكبير ٧: ٢٧٨، الكافي في فقه أهل المدينة: ٤٣٩، المبسوط للسرخسي ١٤: ١٦٩، الاستذكار ٢١: ٣٠١، المهذّب للشيرازي ٣: ٤٥١.

واختلفوا إذا كان الخيار للمشتري، فقال الشافعي والكوفيّون: الشفعة واجبة عليه؛ لأنّ البائع قد صرم الشقص[١] عن ملكه وأبانه منه[٢]*. وقيل إنّ الشفعة غير واجبة عليه؛ لأنّه غير ضامن، وبه قال جماعة من أصحاب مالك[٣].

واختُلف في الشفعة في المساقاة، وهي: تبديل أرض بأرض. فعن مالك في ذلك ثلاث روايات: الجواز، والمنع، والثالث أن تكون المناقلة بين الأشراك أو الأجانب، فلم يرها في الأشراك ورآها في الأجانب[٤].

← وإن قيل بتوقف انتقال المبيع علىٰ مضيّ الخيار كما ذهب إليه بعضهم، فلا شفعة حتى ينقضي الخيار؛ لأنّ الشفعة مترتبة على الانتقال والملك وهو لا يحصل إلّا بعد مضيّ الخيار.

ثمّ إنّه قد اختلفوا ـ علىٰ تقدير القول المشهور من الانتقال بنفس العقد ـ في سقوط خيار البائع عند أخذ الشفيع بالشفعة. فقيل يسقط؛ لانتقال الملك عن المشتري المانع من فسخ البائع وقيل لا يسقط؛ لأنّ الأصل بقاء الخيار. (الحدائق الناضرة ٢٠: ٣١٥ ـ ٣١٦، مسالك الأفهام ١٢: ٣٠٧ ـ ٣٠٨، جواهر الكلام ٣٧: ٣٢٠ ـ ٣٢١، ٣٢٤، مفتاح الكرامة ١٤: ٢٦٢ ـ ٢٦٣).

* لا خلاف عند الإماميّة ـ إذا كان الخيار للمشتري ـ في استحقاق الشفيع الشفعة بنفس العقد، بل أُدّعي الإجماع عليه؛ لأنّ انتقال الملك عن البائع يحصل به ولا يتوقف علىٰ انقضاء الخيار، والشفعة مترتّبة علىٰ صحة البيع وانتقال الملك إلّا المشتري ليأخذ المشتري منه ويكون الدرك عليه، وظاهرهم سقوط خيار المشتري لإنتفاء الفائدة من فسخه. (مسالك الأفهام ١٢: ٣٠٧، تذكرة الفقهاء ١٢: ٢١٨، الحدائق الناضرة ٢٠: ٣١٥، مفتاح الكرامة ١٤: ٢٦٣).

---

١. أي قطع القسم.

٢. مختصر المزني: ١٣١، المبسوط للسرخسي ١٤: ١٦٩، المهذّب للشيرازي ٣: ٤٥١، الهداية للمرغيناني ٤: ٣٦٢.

٣. وهو قول مالك، لاحظ: الموطّأ ٢: ٧١٧، الاستذكار ٢١: ٣٠٠، وفيه: قال أبو عمر: لا فرق عند مالك في هذه المسألة، سواء كان البائع بالخيار أو كان المشتري.

٤. النوادر والزيادات ١١: ١٤٥ ـ ١٤٦، المقدّمات الممهّدات ٣: ٦٦ ـ ٦٧.

الركن الرابع

في الأخذ بالشفعة. والنظر في هذا الركن بماذا يأخذ الشفيع؟ وكم يأخذ؟ ومتى يأخذ؟ فأمّا بماذا يأخذ، فإنّهم اتفقوا على أنّه يأخذ في البيع بالثمن إن كان حالاً[١]. واختلفوا إذا كان البيع إلى أجل يأخذه الشفيع بالثمن إلى ذلك الأجل أو يأخذ المبيع بالثمن حالاً، أو هو مخيَّر؟

فقال مالك: يأخذه بذلك الأجل إذا كان ملياً أو يأتي بضامن مليء[٢]. وقال الشافعي: الشفيع مخير، فإن عجّل تعجّلت الشفعة وإلّا تتأخّر إلى وقت الأجل[٣] وهو نحو قول الكوفيين[٤]. وقال الثوري: لا يأخذها إلّا بالنقد؛ لأنّها قد دخلت في ضمان الأوّل، قال: ومنا من يقول تبقىٰ في يد الذي باعها، فإذا بلغ الأجل أخذها الشفيع[٥]*.

---

* المشهور بين فقهاء الإماميّة ـ في صورة كون الثمن مؤجلاً ـ هو أنّ للشفيع أن يأخذ الشقص من المشتري عاجلاً بالثمن المؤجّل الذي وقع عليه العقد، وأنّه إن لم يكن الشفيعُ مليّاً أُلزم بإقامة كفيل يضمنه.

واحتجّوا بأنّ الأخذ إنّما يكون بالثمن، ويجب على الشفيع مثل الثمن قدراً ووصفاً، والتأجيل وصف في الثمن. ولأنّ الشفعة على الفور، وتأخير الطلب إلى الأجل منافٍ للفورية، وأخذها بالثمن المعجّل إضرار بالشفيع بغير وجه. بينما ذهب بعضهم إلىٰ أنّه يتخيّر الشفيع بين أخذه بالثمن حالاً وبين التأخير إلى الحلول وأخذه بثمن حالّ؛ ←

---

١. أنظر: المهذّب للشيرازي ٣: ٤٥٢، المحلّىٰ بالآثار ٩: ٩٤، الهداية للمرغيناني ٤: ٣٥٧.

٢. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٤٠٦، الموطّأ ٢: ٧١٥.

٣. مختصر المزني: ١٢٠، المهذّب للشيرازي ٣: ٤٥٣ ـ ٤٥٤، التهذيب للبغوي ٤: ٣٥٦.

٤. الهداية للمرغيناني ٤: ٣٥٧، بدائع الصنائع ٦: ١٥٢، المحلّىٰ بالآثار ٩: ٩٥.

٥. المغني لابن قدامة ٥: ٥٠٧، المصنّف لعبدالرزاق ٨: ٨٦.

والذين رأوا الشفعة في سائر المعاوضات مما ليس ببيع، فالمعلوم عنهم أنّه يأخذ الشفعة بقيمة الشقص إن كان العوض مما ليس يتقدّر، مثل: أن يكون معطىً في خُلع، وأمّا أن يكون معطىً في شيء يتقدر ولم يكن دنانير ولا دراهم ولا بالجملة مكيلاً ولا موزوناً، فإنّه يأخذه بقيمة ذلك الشيء الذي دفع الشقص فيه، وإن كان ذلك الشيء محدود القدر بالشرع أخذ ذلك الشقص بذلك القدر، مثل: أن يدفع الشقص في موضحة وجبت عليه أو مُنَقِّلة، فإنّه يأخذه بديّة الموضحة أو المنقِّلة[1].

وأمّا كم يأخذ؟ فإنّ الشفيع لايخلو أن يكون واحداً أو أكثر، والمشفوع عليه أيضاً لايخلو أن يكون واحداً أو أكثر، فأمّا أنّ الشفيع واحد والمشفوع عليه واحد فلا خلاف في أن الواجب على الشفيع أن يأخذ الكلّ أو يدع[2].

وأمّا إن كان المشفوع عليه واحداً والشفعاء أكثر من واحد *، فإنّهم اختلفوا من ذلك

← وذلك لأنّ الذمم غير متساوية، فيجب إمّا تعجيل الثمن أو الصبر إلى الحلول ودفعه عند الأخذ. وقد ذهب بعض متأخري متأخريهم إلى التخيير بين الأمرين المذكورين في القول الثاني وبين ما ذكره المشهور. (جواهر الكلام ٣٧: ٣٨٦ ـ ٣٨٨، تذكرة الفقهاء ١٢: ٢٦١، فقه الصادق ١٨: ٣٦٠ ـ ٣٦١، مسالك الأفهام ١٢: ٣٣٨ ـ ٣٣٩، الحدائق الناضرة ٢٠: ٣٣٣ ـ ٣٣٤).

* المشهور ـ بل ادّعي الإجماع ـ عند فقهاء الإماميّة على عدم ثبوت الشفعة لما زاد عن شفيع واحد. ودليلهم: إنّ الأصل عدم الشفعة، فقد ثبتت في الاثنين؛ دفعاً لضرورة الشركة، وهذا المعنى منتفٍ في حق الزائد على الاثنين، فيبقى على أصالة العدم، ولصحيحة ابن سنان عن الصادق عليه السلام: «لاتكون الشفعة إلّا لشريكين ما لم يتقاسما، فإذا صاروا ثلاثة فليس لواحد منهم شفعة» ولرواية يونس عن الصادق عليه السلام «وإن زاد على ←

---

١. لاحظ: التهذيب للبغوي ٤: ٣٤٣.

٢. المعونة ٢: ١٢٧٣، بدائع الصنائع ٦: ١٤٨، المغني لابن قدامة ٥: ٥٠٨، الحاوي الكبير ٧: ٢٤٤، المدوّنة الكبرى ٥: ٤٠٦ ـ ٤٠٧.

من موضعين، أحدهما: في كيفية قسمة المشفوع فيه بينهم. والثاني: إذا اختلفت أسباب شركتهم، هل يحجب بعضهم بعضاً عن الشفعة أم لا؟ مثل: أن يكون بعضهم شركاء في المال الذي ورثوه؛ لأنّهم أهل سهم واحد. وبعضهم؛ لأنّهم عصبة.

فأمّا المسألة الأولى

وهي كيفيّة توزيع المشفوع فيه: فإنّ مالكاً[١] والشافعي[٢] وجمهور أهل المدينة[٣] يقولون: إنّ المشفوع فيه يقتسمونه بينهم على قدر حصصهم، فمن كان نصيبه من أصل المال الثلث ـ مثلاً ـ أخذ من الشقص بثلث الثمن، ومن كان نصيبه الربع أخذ الربع. وقال الكوفيون: هي على عدد الرؤوس على السواء، وسواء في ذلك الشريك ذو الحظ الأكبر وذو الحظ الأصغر[٤].

وعمدة المدنيين أنّ الشفعة حقّ يستفاد وجوبه بالملك المتقدّم، فوجب أن يتوزّع على مقدار الأصل[٥]، أصله الأكرية في المستأجرات المشتركة والربح في شركة الأموال. وأيضاً فإنّ الشفعة إنّما هي لإزالة الضرر، والضرر داخل على كلّ واحد منهم على غير استواء؛ لأنّه إنّما يدخل على كل واحد منهم بحسب حصته، فوجب أن يكون استحقاقهم لدفعه على تلك النسبة[٦].

← الاثنين فلا شفعة لأحدٍ منهم». وعن ابن الجنيد ومقنع الصدوق الثبوت. (تذكرة الفقهاء ١٢: ٢٠١ ـ ٢٠٢، مفتاح الكرامة ١٤: ٢٦٦ ـ ٢٦٧، جواهر الكلام ٣٧: ٢٧٢ ـ ٢٧٤، السرائر ٢: ٣٨٧).

---

١. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٤٠٧، الرسالة الفقهية: ٢٢٨، الموطّأ ٢: ٧١٥.

٢. التهذيب للبغوي ٤: ٣٦١ ـ ٣٦٢، البيان للعمراني ٧: ١٢٦.

٣. التفريع ٢: ٢٩٩، الكافي في فقه أهل المدينة: ٤٤٠، المعونة ٢: ١٢٦٩.

٤. تحفة الفقهاء ٣: ٦٠، بدائع الصنائع ٦: ١٠٠، الحجة على أهل المدينة ٣: ٨٥.

٥. المعونة ٢: ١٢٦٩، المقدّمات الممهّدات ٣: ٦٧، التهذيب للبغوي ٤: ٣٦٢، البيان للعمراني ٧: ١٢٦.

٦. المعونة ٢: ١٢٦٩، المقدّمات الممهّدات ٣: ٦٧.

وعمدة الحنفية أنّ وجوب الشفعة إنّما يلزم بنفس الملك فيستوفي ذلك أهل الحظوظ المختلفة؛ لاستوائهم في نفس الملك[١]. وربما شبّهوا ذلك بالشركاء في العبد يعتق بعضهم نصيبه أنّه يقوّم على المعتقين على السوية، أعني: حظ من لم يعتق.

وأمّا المسألة الثانية

فإنّ الفقهاء اختلفوا في دخول الأشراك الذين هم عَصَبة في الشفعة مع الأشراك الذين شركتهم من قبل السهم الواحد، فقال مالك: أهل السهم الواحد أحقّ بالشفعة إذا باع أحدهم من الأشراك معهم في المال من قبل التعصيب، وأنّه لايدخل ذوو العَصَبة في الشفعة على أهل السهام المقدّرة، ويدخل ذوو السهام على ذوي التعصيب، مثل: أن يموت ميّت فيترك عقاراً ترثه عنه بنتان وابنا عم، ثم تبيع البنت الواحد حظّها، فإنّ البنت الثانية عند مالك هي التي تشفع في ذلك الحظّ الذي باعته أختها فقط دون ابني العم، وإن باع أحدُ ابني العم نصيبه يشفع فيه البنات وابن العم الثاني[٢]، وبهذا القول قال ابن القاسم[٣].

وقال أهل الكوفة: لايدخل ذوو السهام على العصبات، ولا العصبات على ذوي السهام، ويتشافع أهل السهم الواحد فيما بينهم خاصة[٤]، وبه قال أشهب[٥]. وقال الشافعي في أحد قوليه: يدخل ذوو السهام على العصبات، والعصبات على ذوي السهام. وهو الذي اختاره

---

١. بدائع الصنائع ٦: ٩٧، ١٠٠، كتاب الحجة على أهل المدينة ٣: ٨٥ ـ ٨٦، التهذيب ٤: ٣٦٢، البيان للعمراني ٧: ١٢٦.

٢. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٤٠٠، التفريع ٢: ٢٩٩.

٣. النوادر والزيادات ١١: ١٥٠، الاستذكار ٢١: ٢٧٨.

٤. الاستذكار ٢١: ٢٧٨ ـ ٢٧٩، وفي مختصر اختلاف العلماء ٤: ٢٤٥، كتاب الحجة علىٰ أهل المدينة ٣: ٨٣، المعونة ٢: ١٢٧١، المهذب للشيرازي ٣: ٤٦٣ ـ ٤٦٤. قول أبي حنيفة مثل قول الشافعي الآتي: قال الطحاوي: قال أصحابنا: إذا ورث جماعة داراً بينهم، ثم مات بعضهم وترك ورثة، فباع بعضهم نصيبه، فالشركاء في الدار أسوة في الشفعة، وهو قول الشافعي.

٥. النوادر والزيادات ١١: ١٥٠، الاستذكار ٢١: ٢٧٨.

المزني[١]، وبه قال المغيرة من أصحاب مالك[٢]*.

وعمدة مذهب الشافعي عموم قضائه ﷺ بالشفعة بين الشركاء، ولم يَفْصِل ذوي سهم من عَصَبة[٣].

ومن خصّصَ ذوي السهام من العصبات؛ فلأنّه رأى الشركة مختلفة الأسباب[٤]، أعني: بين ذوي السهام وبين العصبات، فشبّه الشركات المختلفة الأسباب بالشركات المختلفة من قبل محالها الذي هو المال بالقسمة بالأموال. ومن أدخل ذوي السهام على العصبة ولم يدخل العصبة على ذوي السهام فهو استحسان على غير قياس. ووجه الاستحسان أنّه رأى أنّ ذوي السهام أقعد من العصبة[٥].

وأمّا إذا كان المشفوع عليهما اثنين فأكثر فأراد الشفيع أن يشفع على أحدهما دون الثاني، فقال ابن القاسم: أمّا أن يأخذ الكل أو يدع[٦]. وقال أبو حنيفة وأصحابه[٧] والشافعي[٨]: له أن يشفع على أيّهما أحبّ، وبه قال أشهب[٩]**. فأمّا إذا باع رجلان شقصاً من رجل،

---

* يتّضح قول الإماميّة في هذه المسألة من المسألة السابقة. (لاحظ: الخلاف ٣: ٤٣٤ ـ ٤٣٥).

** نصّ فقهاء الإماميّة ـ من دون نقل خلاف ـ على أنّه لو باع اثنان من الشركاء الثلاثة ـ مثلاً ـ صفقة، فللشفيع أخذ الجميع، وله أن يأخذ من اثنين ومن واحد؛ والدليل عليه: إنّ هذه الصفقة وإن كانت واحدة في الصورة إلّا أنّها بسبب تعدّد المشتري ←

---

١. مختصر المزني: ١٣١، المهذّب للشيرازي ٣: ٤٦٣ ـ ٤٦٤، الحاوي الكبير ٧: ٢٥٥ ـ ٢٥٦.

٢. الاستذكار ٢١: ٢٧٨، النوادر والزيادات ١١: ١٥٠.

٣. الاستذكار ٢١: ٢٨٠، المهذّب للشيرازي ٣: ٤٦٣، الحاوي الكبير ٧: ٢٥٦.

٤. النوادر والزيادات ١١: ١٥٠، الاستذكار ٢١: ٢٧٨، ٢٨٠، المهذّب للشيرازي ٣: ٤٦٣.

٥. انظر: المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٤٠٠، الاستذكار ٢١: ٢٧٩.

٦. النوادر والزيادات ١١: ١٥٦، المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٤٠٨.

٧. المبسوط للسرخسي ١٤: ١٢٦ ـ ١٢٧، مختصر اختلاف العلماء ٤: ٢٤٦، بدائع الصنائع ٦: ١٤٨.

٨. مختصر المزني: ١٣٢، المهذّب للشيرازي ٣: ٤٦١.

٩. النوادر والزيادات ١١: ١٥٦.

فأراد الشفيع أن يشفع على أحدهما دون الثاني. فإنّ أباحنيفة منع ذلك[١]، وجوزه الشافعي[٢]*.

وأمّا إذا كان الشافعون أكثر من واحد، أعني: الأشراك، فأراد بعضهم أن يشفع وسلّم له الباقي في البيوع، فالجمهور على أنّ للمشتري أن يقول للشريك، أمّا أن تشفع في الجميع أو تترك، وأنّه ليس له أن يشفع بحسب حظّه إلّا أن يوافقه المشتري على ذلك، وأنّه ليس له أن يبعّض الشفعة على المشتري إن لم يرض بتبعيضها[٣]**.

← والبائع كذلك، فهي بمنزلة عقود متعدّدة، فلا تبعيض للشفعة لو اقتصر على الأخذ من واحد فضلاً عن الاثنين؛ إذ هي شفعات متعدّدة، كما لو باع كلّ واحد من كل واحد بصيغة مستقلة. (تذكرة الفقهاء ١: ٣٤٤، جواهر الكلام ٣٧: ٣٠٥، ٣١٦، مفتاح الكرامة ١٤: ٢٩٨).

* نصّ فقهاء الإماميّة ـ من دون نقل خلاف ـ على أنّه لو باع واحد من اثنين شقصاً، كان للشفيع أن يأخذ منهما أو من أحدهما دون الآخر؛ لأنّ العقد إذا كان في أحد طرفيه عاقدان كان بمنزلة العقدين، فلا تبعيض في الصفقة على المشتري. علماً إنّ هذا الفرع قد ذُكر بناءً على القول بثبوت الشفعة؛ لما زاد عن الشفيع الواحد، وإلّا فقد تقدّم إجماعهم على عدم ثبوتها لما زاد عن الشفيع الواحد. (تذكرة الفقهاء ١٢: ٣٤٤، مفتاح الكرامة ١٤: ٣١١، جواهر الكلام ٣٧: ٣١٦).

** ظاهر فقهاء الإماميّة بلا خلاف بينهم أنّه ليس للشفيع تبعيض حقّه بأن يشفع في بعض ويترك بعضاً، بل له أن يأخذ الجميع أو يدع؛ لأنّ الأصل هو عدم الأخذ بالشفعة، فيقتصر في جواز الأخذ بها على ما قام عليه الدليل. والأخبار الواردة في الشفعة إنّما وردت باعتبار المجموع، وما عداه تبقى صحّته موقوفة على الدليل. (الحدائق الناضرة ٢٠: ٣١٦، جواهر الكلام ٣٧: ٣٢٥، مفتاح الكرامة ١٤: ٣٢٢ ـ ٣٢٣).

---

١. مختصر اختلاف العلماء ٤: ٢٤٦، المبسوط للسرخسي ١٤: ١٢٦، بدائع الصنائع ٦: ١٤٨.

٢. المهذّب للشيرازي ٣: ٤٦١، البيان للعمراني ٧: ١٤٣، مختصر المزني: ١٣٢.

٣. الحاوي الكبير ٧: ٢٦٤، النوادر والزيادات ١١: ١٥٣، الجامع الكبير: ٣١١، تحفة الفقهاء ٣: ٦٠، الكافي في فقه أهل المدينة: ٤٤٠.

وقال أصبغ من أصحاب مالك: إن كان ترك بعضهم الأخذ بالشفعة رفقاً للمشتري لم يكن للشفيع إلّا أن يأخذ حصّته فقط[١]. ولا خلاف في مذهب مالك أنّه إذا كان بعض الشفعاء غائباً وبعضهم حاضراً، فأراد الحاضر أن يأخذ حصّته فقط أنّه ليس له ذلك إلّا أن يأخذ الكلّ أو يدع، فإذا قدم الغائب فإن شاء أخذ وإن شاء ترك[٢]*.

واتفقوا على أنّ مِنْ شرط الأخذ بالشفعة أن تكون الشركة متقدّمة على البيع[٣]**. واختلفوا هل من شرطها أن تكون موجودة في حال البيع، وأن تكون ثابتة قبل البيع؟

فأمّا المسألة الأولىٰ

وهي إذا لم يكن شريكاً في حال البيع، وذلك يتصوّر بأن يكون يتراخا عن الأخذ

---

* ذكر بعض فقهاء الإماميّة أنّه لو كان الشفعاء غيَّباً كلّهم أو بعضهم، فحضر أحدهم فطالب بالشفعة فإمّا أن يأخذ الجميع أو يترك. ولو حضر الآخر أخذ من الآخر النصف أو ترك. فإن حضر الثالث أخذ الثلث أو ترك. وإن حضر الرابع أخذ الربع أو ترك. وقد ذكر بعضهم أنّه ليس لأحدهم الاقتصار علىٰ مقدار حصّته.

وقد ناقش بعض آخر في أصل الحكم المذكور وأنّه لاينطبق علىٰ قواعد الإماميّة، هذا مع كونه مبنيّاً علىٰ ثبوت الشفعة فيما زاد عن الشفيع الواحد، حيث عرفت إجماع الإماميّة علىٰ عدم ثبوتها فيما زاد عن الشفيع الواحد. (مفتاح الكرامة ١٤: ٣٠٥ ـ ٣٠٦، جواهر الكلام ٣٧: ٣٠٥ ـ ٣٠٧).

** قال العلّامة في التذكرة: إنّما تؤخذ الشفعة من المشتري الذي تجدّد ملكه بعد ملك الآخذ، فلو اشترى اثنان دفعة واحدة لم يكن لأحدهما على الآخر شفعة؛ لعدم الأولوية وعدم إمكان الشركة. (تذكرة الفقهاء ١٢: ٢١٧).

---

١. النوادر والزيادات ١١: ١٥٣، الاستذكار ٢١: ٢٨٣ ـ ٢٨٤.

٢. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٤١٩، الكافي في فقه أهل المدينة: ٤٤١.

٣. الإفصاح ٢: ٢٨، الإقناع لابن القطّان ٢: ٢٠٧.

بالشفعة بسبب من الأسباب، التي لايقطع له الأخذ بالشفعة حتى يبيع الحظ الذي كان بـه شريكاً، فروىٰ أشهب أنّ قول مالك اختلف في ذلك، فمرّة قال: له الأخذ بالشفعة. ومرّة قال: ليس له ذلك. واختار أشهب أنّه لا شفعة له[١]، وهو قياس قـول الشـافعي والكـوفيّين؛ لأنّ المقصود بالشفعة إنّما هو إزالة الضرر من جهة الشركة، وهذا ليس بشريك[٢].

وقال ابن القاسم: له الشفعة إذا كان قيامه في أثره؛ لأنّه يرىٰ أنّ الحقّ الذي وجب له لم يرتفع ببيعه حظّه[٣]*.

وأمّا المسألة الثانية

صورتها أن يستحقّ إنسان شقصاً في أرض قد بيع منها قبل وقت الاستحقاق شقص ما، هل له أن يأخذ بالشفعة أم لا؟ فقال قوم: له ذلك؛ لأنّه وجبت له الشفعة بتقدّم شركته قبل البيع، ولا فرق في ذلك كانت يده عليه أو لم تكن. وقال قوم: لاتجب له الشفعة؛ لأنّه إنّـما ثبت له مال الشركة يوم الاستحقاق. قالوا: ألا ترى أنّه لايأخذ الغلّة من المشتري. فأمّا مالك فقال: إن طال الزمان فلا شفعة، وإن لم يطل ففيه الشفعة، وهو استحسان[٤].

---

* لا خلاف عند الإماميّة ـ محققاً ـ في أنّه إذا باع الشفيع نصيبه بعد العلم بـالشفعة على وجه لاينافي الفورية ـ بناءً على القول بالفور ـ سـقطت شـفعته؛ لأنّ الاسـتحقاق بسبب النصيب، وقد زال أحد جزئيه فيزول المسبَّب، ولايكفي وجوده حال الشراء.

واختلفوا فيما إذا باع قبل العـلم، فـذهب بـعضهم إلىٰ عـدم سـقوط الشـفعة؛ لأنّ الاستحقاق سابق على البيع، بينما ذهب آخرون إلىٰ سقوط الشفعة. (جواهر الكلام ٣٧: ٣٩٨ ـ ٤٠٠، مفتاح الكرامة ١٤: ٤١٢ ـ ٤١٣، مهذّب الأحكام ١٨: ١٣٩).

---

١. النوادر والزيادات ١١: ١٨٣، الاستذكار ٢١: ٣١٥ ـ ٣١٦.

٢. الحاوي الكبير ٧: ٢٤٤، المهذّب للشيرازي ٣: ٤٦٠، تحفة الفقهاء ٣: ٥٦.

٣. الاستذكار ٢١: ٣١٦، النوادر والزيادات ١١: ١٨٣.

٤. الموطّأ ٢: ٧١٧ ـ ٧١٨، الاستذكار ٢١: ٣٠٢ ـ ٣٠٣.

وأمّا متىٰ يأخذ وهو له الشفعة؟ فإنّ الذي له الشفعة رجلان حاضر أو غائب، فأمّا الغائب فأجمع العلماء على أن الغائب على شفعته مالم يعلم ببيع شريكه[١]*. واختلفوا إذا علم وهو غائب، فقال قوم: تسقط شفعته[٢]، وقال قوم: لاتسقط، وهو مذهب مالك[٣]**.

والحجة ما روي عن النبي ﷺ من حديث جابر أنّه قال: «الجار أحقّ بصقبه»[٤] أو قال: «بشفعته، ينتظر بها إذا كان غائباً»[٥]. وأيضاً فإنّ الغائب في الأكثر معوّقٌ عن الأخذ بالشفعة، فوجب عذره[٦]. وعمدة الفريق الثاني أنّ سكوته مع العلم قرينة تدلّ على رضاه بإسقاطها[٧].

وأمّا الحاضر، فإنّ الفقهاء اختلفوا في وقت وجوب الشفعة له. فقال الشافعي وأبو حنيفة: هي واجبة له على الفور بشرط العلم وإمكان الطلب فإن علم وأمكن الطلب ولم يطلب

---

* أجمع فقهاء الإماميّة على ثبوت الشفعة للغائب؛ واحتجّوا مضافاً للإجماع بالأخبار منها: ما روي عن أمير المؤمنين علي عليه السلام قال: «للغائب شفعة»؛ ولأنّ إبطالها بالغيبة يحتاج إلى دلالة وليس في الشرع ما يدل عليه. (الخلاف ٣: ٤٣١، تذكرة الفقهاء ١٢: ٢٨٣، جواهر الكلام ٣٧: ٢٨٦).

** ظاهر فقهاء الإماميّة الاتفاق علىٰ أنّ للشفيع الغائب الأخذ بالشفعة بعد اطّلاعه على البيع، ولو كان بعد زمان طويل؛ للأصل والإطلاق. (مهذّب الاحكام ١٨: ١٣٩، جواهر الكلام ٣٧: ٢٨٦).

---

١. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٤١٨، كتاب الحجة على أهل المدينة ٣: ٨١، المهذّب للشيرازي ٣: ٤٥٨ ـ ٤٥٩.

٢. كتاب الحجة على أهل المدينة ٣: ٨١، مختصر اختلاف العلماء ٤: ٢٥٠.

٣. الموطّأ ٢: ٧١٥، المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٤١٨، المعونة ٢: ١٢٧٤.

٤. تقدم سابقاً.

٥. السنن الكبرىٰ للبيهقي ٦: ١٠٦، كتاب الشفعة، باب الشفعة بالجوار، سنن أبي داود ٣: ٢٨٦، كتاب البيوع، باب في الشفعة، الحديث: ٣٥١٨.

٦. المنتقىٰ للباجي ٦: ٢٠٩، المعونة ٢: ١٢٧٤ ـ ١٢٧٥.

٧. المبسوط للسرخسي ١٤: ١٤١، الهداية للمرغيناني ٤: ٣٥٢.

بطلت شفعته[١]*. إلّا أنّ أبا حنيفة قال: إن أشهدَ بالأخذ لم تبطل وإن تراخى[٢]. وأمّا مالك فليست عنده على الفور، بل وقت وجوبها متسع[٣].

واختلف قوله في هذا الوقت، هل هو محدود أو لا؟ فمرّة قال: هو غير محدود، وأنّها لاتنقطع أبداً إلّا أن يحدث المبتاع بناء أو تغييراً كثيراً بمعرفته وهو حاضر عالم ساكت، ومرّة حدّد هذا الوقت، فروي عنه السَّنَة وهو الأشهر، وقيل: أكثر من سنة، وقد قيل

---

* وهو المشهور عند الإماميّة؛ واحتجّوا بالأصل وهو عدم ثبوت الشفعة، وعدم التسلط علىٰ ملك الغير بغير رضاه فيقتصر علىٰ موضع الوفاق، وبأنّ التراخي فيها لاينفكّ عن الضرر على المشتري.

ولما روي عن عليّ بن مهزيار عن الجواد عليه السلام في حديث أنّه حدّ للشفيع مجيء الثمن ثلاثة أيام إن كان الثمن في البلد ومدّة غيبته، وثلاثة أيام بعد حضوره إن كان في غير البلد، ثم قال عليه السلام: «فإن وافاه وإلّا فلا شفعة له» ولو كانت الشفعة على التراخي لم تسقط الشفعة بتأخير الثمن، ولأنّ خيار الشفعة إنّما يثبت لإزالة الضرر عن المال فكان على الفور، كخيار الرد بالعيب.

هذا وقد ذهب بعضهم إلىٰ أنّها على التراخي، لاتسقط إلّا بالاسقاط؛ واستدلّ له بأصالة عدم الفورية، وبأن البيع سبب في استحقاق الشفعة، والأصل ثبوت الشيء علىٰ ماكان إلىٰ أن يثبت المزيل ـ والأصل عدمه ـ وبأنّها حقّ من الحقوق الماليّة، والأصل أن لاتبطل بالإمساك عنها. (رياض المسائل ١٢: ٣٢٤ ـ ٣٢٧، فقه الصادق ١٨: ٣٤٥ ـ ٣٤٦، تذكرة الفقهاء ١٢: ٣١٢ـ٣١٣، الخلاف ٣: ٤٣٠ ـ ٤٣١، السرائر ٢: ٣٨٨، مفتاح الكرامة ١٤: ٣٢٤ ـ ٣٢٥).

---

١. مختصر المزني: ١٣١، البيان للعمراني ٧: ١٢٠، تحفة الفقهاء ٣: ٥١، مختصر اختلاف العلماء ٤: ٢٤١، المبسوط للسرخسي ١٤: ١٤٠.

٢. بدائع الصنائع ٦: ١٢٩، ١٣٠، لاحظ: تحفة الفقهاء ٣: ٥٢، مختصر اختلاف العلماء ٤: ٢٤١.

٣. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٤٠٤، الكافي في فقه أهل المدينة: ٤٤١ ـ ٤٤٢.

عنه أنّ الخمسة أعوام لاتنقطع فيها الشفعة[١].

واحتج الشافعي[٢] بما روي أنّه عليه الصلاة والسلام، قال: «الشفعة كحلّ العقال»[٣]. وقد روي عن الشافعي أنّ أمدها ثلاثة أيام[٤]. وأمّا من لم يسقط الشفعة بالسكوت واعتمد على أنّ السكوت لايبطل حقّ امرئ مسلم ما لم يظهر من قرائن أحواله ما يدلّ على إسقاطه، وكأنّ هذا أشبه بأصول الشافعي[٥]؛ لأنّ عنده أنّه ليس يجب أن ينسب إلى ساكت قول قائل، وإن اقترنت به أحوال تدلّ على رضاه، ولكنّه فيما أحسب اعتمد الأثر، فهذا هو القول في أركان الشفعة وشروطها المصحّحة لها، وبقي القول في الأحكام.

---

١. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٤٠٤، الكافي في فقه أهل المدينة: ٤٤١ ـ ٤٤٢، النوادر والزيادات ١١: ١٨٥ ـ ١٨٦، المقدّمات الممهّدات ٣: ٧٠، التفريع ٢: ٣٠١، الاستذكار ٢١: ٣١٢ ـ ٣١٣.

٢. الحاوي الكبير ٧: ٢٤٠، البيان للعمراني ٧: ١١٥، وفيه: «الشفعة كَنَشْطة العقال، إن قُيّدت ثبتت، وإن تُركت فاللّوم على من تركها».

٣. السنن الكبرىٰ للبيهقي ٦: ١٠٨، كتاب الشفعة، باب رواية ألفاظ منكرة يذكرها بعض الفقهاء، سنن ابن ماجة ٢: ٨٣٥، كتاب الشفعة، باب الشفعة، الحديث ٢٥٠٠.

٤. الحاوي الكبير ٧: ٢٤٠، البيان للعمراني ٧: ١١٥.

٥. لاحظ: الحاوي الكبير ٧: ٢٤٠، المهذّب للشيرازي ٣: ٤٥٦، البيان للعمراني ٧: ١١٤ ـ ١١٧.

القسم الثاني القول في أحكام الشفعة

وهذه الأحكام كثيرة، ولكن نذكر منها ما اشتهر فيه الخلاف بين فقهاء الأمصار. فمن ذلك اختلافهم في ميراث حقّ الشفعة، فذهب الكوفيون إلى أنّه لايورث كما أنّه لايباع[1]. وذهب مالك[2] والشافعي[3] وأهل الحجاز[4] إلى أنّها موروثة قياساً على الأموال*.

وقد تقدّم سبب الخلاف في هذه المسائل في مسألة الردّ بالعيب. ومنها اختلافهم في عهدة الشفيع، هل هي على المشتري أو على البائع؟ فقال مالك[5] والشافعي[6]**: هي

---

* المشهور عند فقهاء الإماميّة ـ بل ادعي عليه الإجماع ـ أنّ الشفعة تورَّث. واستدلّ بأنّها حقّ للميّت فتورَّث؛ لظاهر القرآن والسنّة، وللنبوي: «ما تركه الميت من حق فلوارثه»، إلّا أنّه نُسب إلىٰ بعضهم القول بكون الشفعة غير موروثة. (مفتاح الكرامة ١٤: ٤١٥ ـ ٤١٧، جواهر الكلام ٣٧: ٣٩١ ـ ٣٩٢، فقه الصادق ١٨: ٣٦٣ ـ ٣٦٤، رياض المسائل ١٢: ٣٣٧ ـ ٣٣٩).

** لا خلاف بين فقهاء الإماميّة ـ بل ادعي الإجماع ـ أنّ درك الشقص المباع على المشتري؛ لأنّه استحق الأخذ بالبيع وبعده انتقل الملك إليه وانقطع سلطان البائع عنه، فالأخذ منه والدرك عليه. (مسالك الأفهام ١٢: ٣٢٣، مفتاح الكرامة ١٤: ٣٦٠ ـ ٣٦١، جواهر الكلام ٣٧: ٣٥٥، الخلاف ٣: ٤٤٦ ـ ٤٤٧).

---

١. مختصر اختلاف العلماء ٤: ٢٤٨، تحفة الفقهاء ٣: ٦١، الهداية للمرغيناني ٤: ٣٦٤.

٢. الكافي في فقه أهل المدينة: ٤٤٣، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٣٦.

٣. البيان للعمراني ٧: ١٥٣، مختصر المزني: ١٣١، المهذّب للشيرازي ٣: ٤٦٧.

٤. الاستذكار ٢١: ٢٧٨.

٥. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٤٠٥، التفريع ٢: ٣٠٢.

٦. مختصر المزني: ١٣١، الحاوي الكبير ٧: ٢٨٣.

على المشتري، وقال ابن أبي ليلىٰ[١]: هي على البائع.

وعمدة مالك أنّ الشفعة إنّما وجبت للشريك بعد حصول ملك المشتري وصحّته؛ فوجب أن تكون عليه العهدة[٢]. وعمدة الفريق الآخر أنّ الشفعة إنّما وجبت للشريك بنفس البيع، فطُروّها على البيع فسخ له وعقد لها[٣].

وأجمعوا علىٰ أنّ الإقالة لاتبطل الشفعة[٤]* من رأى أنّها بيع، ومن رأىٰ أنّها فسخ، أعني: الاقالة.

واختلف أصحاب مالك على مَن عهدة الشفيع في الإقالة؟ فقال ابن القاسم: على المشتري، وقال أشهب: هو مخيَّر[٥].

ومنها اختلافهم إذا أحدث المشتري بناءً أو غرساً أو ما يشبه في الشقص قبل قيام الشفيع، ثم قام الشفيع يطلب شفعته، فقال مالك: لا شفعة إلّا أن يعطىٰ المشتري قيمة ما بنىٰ وما غرس[٦]، وقال الشافعي[٧]** وأبو حنيفة[٨]: هو متعد وللشفيع أن يعطيه

---

* لا خلاف بين الإماميّة أنّ الإقالة لاتبطل الشفعة؛ لأنّ استحقاق الشفعة قد حصل بالعقد، فحقّ الشفيع متقدّم على الإقالة. (مفتاح الكرامة ١٤: ٣٥٤، جواهر الكلام ٣٧: ٣٤٧، الحدائق الناضرة ٢٠: ٣٢٢).

** لا خلاف بين فقهاء الإماميّة أنّه لو غرس المشتري أو بنىٰ، علىٰ وجه لايكون ظالماً في ذلك، فطالب الشفيع بحقه، فإن رضي المشتري بقلع غرسه أو بناءه فله ذلك. ←

---

١. الحاوي الكبير ٧: ٢٨٣، البيان للعمراني ٧: ١٤١.

٢. المعونة ٢: ١٢٧٦، الحاوي الكبير ٧: ٢٨٣، وانظر: المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٤٠٥.

٣. الحاوي الكبير ٧: ٢٨٣.

٤. المعونة ٢: ١٢٧٧، الاستذكار ٢١: ٢٨٧، الحاوي الكبير ٧: ٢٥٣، الهداية للمرغيناني ٤: ٣٦٣.

٥. الاستذكار ٢١: ٢٨٧ ـ ٢٨٨، المعونة ٢: ١٢٧٧.

٦. المعونة ٢: ١٢٧٨، الكافي في فقه أهل المدينة: ٤٤٤، المقدّمات الممهّدات ٣: ٧١.

٧. البيان للعمراني ٧: ١٣٧ ـ ١٣٨، التهذيب للبغوي ٤: ٣٦٥، المهذّب للشيرازي ٣: ٤٦٤ ـ ٤٦٥.

٨. الهداية للمرغيناني ٤: ٣٥٨ ـ ٣٥٩، المبسوط للسرخسي ١٤: ١٥٨ ـ ١٥٩، ولاحظ بدائع الصنائع ٦: ١٣٢، ١٣٣.

قيمة بنائه مقلوعاً أو يأخذه بنقضه.

والسبب في اختلافهم تردّد تصرّف المشفوع عليه، العالم بوجوب الشفعة عليه بين شبهة تصرّف الغاصب وتصرف المشتري الذي يطرأ عليه الاستحقاق، وقد بنىٰ في الأرض وغرس؛ وذلك أنّه وسط بينهما. فمن غلّبَ عليه شبه الاستحقاق لم يكن له أن يأخذ القيمة، ومن غلّب عليه شبه التعدّي قال: له أن يأخذه بنقضه أو يعطيه قيمته منقوضاً.

ومنها اختلافهم إذا اختلف المشتري والشفيع في مبلغ الثمن، فقال المشتري: اشتريت الشقص بكذا، وقال الشفيع: بل اشتريته بأقلّ، ولم يكن لواحد منهما بيّنة: فقال جمهور الفقهاء: القول قول المشتري؛ لأنّ الشفيع مدّعٍ والمشفوع عليه مدّعى عليه[1]*، وخالف في ذلك بعض التابعين، فقالوا: القول قول الشفيع؛ لأنّ المشتري قد أقر له بوجوب الشفعة وادعى عليه مقداراً من الثمن لم يعترف له به[2].

← وذكر غير واحد منهم أنّه إذا امتنع المشتري من الإزالة كان الشفيع مخيراً بين إزالته ودفع الأرش، وبين بذل قيمة الغراس والبناء ويكون له مع رضا المشتري، وبين النزول عن الشفعة. (جواهر الكلام ٣٧: ٣٦٦ ـ ٣٦٨، الخلاف ٣: ٤٣٩ ـ ٤٤٠، جامع المقاصد ٦: ٤٢١ ـ ٤٢٢، مسالك الأفهام ١٢: ٣٢٧ ـ ٣٢٩).

* المشهور عند الإماميّة أنّ القول قول المشتري مع يمينه فيما لو اختلفا في مقدار الثمن مع اتفاقهما علىٰ وقوع الشراء ولا بيّنة لهما. وحكي عن الغنية الإجماع عليه؛ لأنّه أعلم بعقده، وبأنّه الذي ينتزع الشيء من يده فلا يرفع يده عنه إلّا بما يدّعيه، ولأنّه الغارم، ولأنّه ذو اليد ولأنّه الذي يترك لو ترك. وذهب ابن الجنيد إلى تقديم قول الشفيع في قدر الثمن مطلقاً، ووافقه الشهيد الثاني. (جواهر الكلام ٣٧: ٤٤٤ ـ ٤٤٩، مسالك الأفهام ١٢: ٣٧٠ ـ ٣٧١، جامع المقاصد ٦: ٤٦٠).

---

١. الاستذكار ٢١: ٢٦٨ ـ ٢٦٩، المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٤٠٩، بدائع الصنائع ٦: ١٦١، المهذّب للشيرازي ٣: ٤٦٩، الكافي لابن قدامة ٢: ٢٣٧ ـ ٢٣٨.

٢. الاستذكار ٢١: ٢٦٩، المصنّف لعبدالرزاق ٨: ٨٣ ـ ٨٤.

وأمّا أصحاب مالك فاختلفوا في هذه المسألة، فقال ابن القاسم: القول قول المشتري إذا أتىٰ بما يشبه باليمين، فإن أتى بما لا يشبه فالقول قول الشفيع. وقال أشهب: إذا أتى بما يشبه فالقول قول المشتري بلا يمين وفيما لا يشبه باليمين[١].

وحكي عن مالك أنّه قال: إذا كان المشتري ذا سلطان يعلم بالعادة أنّه يزيد في الثمن قُبِل قول المشتري بغير يمين، وقيل: إذا أتى المشتري بما لا يشبه ردّ الشفيع إلى القيمة، وكذلك فيما أحسب إذا أتى كل واحد منهما بما لا يشبه[٢].

واختلفوا إذا أتى كلّ واحد منها ببيّنة وتساوت العدالة، فقال ابن القاسم: يسقطان معاً ويرجع إلى الأصل من أن القول قول المشتري مع يمينه. وقال أشهب: البيّنة بيّنة المشتري؛ لأنّها زادت علماً[٣]*.

---

* اختلف فقهاء الإماميّة فيما لو أقام كلّ من الشفيع والمشتري البيّنة علىٰ مدّعاه، فذهب بعضهم إلىٰ تقديم بيّنة الشفيع، فإنّه خارج، لأنّه مدّعٍ ولا ملك له، لأنّه يحاول إثبات استحقاقه التملّك بما يدّعيه، ولأنّ اليمين لاتُقبل منه، فلابدّ من قبول بيّنته.

وقد ذهب آخرون إلى تقديم بينة المشتري؛ واحتُج له بكونه داخلاً وبينته مقدّمة، وبأنّ بيّنته تثبت زيادة الثمن والشفيع ينكره، بينما ذهب ابن سعيد الحلي إلى الحكم بالقرعة، وقد صرّح بعضهم بأنّ مرجع الخلاف في ذلك هو الخلاف في تقديم بينة الخارج عند التعارض. (مفتاح الكرامة ١٤: ٤٣٨، جواهر الكلام ٣٧: ٤٤٩ ـ ٤٥١، الحدائق الناضرة ٢٠: ٣٣٥ـ٣٣٦، مسالك الأفهام ١٢: ٣٧٥، جامع المقاصد ٦: ٤٦١ ـ ٤٦٢).

---

١. النوادر والزيادات ١١: ١٩٥ ـ ١٩٦، الاستذكار ٢١: ٢٧٠.

٢. النوادر والزيادات ١١: ١٩٦، الاستذكار ٢١: ٢٧٠.

٣. النوادر والزيادات ١١: ١٩٦، المعونة ٢: ١٢٨٢، الاستذكار ٢١: ٢٦٩ ـ ٢٧٠.

كتاب القسمة

كتاب القسمة

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلّى الله علىٰ سيّدنا محمّد وآله وصحبه وسلّم تسليماً

والأصل في هذا الكتاب قوله تعالىٰ: ﴿وَإِذا حَضَرَ القِسْمَةَ أُولُوا ٱلْقُرْبىٰ﴾[1] وقوله: ﴿مِمّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيباً مَفْرُوضاً﴾[2]. وقول رسول الله ﷺ: «أيُّما دارٍ قُسِمَت في الجاهلية فهي علىٰ قَسْم الجاهلية، وأيّما دار أدركها الإسلام ولم تُقسم فهي على قَسْم الإسلام»[3]*.

والنظر في هذا الكتاب في القاسم، والمقسوم عليه، والقسمة.

والنظر في القسمة في أبواب.

الباب الأول: في أنواع القسمة.

الثاني: في تعيين محلّ نوع نوع من أنواعها، أعني: ما يقبل القسمة وما لايقبلها، وصفة

---

* أَجمعت الإماميّة علىٰ شرعية القسمة، واستدلوا بالكتاب، والسنّة. (جواهر الكلام ٤٠: ٣٢٥ ـ ٣٢٦، مسالك الأفهام ١٤: ٢٤، رياض المسائل ١٣: ١٥٣).

---

١. سورة النساء: الآية ٨.

٢. سورة النساء: الآية ٧.

٣. الموطّأ ٢: ٧٤٦ ـ ٧٤٧، كتاب الاقضية، باب القضاء في قسم الأموال، الحديث ٣٥، السنن الكبرى للبيهقي ٩: ١٢٢، كتاب السير، باب ما قسم من الدور والأراضي في الجاهلية.

القسمة فيها، وشروطها، أعني: فيما يقبل القسمة.

الثالث: في معرفة أحكامها.

الباب الأول في أنواع القسمة

والنظر في القسمة ينقسم أولاً إلىٰ قسمين: قسمة رقاب الأموال، والثاني منافع الرقاب.

القسم الأول من هذا الباب

فأمّا قسمة الرقاب التي لاتكال ولاتوزن، فتقسم بالجملة إلىٰ ثلاثة أقسام: قسمة قرعة بعد تقويم وتعديل، وقسمة مراضاة بعد تقويم وتعديل، وقسمة مراضاة بغير تقويم ولاتعديل. وأمّا ما يكال أو يوزن فبالكيل والوزن.

القسم الثاني

وأمّا الرقاب، فإنّها تنقسم إلىٰ ثلاثة أقسام: ما لاينقل ولايحوّل، وهي الرباع والأصول، وما ينقل ويحول، وهذا قسمان: إمّا غير مكيل ولا موزون وهو الحيوان والعروض، وإمّا مكيل أو موزون. ففي هذا الباب ثلاثة فصول:

الأول: في الرباع. والثاني: في العروض. والثالث: في المكيل والموزون.

الفصل الأول في الرباع

فأمّا الرباع والأصول، فيجوز أن تقسم بالتراضي وبالسُّهمة إذا عدلت بالقيمة، اتفق أهل

العلم علىٰ ذلك اتفاقاً مجملاً[١]، وإن كانوا اختلفوا في محلّ ذلك وشروطه.

والقسمة لاتخلو أن تكون في محلّ واحد أو في محالّ كثيرة، فإذا كانت في محلّ واحد فلا خلاف في جوازها إذا انقسمت إلىٰ أجزاء متساوية بالصفة، ولم تنقص منفعة الأجزاء بالانقسام ويجبر الشركاء علىٰ ذلك[٢]*.

وأمّا إذا انقسمت إلىٰ ما لا منفعة فيه، فاختلف في ذلك مالك وأصحابه، فقال مالك: إنّها تُقسم بينهم إذا دعا أحدهم إلىٰ ذلك ولو لم يصر لواحد منهم إلّا ما لا منفعة فيه مثل قَدَر القَدَم، وبه قال ابن كنانة من أصحابه فقط[٣]، وهو قول أبي حنيفة والشافعي[٤].

وعمدتهم في ذلك قوله تعالى: ﴿مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيباً مَّفْرُوضاً﴾[٥].

وقال ابن القاسم: لايقسم إلّا أن يصير لكلّ واحد في حظّه ما ينتفع به من غير مضرّة داخلة عليه في الانتفاع من قبل القسمة، وإن كان لايراعىٰ في ذلك نقصان الثمن[٦]. وقال ابن الماجشون: يقسم إذا صار لكلّ واحد منهم ما ينتفع به، وإن كان من غير جنس المنفعة

---

* يظهر اتفاق الإماميّة علىٰ أنّ الشريك الممتنع يُجبر علىٰ القسمة مع عدم الضرر فيها؛ وعمدة ما استدلّوا به الاتفاق بعد قاعدة وجوب إيصال الحق إلىٰ مستحقّه مع عدم الضرر والضرار. (جواهر الكلام ٢٦: ٣٠٩، تحرير الأحكام ٥: ٢١٧، مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٢١١).

---

١. المقدّمات الممهّدات ٣: ٩٨، الاشراف لابن المنذر ٣: ٢٧٦.

٢. الإجماع لابن المنذر: ٢٠٢، الإقناع لابن المنذر: ٥٤٣، الحاوي الكبير ١٦: ٢٥٠، المعونة ٢: ١٢٨٧، المغني لابن قدامة ١١: ٤٩٩، الاشراف لابن المنذر ٣: ٢٧٦، تحفة الفقهاء ٣: ٢٧٩.

٣. المقدّمات الممهّدات ٣: ٩٨، الكافي في فقه أهل المدينة: ٤٤٨، النوادر والزيادات ١١: ٢٢٤، المنتقى للباجي ٦: ٥٦، أحكام القرآن لابن العربي ١: ٣٢٨.

٤. الأم ٦: ٣٠٨، الحاوي الكبير ١٦: ٢٥٠، ٢٥١، البيان للعمراني ١٣: ١١٨، الاشراف لابن المنذر ٣: ٢٨١، المبسوط للسرخسي ١٥: ١٥ـ١٦، مختصر اختلاف العلماء ٤: ٣٢٢.

٥. الكافي في فقه أهل المدينة ٤٤٨، أحكام القرآن لابن العربي ١: ٣٢٨، المنتقىٰ للباجي ٦: ٥٦.

٦. المقدّمات الممهّدات ٣: ٩٩، الكافي في فقه أهل المدينة: ٤٤٨، الاستذكار ٢٢: ٢٤٥، أحكام القرآن لابن العربي ١: ٣٢٨.

التي كانت في الاشتراك أو كانت أقل[١]. وقال مطرف من أصحابه: إن لم يصر في حظّ كلّ واحد ما ينتفع به لم يقسم، وإن صار في حظّ بعضهم ما ينتفع به، وفي حظّ بعضهم ما لاينتفع به، قسم وجبروا علىٰ ذلك سواء دعا إلىٰ ذلك صاحب النصيب القليل أو الكثير[٢]، وقيل: يجبر إن دعا صاحب النصيب القليل، ولايجبر إن دعا صاحب النصيب الكثير، وقيل بعكس هذا[٣]*، وهو ضعيف.

واختلفوا من هذا الباب فيما إذا قُسم انتقلت منفعته إلىٰ منفعة أخرى مثل الحمّام، فقال مالك: يقسم إذا طلب ذلك أحد الشريكين، وبه قال أشهب[٤]. وقال ابن القاسم: لايقسم[٥]. وهو قول الشافعي[٦].

فعمدة من منع القسمة قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»[٧و٨]. وعمدة من رأىٰ القسمة قوله

---

* لا خلاف بين فقهاء الإماميّة في أنّه لاتجوز القسمة مع وجود الضرر علىٰ الجميع، ومع عدم الضرورة؛ لأنّه تضييع مال وهو سفه وإسراف منهي عنه. كما أنّه لايجبر المتضرر عندهم لو طلبها غير المتضرّر.

أمّا لو طلبها المتضرّر، فقالوا: يجبر من لايتضرّر. وعن البعض أنّه لايجبر. (الحدائق الناضرة ٢١: ١٧٠ ـ ١٧١، جواهر الكلام ٤٠: ٣٣٩، مفتاح الكرامة ٢٠: ٣٣٨، ٣٣٩).

---

١. المقدّمات الممهّدات ٣: ٩٨، المنتقىٰ للباجي ٦: ٥٦، النوادر والزيادات ١١: ٢٢٥.

٢. المقدّمات الممهّدات ٣: ٩٩، المنتقىٰ للباجي ٦: ٥٦، النوادر والزيادات ١١: ٢٢٥.

٣. المقدّمات الممهّدات ٣: ٩٩، الكافي في فقه أهل المدينة: ٤٤٩.

٤. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٥١٥، الاستذكار ٢٢: ٢٤٥ ـ ٢٤٦، المنتقىٰ للباجي ٦: ٥٦.

٥. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٥١٥، الاستذكار ٢٢: ٢٤٦، المنتقىٰ للباجي ٦: ٥٦.

٦. الاشراف لابن المنذر ٣: ٢٨٧، الحاوي الكبير ١٦: ٢٥١.

٧. سنن ابن ماجة ٢: ٧٨٤، كتاب الاحكام، باب من بنىٰ في حقه ما يضرّ جاره، الحديث ٢٣٤٠، سنن الدار قطني ٤: ٢٢٨، كتاب الأقضية، الحديث ٨٤.

٨. الحاوي الكبير ١٦: ٢٥١، المعونة ٢: ١٢٨٧، الاشراف لابن المنذر ٣: ٢٧٦، الكافي في فقه أهل المدينة: ٤٤٨، ٤٤٩.

تعالى: ﴿مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيباً مَّفْرُوضاً﴾[١ و٢]. ومن الحجّة لمن لم ير القسمة حديث جابر عن أبيه «لا تعضِيةَ علىٰ أهل الميراث إلّا ما حَملَ القسمُ»[٣]، والتعضية: التفرقة، يقول: لا قسمة بينهم[٤].

وأمّا إذا كانت الرباع أكثر من واحد فإنّها لاتخلو أيضاً أن تكون من نوع واحد أو مختلفة الأنواع، فإذا كانت متفقة الأنواع فإنّ فقهاء الأمصار في ذلك مختلفون؛ فقال مالك: إذا كانت متفقة الأنواع قسمت بالتقويم والتعديل والسُّهمة[٥]. وقال أبو حنيفة والشافعي: بل يقسم كلّ عقار علىٰ حدته[٦*].

---

* المشهور بين فقهاء الإماميّة أنّ ما يُعدّ شيئين فصاعداً من العقار، كالدور المتعدّدة، والأرض المتعدّدة الخالية من الشجر، وهي المعبّر عنها بالأقرحة، والدكاكين المتعدّدة، سواء تجاورت أم لا، والحبوب المختلفة كالحنطة والشعير، لايقسّم بعضها في بعض قسمة إجبار. وإنّما يقسّم كلّ واحد منها علىٰ حدته قسمة الإجبار إذا أمكن ذلك من غير ضرر؛ لأنّها أملاك متعدّدة ولكلّ منها خواصّ لاتحصل في الآخر. ←

---

١. سورة النساء: الآية ٧.

٢. المنتقىٰ للباجي ٦: ٥٦، الاستذكار ٢٢: ٢٤٦، الكافي في فقه أهل المدينة: ٤٤٨.

٣. قال صاحب الهداية (٨: ١٤ ـ ١٥): «كذا قال: عن جابر، عن أبيه. وهو غريب فإنّ جابراً لاتعرف له رواية عن أبيه، والحديث من رواية محمّد بن أبي بكر بن حزم، عن أبيه. رواه أبو عبيد في «الغريب» والبيهقي في السنن، قال أبو عبيد: حدثني حجاج عن ابن جريج، عن صديق بن موسىٰ عن محمّد بن أبي بكر بن محمّد بن عمرو بن حزم، عن أبيه، قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تعضية في ميراث إلّا ما حمل القسم» ورواه الدارقطني والبيهقي من طريق روح بن عبادة عن ابن جريج باللفظ الذي ذكره ابن رشد، راجع: السنن الكبرى للبيهقي ١٠: ١٣٣، كتاب آداب القاضي باب ما لايحتمل القسمة، سنن الدارقطني ٤: ٢١٩، كتاب الاقضية، حديث ٦٠.

٤. الاستذكار ٢٢: ٢٤٦ ـ ٢٤٧، الكافي في فقه أهل المدينة: ٤٤٨.

٥. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٤٦٤، المعونة ٢: ١٢٨٩، عيون المجالس ٤: ١٥٧٤ ـ ١٥٧٥، الاستذكار ٢٢: ٢٤٤، المنتقىٰ للباجي ٦: ٥٣.

٦. الأم ٦: ٣٠٩، مختصر اختلاف العلماء ٤: ٣٢٤، المعونة ٢: ١٢٨٩، الاشراف لابن المنذر ٣: ٢٨٢، المبسوط للسرخسي ١٥: ٣٣، الهداية للمرغيناني ٤: ٣٧٣.

فعمدة مالك أنّه أقلّ للضرر الداخل علىٰ الشركاء من القسمة[١]. وعمدة الفريق الثاني إن كل عقار تَعَيَّنه بنفسه؛ لأنّه تتعلّق به الشفعة[٢].

واختلف أصحاب مالك إذا اختلفت الأنواع المتفقة في النِّفاق وإن تباعدت مواضعها علىٰ ثلاثة أقوال[٣].

وأمّا إذا كانت الرباع مختلفة مثل: أن يكون منها دور ومنها حوائط ومنها أرض، فلا خلاف أنّه لايجمع في القسمة بالسّهمة[٤]، ومن شرط قسمة الحوائط المثمرة أن لاتقسم مع الثمرة إذا بدا صلاحها باتفاق في المذهب؛ لأنّه يكون بيع الطعام بالطعام علىٰ رؤوس الثمر[٥]، وذلك مزابنة[٦].

وأمّا قسمتها قبل بدو الصلاح ففيه اختلاف بين أصحاب مالك، أمّا ابن القاسم فلا يجيز ذلك قبل الإبار بحال من الأحوال؛ ويعتلّ لذلك لأنّه يؤدي إلىٰ بيع طعام بطعام متفاضلاً، ولذلك زعم أنّه لم يُجز مالك شراء الثمر الذي لم يطب بالطعام لا نسيئة ولا نقداً. وأمّا إن كان

← وقال القاضي ابن البراج: إذا استوت الدور والأقرحة في الرغبات قُسمت بعضها في بعض. قال: وكذا لو تضرّر بعضهم بقسمة كلّ على حدته، جمع حقّه في ناحية.

وحكم العلّامة الحلّي في الارشاد بأنّ الدكاكين المتجاورة يقسّم بعضها في بعض كذلك، دون الدور والأقرحة. (مسالك الأفهام ١٤: ٥٤، جواهر الكلام ٤٠: ٣٥٨ ـ ٣٦٠، قواعد الأحكام ٣: ٤٦٥).

---

١. المعونة ٢: ١٢٨٩، المنتقىٰ للباجي ٦: ٥٣.

٢. مختصر اختلاف العلماء ٤: ٣٢٤ ـ ٣٢٥، الاستذكار ٢٢: ٢٤٤، وانظر: المهذّب للشيرازي ٥: ٥٣٢، الاشراف لابن المنذر ٣: ٢٨٢.

٣. المقدّمات الممهّدات ٣: ٩٨، البيان والتحصيل ١٢: ١٠٦ ـ ١٠٧، المنتقىٰ للباجي ٦: ٥٥ ـ ٥٦، المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٤٦٤ ـ ٤٦٥.

٤. المقدّمات الممهّدات ٣: ٩٨، بدائع الصنائع ٩: ١٥٣، المهذّب للشيرازي ٥: ٥٣٢، الكافي لابن قدامة ٤: ٢٤٨، المعونة ٢: ١٢٨٩.

٥. لعلّ الصحيح: الشجر. أنظر: النوادر والزيادات ٦: ٢١، الاستذكار ٢١: ٢١٥.

٦. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٤٦٦ و٤٦٧، ٤٧٥، الاستذكار ٢١: ٢٠٨، ٢١٥، الكافي في فقه أهل المدينة: ٤٤٩.

بعد الإبار، فإنّه لايجوز عنده إلّا بشرط أن يشترط أحدهما علىٰ الآخر أنّ ما وقع من الثمر في نصيبه فهو داخل في القسمة، وما لم يدخل في نصيبه فهم فيه علىٰ الشركة[١].

والعلّة في ذلك عنده أنّه يجوز اشتراط المشتري الثمر بعد الإبار ولايجوز قبل الإبار، فكأنّ أحدهما اشترىٰ حظّ صاحبه من جميع الثمرات التي وقعت له في القسمة بحظّه من الثمرات التي وقعت لشريكه، واشترط الثمر[٢].

وصفة القَسْم بالقرعة أن تقسم الفريضة وتحقق وتضرب إن كان في سهامها كسر إلىٰ أن تصحّ السهام، ثم يقوّم كل موضع منها وكل نوع من غراساتها، ثم يعدل علىٰ أقل السهام بالقيمة، فربّما عدل جزء من موضع ثلاثة أجزاء من موضع آخر علىٰ قيم الأرضين ومواضعها، فإذا قسمت علىٰ هذه الصفات وعدلت كتبت في بطائق أسماءُ الأشراك وأسماء الجهات، فمن خرج اسمه في جهة أخذ منها، وقيل: يرمىٰ بالأسماء في الجهات، فمن خرجَ اسمه في جهة أخذ منها، فإن كان أكثر من ذلك السهم ضوعف له حتىٰ يتم حظّه، فهذه هي حال قرعة السهم في الرقاب[٣]*.

---

* المشهور بين فقهاء الإماميّة ـ في كيفية استعمال القرعة في القسمة ـ هو أنّه إن كانت الحصص متساوية قدراً وقيمة فإنّه بعد تعديل الحصص يكون القاسم مخيَّراً بين الإخراج على الاسماء بأن يكتب كلّ نصف في رقعة، ويصف كلّ واحد بما يميّزه عن الآخر، ويجعل ذلك مصوناً في ساتر كالشمع أو الطين ويأمر مَن لم يطّلع على الصورة بإخراج أحدهما على اسم أحد المتقاسمين، فما خرج فله.

وبين الإخراج على السهام بأن يكتب كلّ اسم في رقعة ويصونها، ويخرج على ←

---

١. أنظر: النوادر والزيادات ١١: ٢٣٧، البيان والتحصيل ١٢: ١٢١، والمنتقىٰ للباجي ٦: ٥٩.

٢. أنظر: المعونة ٢: ١٠١١ ـ ١٠١٢، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٣٥.

٣. المعونة ٢: ١٢٨٨، الحاوي الكبير ١٦: ٢٥٢ ـ ٢٥٤، بدائع الصنائع ٩: ١٤٦، المغني لابن قدامة ١١: ٥٠٤ ـ ٥٠٦، عقد الجواهر الثمينة ٣: ٨٩٣، المنتقىٰ للباجي ٦: ٤٩ ـ ٥٠.

والسُّهمة إنّما جعلها الفقهاء في القسمة تطييباً لنفوس المتقاسمين، وهي موجودة في الشرع في مواضع، منها: قوله تعالى: ﴿فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ﴾[١] وقوله: ﴿وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ﴾[٢] ومن ذلك الأثر الثابت، الذي جاء فيه «أنّ رجلاً أعتق ستّة أعبد عند موته، فأسهم رسول الله ﷺ بينهم، فأعتق ثلث ذلك الرقيق»[٣و٤*].

← سهم من السهمين، فمن خرج اسمه فله ذلك السهم، وذكر بعضهم أنّ هذه الطريقة غير متعيّنة، فلو جعلها بالأقلام والورق وغيرها كفىٰ ذلك، وإن تساوت الحصص قدراً لا قيمة، فإنّه تعدّل السهام قيمة، ويُلغىٰ القدر، وتكون القرعة كالسابق.

وأمّا لو تساوت الحصص قيمة لا قدراً كما لو كان لزيد نصف، ولعمرو ثلث، ولخالد سدس، فإنّه تُجزّء الاقسام إلى أقل السهام وهو السدس، ثم تُجعل ستة أجزاء. وهناك وجهان في بيان مقدار ما يكتب من الرقاع:

الأوّل: وهو الأشهر هو أن يكتب ثلاث رقاع بعدد الشركاء، في كلّ واحدة اسم واحد، ويخرج مرّتين، ويكتفىٰ بها عن الثالثة.

الثاني: أن يكتب ستّ رقاع، لصاحب السدس رقعة، ولصاحب الثلث رقعتان، ولصاحب النصف ثلاث.

وأمّا لو اختلفت السهام والقيمة، عدّلت السهام تقويماً ومُيّزت على قدر سهم أقلّهم نصيباً، وأقرع عليهما كالسابق. (مسالك الأفهام ١٠: ٣١٢، ٣١٥، ١٤: ٤٠ ـ ٤٨، كفاية الفقه ٢: ٧١٧).

* قال البجنوردي: «في بيان أدلة القرعة... أمّا الكتاب فمنها قوله تعالى: ﴿فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ﴾ وقوله تعالى: ﴿وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ﴾. ←

---

١. سورة الصافات، الآية: ١٤١.

٢. سورة آل عمران، الآية: ٤٤.

٣. صحيح مسلم ٣: ١٢٨٨، كتاب الايمان، باب من أعتق شركاً له في عبد، الحديث ١٦٦٨/٥٦، سنن أبي داود ٤: ٢٨، كتاب العتق، باب فيمن أعتق عبيداً له لم يبلغهم الثلث، الحديث ٣٩٥٨.

٤. المقدّمات الممهّدات ٣: ٩٣ ـ ٩٤، الحاوي الكبير ١٦: ٢٥٤.

وأمّا القسمة بالتراضي سواء كانت بعد تعديل وتقويم، أو بغير تقويم وتعديل، فتجوز في الرقاب المتّفقة والمختلفة؛ لأنّها بيع من البيوع، وإنّما يحرم فيها ما يحرم في البيوع[1]*.

الفصل الثاني في العروض

وأمّا الحيوان والعروض: فاتفق الفقهاء علىٰ أنه لا يجوز قسمة واحد منهما للفساد الداخل في ذلك[2]**.

← وأمّا الأخبار فادعي تواترها المعنوي، منها: رواية محمد بن حكيم المروي في التهذيب والفقيه، قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن القرعة في أي شيء؟ فقال لي: «كلّ مجهول ففيه القرعة» قلت له: إنّ القرعة تخطئ وتصيب، قال: «كلّ ما حكم الله به فليس بمخطئ». (القواعد الفقهية ١: ٥٩ ـ ٦٠، مباني تكملة المنهاج ٤١: ٤٨ ـ ٤٩).

* ذكر بعض فقهاء الإماميّة أنّ المقسوم، مثليّاً كان أو قيميّاً، عقاراً أو غيره، متحداً أو متعدّداً، متفقاً في الجنس أو مختلفاً، إن تضمّنت قسمته ردّاً أو ضرراً فهذه قسمة التراضي. والقسمة عندهم تمييز حق؛ لا بيع كي يلحقها أحكامه. (جواهر الكلام ٤٠: ٣٣٩، الروضة البهية ١: ٣٨٣، قواعد الأحكام ٣: ٤٦٤).

** لا خلاف بين علماء الإماميّة أنّه مع الضرر بالنسبة إلى الكلّ ـ مع عدم ضرورة ولا تعلّق غرض أهمّ من الابقاء ـ لاتجوز القسمة؛ لأنّ في ذلك سفهاً وتضييعاً للمال بلا مسوّغ له شرعاً. لكنهم اختلفوا في ضبط الضرر المانع من القسمة. (مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٢١١، مفتاح الكرامة ٢٠: ٣٢٨، كفاية الفقه ٢: ٧١٤، المبسوط ٨: ١٣٥).

---

١. أنظر المقدّمات الممهّدات ٣: ٩٢ ـ ٩٣، الحاوي الكبير ١٦: ٢٥٦ ـ ٢٥٧، بدائع الصنائع ٩: ١٥٢، المغني لابن قدامة ١١: ٤٩٧، ٥٠٦ ـ ٥٠٧، العزيز شرح الوجيز ١٢: ٥٥٥.

٢. الاشراف لابن المنذر ٣: ٢٨٠، المقدّمات الممهّدات ٣: ٩٨، المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٤٨٩، بدائع الصنائع ٩: ١٤٨، الكافي لابن قدامة ٤: ٢٤٧.

واختلفوا إذا تشاحّ الشريكان في العين الواحدة منهما، ولم يتراضيا بالانتفاع بها علىٰ الشياع، وأراد أحدهما أن يبيع صاحبه معه. فقال مالك وأصحابه: يُجبر علىٰ ذلك، فإن أراد أحدهما أن يأخذه بالقيمة التي أُعطي فيها أخذه[١]*. وقال أهل الظاهر: لايجبر؛ لأنّ الأصول تقتضي أن لايخرج ملك أحد من يده إلّا بدليل من كتاب أو سنة أو إجماع[٢].

وحجة مالك أنّ في ترك الإجبار ضرراً[٣]، وهذا من باب القياس المرسل. وقد قلنا في غير ما موضع: إنّه ليس يقول به أحد من فقهاء الأمصار إلّا مالك، ولكنّه كالضروري في بعض الأشياء[٤].

وأمّا إذا كانت العروض اكثر من جنس واحد، فاتفق العلماء علىٰ قسمتها علىٰ التراضي[٥]. واختلفوا في قسمتها بالتعديل والسُّهمة، فاجازها مالك وأصحابه في الصنف

---

* اختلفت الإماميّة على أقوال في المقام:

الاوّل: إنّه لايباع المشترك مع التنازع وعدم امكان القسمة وانتفاء المهايأة، بل يترك حتىٰ يصطلح الشركاء؛ لأصلي عدم الوجوب، وعدم صحة البيع عليهم.

الثاني: إنّه يجبر الشركاء على البيع ويقسّم الثمن بينهم؛ للسيرة العقلائية.

الثالث: إنّه ينتزعه الحاكم ويؤجّره عليهم إن كان له أُجرة. (مفتاح الكرامة ٢٠: ٣٤٨، كشف اللثام ١٠: ١٧٣، الدروس الشرعية ٢: ١١٩، مباني تكملة المنهاج ٤١: ٤٩).

---

١. التفريع ٢: ٢٩٦، النوادر والزيادات ١١: ٢٣١، التلقين ٢: ٤٥٧، المعونة ٢: ١٢٨٦.

٢. المحلّىٰ بالآثار ٩: ٢٨، مسألة ١٥٤٠.

٣. عقد الجواهر الثمينة ٣: ٨٩٦، المعونة ٢: ١٢٨٦، المحلّىٰ بالآثار ٩: ٢٨.

٤. الضروري في أصول الفقه: ١٢٨.

٥. المقدّمات الممهّدات ٣: ٩٦، بدائع الصنائع ٩: ١٥٢، التهذيب للبغوي ٨: ٢١٠، وانظر: الكافي لابن قدامة ٤: ٢٤٩.

الواحد، ومنع من ذلك عبد العزيز بن أبي سلمة وابن الماجشون[١]*. واختلف أصحاب مالك في تمييز الصنف الواحد الذي تجوز فيه السهمة من التي لاتجوز، فاعتبره أشهب بما لايجوز تسليم بعضه في بعض[٢].

وأمّا ابن القاسم فاضطرب، فمرّة أجاز القسم بالسهمة فيما لايجوز تسليم بعضه في بعض؛ فجعل القسمة أخفّ من السلم.

ومرّة منع القسمة فيما منع فيه السلم، وقد قيل: إنّ مذهبه أنّ القسمة في ذلك أخفّ، وإنّ مسائله التي يُظَنّ من قِبَلها أنّ القسمة عنده أشدّ من السلم تقبل التأويل على أصله الثاني[٣].

وذهب ابن حبيب إلىٰ أنّه يجمع في القسمة ما تقارب من الصنفين مثل الخزّ والحرير والقطن والكتان[٤]. وأجاز أشهب جمع صنفين في القسمة بالسهمة مع التراضي، وذلك ضعيف؛ لأنّ الغرر لايجوز بالتراضي[٥].

---

* ذكر غير واحد من فقهاء الإماميّة أنّ الاجناس المختلفة كالعبد والثوب والحنطة والشعير والدابة والدار لا اجبار في قسمة أعيانها بعضاً في بعض وإن تساوت قيمتها؛ لتعلق الغرض غالباً بالعين، ولأنّ لكلّ واحدٍ منها خواص لا تحصل في الآخر. (مسالك الأفهام ١٤: ٣٨ ـ ٣٩، ٥٤، كشف اللثام ١٠: ١٦٩، تحرير الأحكام ٥: ٢١٨).

---

١. المقدّمات الممهّدات ٣: ٩٦، البيان والتحصيل ١٢: ١٣٧، المنتقىٰ للباجي ٦: ٥٧. وفي جميعها: عبدالعزيز بن أبي سلمة الماجشون أو ابن الماجشون.

٢. المقدّمات الممهّدات ٣: ٩٦، النوادر والزيادات ١١: ٢٢٩، المنتقىٰ للباجي ٦: ٥٧.

٣. المقدّمات الممهّدات ٣: ٩٦ ـ ٩٧، المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٤٨٩ ـ ٤٩٠، المنتقىٰ للباجي ٦: ٥٧.

٤. المقدّمات الممهّدات ٣: ٩٧، النوادر والزيادات ١١: ٢٢٨ ـ ٢٢٩، المنتقىٰ للباجي ٦: ٥٧، عقد الجواهر الثمينة ٣: ٨٩٧.

٥. المقدّمات الممهّدات ٣: ٩٧.

الفصل الثالث في معرفة أحكامها

فأمّا المكيل والموزون: فلاتجوز فيه القرعة باتفاق[١] إلّا ما حكىٰ اللخمي[٢].

والمكيل أيضاً لايخلو أن يكون صبرة واحدة أو صبرتين فزائداً. فإن كان صنفاً واحداً، فلايخلو أن تكون قسمته علىٰ الاعتدال بالكيل أو الوزن، إذا دعا إلىٰ ذلك أحد الشريكين، ولا خلاف في جواز قسمته علىٰ التراضي علىٰ التفضيل البيّن، كان ذلك من الربوي أو من غير الربوي، أعني: الذي لايجوز فيه التفاضل[٣]*.

ويجوز ذلك بالكيل المعلوم والمجهول، ولايجوز قسمته جزافاً بغير كيل ولا وزن. وأمّا إن كانت قسمته تحرّياً، فقيل: لايجوز في المكيل، ويجوز في الموزون، ويدخل في ذلك من الخلاف ما يدخل في جواز بيعه تحرّياً[٤]. وأمّا إن لم يكن ذلك من صبرة واحدة وكانا صنفين، فإن كان ذلك ممّا لايجوز فيه التفاضل فلاتجوز قسمتها علىٰ جهة الجمع إلّا بالكيل المعلوم فيما يكال، وبالوزن بالصنجة المعروفة فيما يوزن؛ لأنّه إذا كان بمكيال مجهول لم يُدر كم يحصل فيه من الصنف الواحد إذا كانا مختلفين من الكيل المعلوم. وهذا كلّه علىٰ مذهب

---

* قال بعض الإماميّة: يقسم المكيل والموزون وغيرهما كيلاً ووزناً وخرصاً ومقابلة، متساوياً ومتفاضلاً ربوياً كان وغيره؛ لأنّ القسمة عندنا تمييز حقّ لا بيع كي يلحقها أحكامه من القبض في المجلس لو كانت في نقدين مثلاً، ومن عدم الزيادة لو كانت في ربوي، ومن العلم بالمقدار لو كانت في مجهول. (جواهر الكلام ٤٠: ٣٣٧، ٣٣٨، كشف اللثام ١٠: ١٦٩، مسالك الأفهام ١٤: ٣٠، ٣١).

---

١. أنظر: المقدّمات الممهّدات ٣: ٩٦، الكافي في فقه أهل المدينة: ٤٤٥، تحفة الفقهاء ٣: ٢٧٩.

٢. لم نعثر عليه.

٣. المقدّمات الممهّدات ٣: ٩٤.

٤. المقدّمات الممهّدات ٣: ٩٤ ـ ٩٥، النوادر والزيادات ١١: ٢٣٤.

مالك؛ لأنّ أصل مذهبه أنّه يحرم التفاضل في الصنفين إذا تقاربت منافعهما، مثل القمح والشعير[١]، وأمّا إذا كان مما يجوز فيه التفاضل، فيجوز قسمته علىٰ الاعتدال والتفاضل البيّن المعروف، بالمكيال المعروف أو الصنجة المعروفة، أعني: علىٰ جهة الجمع وإن كانا صنفين، وهذا الجواز كلّه في المذهب علىٰ جهة الرضا[٢].

وأمّا في واجب الحكم فلاتنقسم كلّ صبرة إلّا علىٰ حدة وإذا قسمت كلّ صبرة علىٰ حدة جازت قسمتها بالمكيال المعلوم والمجهول[٣]، فهذا كلّه هو حكم القسمة التي تكون في الرقاب.

القول في القسم الثاني وهو قسمة المنافع

فأمّا قسمة المنافع، فإنّها لاتجوز بالسهمة علىٰ مذهب ابن القاسم، ولايجبر عليها مَن أباها، ولاتكون القرعة علىٰ قسمة المنافع[٤]. وذهب أبو حنيفة وأصحابه إلىٰ أنّه يجبر علىٰ قسمة المنافع[٥]*.

وقسمة المنافع هي عند الجميع بالمهايأة؛ وذلك اما بالأزمان وإمّا بالأعيان. أمّا قسمة المنافع بالأزمان فهو أن ينتفع كلّ واحد منهما بالعين مدّة مساوية لمدّة انتفاع صاحبه[٦]. وأمّا

---

* أجمع علماء الإماميّة علىٰ أنّه لايجبر الممتنع علىٰ المهايأة فيما يقبل القسمة. وأمّا فيما لايقبل القسمة فذهب الأكثر إلى عدم الإجبار أيضاً، واستشكل العلّامة الحلّي في قواعد الأحكام فيه. والمهأياة هي: قسمة المنفعة بالأجزاء والزمان. (ايضاح الفوائد ٤: ٣٦٨، مفتاح الكرامة ٢٠: ٣٢٩، تحرير الاحكام ٥: ٢٢٨).

---

١. المقدّمات الممهّدات ٣: ٩٥، النوادر والزيادات ١١: ٢٣٢، المنتقىٰ للباجي ٦: ٥٩، وانظر: المعونة ٢: ٩٦١.

٢. المقدّمات الممهّدات ٣: ٩٥ ـ ٩٦، النوادر والزيادات ١١: ٢٣٤، المنتقىٰ للباجي ٦: ٦٠.

٣. المقدّمات الممهّدات ٣: ٩٦.

٤. المقدّمات الممهّدات ٣: ١٠١، وانظر: المعونة ٢: ١٢٨٧.

٥. مختصر اختلاف العلماء ٤: ٣٢٢ ـ ٣٢٣، المبسوط للسرخسي ٢٠: ١٨٦، المحيط البرهاني ٧: ٣٧٩، المقدّمات الممهّدات ٣: ١٠٣.

٦. المقدّمات الممهّدات ٣: ١٠١ ـ ١٠٢، المنتقىٰ للباجي ٦: ٥١، المحيط البرهاني ٧: ٣٧٩.

قَسم الأعيان بأن يقسما الرقاب علىٰ أن ينتفع كلّ واحد منهما بما حصل له مدّة محدودة والرقاب باقية علىٰ أصل الشركة[١]*.

وفي المذهب في قسمة المنافع بالزمان اختلاف في تحديد المدّة التي تجوز فيها القسمة لبعض المنافع دون بعض للاغتلال أو الانتفاع، مثل استخدام العبد، وركوب الدابة، وزراعة الأرض، وذلك أيضاً فيما ينقل ويحوّل، أو لاينقل ولايحوّل.

فأمّا فيما ينقل ويحوّل فلايجوز عند مالك وأصحابه في المدّة الكثيرة، ويجوز في المدّة اليسيرة، وذلك في الاغتلال والانتفاع. وأمّا فيما لاينقل ولايحوّل، فيجوز في المدة البعيدة والأجل البعيد، وذلك في الاغتلال والانتفاع[٢].

واختلفوا في المدّة اليسيرة فيما ينقل ويحوّل في الاغتلال، فقيل: اليوم الواحد ونحوه، وقيل: لايجوز ذلك في الدابة والعبد. وأمّا الاستخدام، فقيل: يجوز في مثل الخمسة الأيام، وقيل: في الشهر، وأكثر من الشهر قليلاً[٣].

وأمّا التهايؤ في الأعيان بأن يستعمل هذا داراً مدّة من الزمان، وهذا داراً تلك المدّة بعينها، فقيل: يجوز في سكنىٰ الدار وزراعة الأرضين، ولايجوز ذلك في الغلّة والكراء إلّا في الزمان اليسير، وقيل: يجوز علىٰ قياس التهايؤ بالأزمان. وكذلك القول في استخدام العبد والدواب يجري القول فيه علىٰ الاختلاف في قسمتها بالزمان[٤]. فهذا هو القول في أنواع القسمة في الرقاب، وفي المنافع، وفي الشروط المصحّحة والمفسدة، وبقي من هذا الكتاب القول في الأحكام.

---

* وهما كذلك عند الإماميّة. (تحرير الأحكام ٥: ٢٢٨، ايضاح الفوائد ٤: ٣٦٨).

---

١. المقدّمات الممهّدات ٣: ١٠٢، المنتقىٰ للباجي ٦: ٥٢.

٢. المقدّمات الممهّدات ٣: ١٠٢، المنتقىٰ للباجي ٦: ٥٢، النوادر والزيادات ١١: ٢٣٨.

٣. المقدّمات الممهّدات ٣: ١٠٢، المنتقىٰ للباجي ٦: ٥١، ٥٢، النوادر والزيادات ١١: ٢٣٨.

٤. المقدّمات الممهّدات ٣: ١٠٢، النوادر والزيادات ١١: ٢٣٨، المنتقىٰ للباجي ٦: ٥٢.

القول في الأحكام

والقسمة من العقود اللازمة، لايجوز للمتقاسمين نقضها ولا الرجوع فيها إلّا بالطوارئ عليها. والطوارئ ثلاثة: غبن، أو وجود عيب، أو استحقاق[1]*. فأمّا الغبن فلا يوجب الفسخ إلّا في قسمة القرعة باتفاق في المذهب، إلّا علىٰ قياس من يرىٰ له تأثير في البيع، فيلزم علىٰ مذهبه أن يؤثّر في القسمة[2]**.

وأمّا الردّ بالعيب، فإنّه لايخلو علىٰ مذهب ابن القاسم أن يجد العيب في جلّ نصيبه أو في أقلّه. فإن وجده في جلّ نصيبه، فإنّه لايخلو أن يكون النصيب الذي حصل لشريكه قد فات أو لم يفت، فإن كان قد فات ردّ الواجدُ للعيب نصيبه علىٰ الشركة، وأخذ من شريكه

---

* اتفقت الإماميّة علىٰ أنّ القسمة لازمة، ليس لأحد المتقاسمين فسخها إلّا مع الاتفاق عليه. (قواعد الاحكام ٣: ٤٦٥، كشف اللثام ١٠: ١٨١ ـ ١٨٣، مفتاح الكرامة ٢٠: ٣٦٧).

** ذكر جمع من فقهاء الإماميّة أنه لو ادعىٰ أحد الشريكين الغلط في القسمة، وأنّه أُعطي دون حقّه، وانكر الآخر، فالقول قول المنكر مع يمينه، ولاتقبل دعوى المدعي إلّا بالبينة، وإن أقام شاهدين علىٰ الغلط، نقضت القسمة وأُعيدت، وإن لم يكن هناك بيّنة كان له احلاف الشريك، سواء كانت القسمة تلزم بالقرعة أو تتوقف علىٰ التراضي، كما لو اقتسما بأنفسهما، فإنّه تُسمع دعواه، ويحلف خصمه أيضاً مع عدم البينة. (تحرير الاحكام ٥: ٢٢٦، مسالك الأفهام ١٤: ٥٥، مفتاح الكرامة ٢٠: ٣٦٨ ـ ٣٧٢، جواهر الكلام ٤٠: ٣٦١ ـ ٣٦٢).

---

١. المقدّمات الممهّدات ٣: ١٠٣ ـ ١٠٤، المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٤٦٣، وانظر: عقد الجواهر الثمينة ٣: ٨٩٣، ٨٩٥.

٢. القبس لابن العربي ٣: ٤٥٩، فصول الاحكام: ٣١٩.

نصفَ قيمة نصيبه يوم قبضه، وإن كان لم يفت انفسخت القسمة وعادت الشركة إلىٰ اصلها، وإن كان العيب في أقلّ ذلك، ردَّ ذلك الأقلّ علىٰ أصل الشركة فقط، سواء فات نصيب صاحبه أو لم يفت، ورجع على شريكه بنصف قيمة الزيادة ولايرجع في شيء مما في يده وإن كان قائماً بالعيب[١]*.

وقال أشهب: والذي يُفيتُ الردَّقد تقدّم في كتاب البيوع[٢]. وقال عبدالعزيز بن الماجشون: وجودُ العيب يفسخ القسمة التي بالقرعة ولايفسخ التي بالتراضي؛ لأنّ التي بالتراضي هي بيع، وأمّا التي بالقرعة فهي تمييز حقّ، وإذا فُسخت بالغبن وجب أن تفسخ بالرد بالعيب[٣].

وحكم الاستحقاق عند ابن القاسم حكم وجود العيب إن كان المستحقّ كثيراً وحظّ الشريك لم يَفُت رجع معه شريكاً فيما في يديه. وإن كان قد فات رجع عليه بنصف قيمة مافي يديه. وإن كان يسيراً رجع عليه بنصف قيمة ذلك الشيء[٤]. وقال محمد: إذا استُحق ما في يد أحدهما بطلت القسمة في قسمة القرعة؛ لأنّه قد تبيّن أنّ القسمة لم تقع علىٰ عدل، كقول ابن الماجشون في العيب[٥]**.

---

* اختلف علماء الإماميّة لو ظهر العيب على قولين:

أحدهما: بطلان القسمة؛ لانتفاء التعديل الذي هو شرط فيها.

الثاني: صحتها، فيتخير الشريك بين أخذ الأرش والفسخ. (تحرير الأحكام ٥: ٢٢٧، مفتاح الكرامة ٢٠: ٣٧٥ ـ ٣٧٦).

** لا خلاف بين فقهاء الإماميّة في بطلان القسمة فيما إذا ظهر بعض المقسوم مستحقّاً، وكان كلّه أو أكثره في نصيب أحدهما؛ لبطلان التعديل، كما لا خلاف في عدم ←

---

١. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٤٩٨ ـ ٤٩٩، البيان والتحصيل ١٢: ١٢٦ ـ ١٢٨، عقد الجواهر الثمينة ٣: ٨٩٣ ـ ٨٩٤.

٢. لم نعثر عليه.

٣. البيان والتحصيل ١٢: ١٣٦ ـ ١٣٧، النوادر والزيادات ١١: ٢٤٧، المقدّمات الممهّدات ٣: ١٠٩.

٤. أنظر: المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٥٠٤، ٥٠٥.

٥. المبسوط للسرخسي ١٥: ٥٠، النتف في الفتاوىٰ ٢: ٦١٩، روضة القضاة ٢: ٨١٤.

وأمّا إذا طرأ على المال حقّ فيه، مثل طوارئ الدَّين على التركة بعد القسمة، أو طروّ الوصية أو طروّ وارث، فإنّ أصحاب مالك اختلفوا في ذلك. فأمّا إن طرأ الدَّين، قيل في المشهور في المذهب، وهو قول ابن القاسم: إنّ القسمة تَنتقض إلّا أن يتّفق الورثة علىٰ أن يعطوا الدَّين من عندهم، وسواء كانت حظوظهم باقية بأيديهم أو لم تكن، هلكت بأمر من السماء أو لم تهلك[1].

وقد قيل أيضاً: إنّ القسمة إنّما تَنتقض بيد من بقي في يده حظّه، ولم تهلك بأمر من السماء. وأمّا من هلك حظّه بأمر من السماء، فلايُرجَع عليه بشيء من الدَّين، ولايَرجع هو علىٰ الورثة بما بقي بأيديهم بعد أداء الدَّين[2]؛ وقيل: بل تنتقض القسمة ولابدّ؛ لحقّ الله تعالى[3] لقوله ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِى بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾[4].

وقيل: بل تَنتقض إلّا في حقّ من أعطى منه ماينوي به من الدَّين[5]*. وهكذا الحكم في

← البطلان إن ظهر الاستحقاق في نصيب الشريكين بالسوية. هذا إذا كان الجزء المستحق معيّناً.

واختلفوا فيما لو كان المستحقّ مشاعاً. والأشبه بأصول مذهبهم وقواعده هو بطلان القسمة. بينما ذهب الشيخ الطوسيّ في أحد قوليه إلىٰ صحّة القسمة في الجزء غير المستحق. (مفتاح الكرامة ٢٠: ٣٧٣ ـ ٣٧٤، جواهر الكلام ٤٠: ٣٦٥ ـ ٣٦٦، مسالك الأفهام ١٤: ٥٧).

* ذكر غير واحد من فقهاء الإماميّة أنّه لو قسَّم الورثة التركة ثم ظهر على المورّث دَين، فإن أدّوه من مالهم مضت القسمة، وإلّا بطلت، ولو امتنع بعضهم من الأداء بيع من نصيبه خاصّة في قدر ما يخصّه من الدَّين، إلّا أنّه استشكل صاحب الجواهر في ذلك ←

---

١. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٤٨٢، المقدّمات الممهّدات ٣: ١٠٥ ـ ١٠٦، البيان والتحصيل ١٢: ١٣٤.

٢. المقدّمات الممهّدات ٣: ١٠٦، البيان والتحصيل ١٢: ١٣٥.

٣. المقدّمات الممهّدات ٣: ١٠٦، البيان والتحصيل ١٢: ١٣٣ ـ ١٣٤.

٤. سورة النساء: الآية ١١.

٥. المقدّمات الممهّدات ٣: ١٠٦، البيان والتحصيل ١٢: ١٣٤. وفيهما: ما ينوبه من الدَّين.

طروّ الموصىٰ له علىٰ الورثة[١]*.

وأمّا طروّ الوارث علىٰ الشركة بعد القسمة وقبل أن يفوت حظّ كلّ واحد منهم فلا تنتقض القسمة وأخَذ من كلّ واحد حظّه إن كان ذلك مكيلاً أو موزوناً. وإن كان حيواناً أو عروضاً انتقضت القسمة، وهل يضمن كل واحد منهم ما تلف في يده بغير سبب منه؟ فقيل: يضمن، وقيل: لا يضمن[٢].

← بناءً على كون التركة ملكاً للورثة، وإنّ تعلُّق الدين بها لاينافي صحّة القسمة. (جواهر الكلام ٤٠: ٣٦٧ ـ ٣٦٨، مفتاح الكرامة ٢٠: ٣٧٥، مسالك الأفهام ١٤: ٥٨).

* ذكر غير واحد من فقهاء الإماميّة أنّه لو ظهر وجود وصيّة بعد قسمة التركة، فإن كانت بمال من غير المقسوم فكما لو ظهر دين، وإن كانت وصيّة بجزء مشاع أو معيّن من المقسوم فهي كما لو ظهر استحقاق فيه. (تحرير الأحكام ٥: ٢٢٨، مسالك الأفهام ١٤: ٥٨، مفتاح الكرامة ٢٠: ٣٧٧، جواهر الكلام ٤٠: ٣٦٨ـ٣٦٩).

---

١. المقدّمات الممهّدات ٣: ١٠٥، البيان والتحصيل ١٢: ١٣٣ ـ ١٣٤.

٢. المقدّمات الممهّدات ٣: ١٠٤ ـ ١٠٥، النوادر والزيادات ١١: ٢٥٥، وانظر: المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٤٨٤.

كتاب الرهون

كتاب الرهون

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلّى الله علىٰ محمّد وآله وصحبه وسلّم تسليماً

والأصل في هذا الكتاب قوله تعالى: ﴿وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِباً فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾[1]*، والنظر في هذا الكتاب: في الأركان، وفي الشروط، وفي الأحكام.

والأركان هي النظر في الراهن، والمرهون، والمرتهن، والشيء الذي فيه الرهن، وصفة عقد الرهن.

الركن الأوّل

فأمّا الراهن: فلا خلاف أنّ من صفته أن يكون غير محجور عليه من أهل السداد[2]**،

---

* أجمع فقهاء الإماميّة ـ بل لعلّه من ضروريات المذهب أو الدين ـ علىٰ ثبوت الرهن للإجماع والآية. (المبسوط ٢: ١٩٦، جواهر الكلام ٢٥: ٩٥).

** لم يُنقل خلاف بين فقهاء الإماميّة في أنّه يشترط في الراهن كونه جائز التصرُّف. (تذكرة الفقهاء ١٣: ١٠٨، مفتاح الكرامة ١١: ١٩٣، جواهر الكلام ٢٥: ١٥٩، مسالك الأفهام ٤: ٣٣، ارشاد الاذهان ١: ٣٩٢).

---

١. سورة البقرة: الآية ٢٨٣.

٢. الحاوي الكبير ٦: ٨، الكافي في فقه أهل المدينة: ٤١٠، بدائع الصنائع ٨: ١٣٩، المغني لابن قدامة ٤: ٤٠٠.

والوصي يرهن لمن يلي النظرَ عليه إذا كان ذلك سداداً ودعت إليه الضرورة عند مالك[١]. وقال الشافعي: يرهَن لمصلحة ظاهرة[٢]*، ويرهن المكاتب والمأذون عند مالك. قال سحنون: فإن ارتَهن في مال أُسلفه لم يَجُزْ[٣]**، وبه قال الشافعي[٤].

واتفق مالك والشافعي على أنّ المفلس لايجوز رهنُه[٥]***، وقال أبو حنيفة: يجوز[٦].

---

* لا خلاف بين الإماميّة في أنّه يجوز لولّي الطفل رهن ماله إذا افتقر إلى ذلك للاستدانة ونحوها، مع مراعاة المصلحة. كأن يستهدم عقاره فيروم رمّه وإصلاحه، أو يكون له أموال يحتاج إلى الإنفاق لحفظها من التلف أو الانتقاص. فيرهن بذلك ما يراه من أمواله إذا كان استبقاؤها أعود. علماً أنّه لا فرق بين الأولياء في ذلك، سواء الأب، والجد للأب، والوصي، والحاكم، وأمينه. (تذكرة الفقهاء ١٣: ١٠٩، ١١١ ـ ١١٢، مسالك الأفهام ٤: ٣٣، جواهر الكلام ٢٥: ١٦١).

** ذكر غير واحد من فقهاء الإماميّة أنّه لايجوز للمكاتب أن يتصرّف بما في يده من المال وإن كان مملوكاً له، إلّا بإذن مولاه، وقد مثّلوا له بالرهن. إلّا أنّ العلّامة الحلّي قال: يجوز للمكاتب أن يرهن ويرتهن مع المصلحة والغبطة، لانقطاع تصرّف المولى عنه، ولكن يشترط النظر والمصلحة، كما في الطفل... (تذكرة الفقهاء ١٣: ١١٢، كشف اللثام ٨: ٥٠٢، جواهر الكلام ٣٤: ٣٣٨).

*** لا خلاف بين الإماميّة في منع المفلس من التصرّف ابتداءً في المال الموجود حال الحجر. (جواهر الكلام ٢٥: ٢٨٢، تذكرة الفقهاء ١٤: ٢٣).

---

١. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٣١٤ ـ ٣١٥، ولاحظ الكافي في فقه أهل المدينة: ٤١٠.

٢. الأم ٣: ١٦٨، الحاوي الكبير ٦: ٢٣، الوجيز ١: ١٦٢.

٣. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٣٢٦ ـ ٣٢٧، عقد الجواهر الثمينة ٢: ٧٧١.

٤. الوجيز ١: ١٦٢، الحاوي الكبير ٦: ٢٧.

٥. البيان للعمراني ٦: ٥، المنتقىٰ للباجي ٥: ٢٤٨، لاحظ: المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٣٠٦، الكافي في فقه أهل المدينة: ٤١١، التفريع ٢: ٢٥٤، الحاوي الكبير ٦: ١١، التهذيب للبغوي ٤: ١٣ ـ ١٤.

٦. الهداية للمرغيناني ٣: ٣١٩ ـ ٣٢٠، مختصر القدوري: ٩٦.

واختلف قول مالك في الذي أحاط الدَّينُ بماله، هل يجوز رهنه؟ أعني: هل يلزم أم لايلزم؟ فالمشهور عنه أنّه يجوز[١]* أعني: قبل أن يفلس، والخلاف آيل إلى هل المفلس محجور عليه أم لا؟ وكلّ من صحّ أن يكون راهناً صحّ أن يكون مرتهِناً[٢]**.

الركن الثاني

وهو الرهن[٣]، وقالت الشافعية: يصحّ بثلاثة شروط[٤]:

الأول: أن يكون عيناً، فإنّه لايجوز أن يرهن الدَّين***.

---

* أجمع فقهاء الإماميّة على أنّه لو ساوت ديون المديون أمواله، فإنّه لايجوز الحجر عليه؛ لأصالة عدم الحجر، ولأنّ الغرماء يمكنهم المطالبة بحقوقهم واستيفاؤهم في الحال. (تذكرة الفقهاء ١٤: ١٣، ١٤، فقه الصادق ٢٠: ١٢٣ ـ ١٢٤).

** ذكر جمع من فقهاء الإماميّة أنّه يشترط في المرتهن ما يشترط في الراهن، والمتعاقدين في سائر العقود، من كمال العقل، وجواز التصرّف، والاختيار؛ لاتحاد الدليل. (رياض المسائل ٨: ٥٢٦، مسالك الأفهام ٤: ٣٤، جواهر الكلام ٢٥: ١٦٠، الحدائق الناضرة ٢٠: ٢٥٤).

*** لا خلاف بين الإماميّة في شرط المرهون أن يكون عيناً. وأمّا لو رهن ديناً فإنّه لاينعقد على المشهور، وحكي عن السرائر والغنية الاجماع عليه؛ لعدم إمكان القبض فيه، لأنّه أمر كليّ لا وجود له في الخارج يمكن قبضه، وما يقبض بتعيين المديون ليس نفسه وإن وجد ضمنه. واحتمل بعضهم صحّة ذلك. (جواهر الكلام ٢٥: ١١٦ ـ ١١٩، مفتاح الكرامة ١١: ١٣٩ ـ ١٤٠، مسالك الأفهام ٤: ٢٠ـ٢١).

---

١. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٣١٠.

٢. عقد الجواهر الثمينة ٢: ٧٧٢.

٣. أي المرهون.

٤. الوسيط ٣: ٤٦١ ـ ٤٦٢، ٤٧٠، التهذيب للبغوي ٤: ٣، ٢٢ ـ ٢٣.

الثاني: أن لايمتنعَ اثباتُ يد الراهن المرتَهَنَ[١] عليه كالمصحف *. ومالك يجيز رهن المصحف ولايقرأ فيه المرتهن[٢]، والخلاف مبني على البيع.

الثالث: أن تكون العين قابلة للبيع عند حلول الأجل. ويجوز عند مالك أن يرتهن ما لايحلّ بيعه وقت الارتهان كالزرع والثمر لم يبدُ صلاحه، ولايباع عنده في أداء الدَّين إلّا إذا بدا صلاحه، وإن حلّ أجل الدَّين[٣]. وعن الشافعي قولان في رهن الثمر الذي لم يبد صلاحه، ويباع عنده عند حلول الدَّين على شرط القطع. قال أبو حامد: والأصحّ جوازه[٤] **.

---

* اختلف فقهاء الإماميّة في رهن مثل العبد المسلم أو المصحف عند كافر على قولين:

الأوّل: المنع؛ لما فيه من تعظيم شأن الإسلام والكتاب العزيز، ومن نفي السبيل على المؤمن، فإنّ اثبات يد المرتهن سبيل عليه. وذهب إليه العلّامة كما في التذكرة.

الثاني: يصحّ الرهن ويوضع على يد مسلم؛ لمنع تحقق السبيل بذلك، لأنّه إذا لم يكن تحت يده لم يستحق الاستيفاء من قيمته إلّا ببيع المالك، أو من يأمره بذلك. ومع التعذر يرفع أمره إلى الحاكم ليبيع ويوفيه، ومثل هذا لايعد سبيلاً؛ لأنّ مثله يتحقّق بالموت والتفليس ونحوهما. وهو مختار العلّامة، والشيخ في المبسوط، والفاضل، وقد يحكى عن الشهيدين. (تذكرة الفقهاء ١٣: ١٤٦ ـ ١٤٧، جواهر الكلام ٢٥: ١٣٠، جامع المقاصد ٥: ٥١).

** يظهر من الإماميّة الإجماع علىٰ صحّة رهن الثمرة على الشجرة منضمة مع أصولها، سواء كان يمكن تجفيفها أو لا، وسواء بدا صلاحها أو لا، وسواء كان الدين حالاً أو مؤجلاً؛ لأنّ الثمرة يصح بيعها مطلقاً فصح رهنها كذلك، خصوصاً وقد ←

---

١. في العبارة خلل. ولعلّ الصحيح: «أن لايمتنع اثبات يد المرتهن عليه» فتكون كلمة «الراهن» زائدة. انظر: الوسيط ٣: ٤٧٠.

٢. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٣١٨، الكافي في فقه أهل المدينة: ٤١٤.

٣. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٣٠٠، المنتقىٰ للباجي ٥: ٢٤٧.

٤. الوجيز ١: ١٦٠، الوسيط ٣: ٤٦٨ ـ ٤٦٩.

ويجوز عند مالك رهن ما لم يتعين كالدنانير والدراهم إذا طُبع عليها[١]، وليس من شرط الرهن أن يكون ملِكاً للراهن لا عند مالك ولا عند الشافعي، بل قد يجوز عندهما أن يكون مستعاراً[٢]*.

واتفقوا على أنّ من شرطه أن يكون إقراره في يد المرتهن من قبل الراهن[٣]**. واختلفوا إذا كان قبضُ المرتهِن له بغصب، ثم أقرّه المغصوب منه في يده رهناً، فقال مالك: يصحّ أن يُنقل الشيء المغصوب من ضمان الغصب إلىٰ ضمان الرهن، فيَجعلُ المغصوب منه الشيء المغصوب رهناً في يد الغاصب قبل قبضه منه[٤]. وقال الشافعي: لايجوز بل يبقىٰ علىٰ ضمان الغصب إلّا أن يقبضه[٥]***.

← انضمت إلى أصولها. وكذا لو رهنها منفردة عن أصولها. (تذكرة الفقهاء ١٣: ١٧٠ ـ ١٧١، الدروس الشرعية ٣: ٣٩٦).

* أجمع فقهاء الإماميّة علىٰ صحة أن يرهن رجل مال غيره بإذنه علىٰ دينه، وهو المسمّى باستعارة الرهن. (مفتاح الكرامة ١١: ١٦٩، مسالك الأفهام ٤: ٦١، جواهر الكلام ٢٥: ٢٣١).

** لا خلاف بين فقهاء الإماميّة في أنّه لو قبض المرتهنُ الرهنَ من غير إذن، لم ينعقد الرهن ولم يصح، بناءً علىٰ اعتبار القبض في الصحّة؛ لكونه قبضاً غير مأذون فيه أو منهياً عنه. (جواهر الكلام ٢٥: ١٠٤ ـ ١٠٥، مفتاح الكرامة ١١: ٢٥٠، الحدائق الناضرة ٢٠: ٢٢٨).

*** أكثر الإماميّة ـ بل لا خلاف يذكر إلّا في المحكي عن يحيىٰ بن سعيد ـ على أنّ الرهن المغصوب أو المقبوض بالبيع الفاسد أو عارية مضمونة أو نحو ذلك يبقىٰ عليه، ولأنّه يصدق على الرهن أنّه مقبوض، ولأنّا إذا اشترطنا القبض في الرهن كان مستحقاً ←

---

١. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٣١٨، الكافي في فقه أهل المدينة: ٤١٠، عقد الجواهر الثمينة ٢: ٧٦٧.

٢. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٣٢٨، النوادر والزيادات ١٠: ١٩٦، الوسيط ٣: ٤٧١.

٣. لاحظ الكافي في فقه أهل المدينة: ٤١٠، الحاوي الكبير ٦: ٨، المغني لابن قدامة ٤: ٤٠٢.

٤. المعونة ٢: ١١٦٣.

٥. التهذيب للبغوي ٤: ٢٠، الوسيط ٣: ٤٨٨.

واختلفوا في رهن المشاع، فمنعه أبو حنيفة[١] وأجازه مالك[٢] والشافعي[٣]*.

والسبب في الخلاف: هل تُمْكِن حيازة المُشاع أم لاتمكن؟

الركن الثالث

وهو الشيء المرهون فيه، وأصل مذهب مالك في هذا أنّه يجوز أن يؤخذ الرهن في جميع الأثمان الواقعة في جميع البيوعات إلّا الصرف ورأس المال في السلم المتعلّق بالذمّة؛ وذلك لأنّ الصرف من شرطه التقابض فلايجوز فيه عقدة الرهن، وكذلك رأس مال

← على الراهن، فاذا كان في يد المرتهن وصل إلى حقّه. ولاتنافي بين رهنيته وضمانه بعد أن كان الضمان بسبب آخر غير الرهنية، كالتعدي في المرهون.

وقال العلّامة: يزول الضمان بالعقد لو كان غصباً. والظاهر هذا على ما اختاره العلّامة من أنّ القبض ليس شرطاً في الرهن. وقيل بعدم الاكتفاء به؛ لأنّ القبض ـ على تقدير اشتراطه ـ ركن من أركان العقد من الجهة التي يعتبر لأجلها وهو اللزوم، ولهذا أوجبوا عليه الإقباض لو كان الرهن مشروطاً عليه، وإذا وقع منهياً عنه لايعتدّ به شرعاً. (جواهر الكلام ٢٥: ١٠٩، ١١٠، تذكرة الفقهاء ١٣: ١٩٣، جامع المقاصد ٥: ٩٦، مسالك الأفهام ٤: ١٥ـ١٦).

* أجمعت الإماميّة على أنّه لايشترط في صحة الرهن كونه مفرزاً، بل يصحّ رهن المشاع كما يصح رهن المقسوم؛ لعموم قوله تعالى: ﴿فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾، وللأصل، ولأنّها عين يجوز بيعها في محل الحقّ فجاز رهنها. (تذكرة الفقهاء ١٣: ١٢٧، الخلاف ٣: ٢٢٤ ـ ٢٢٥، مفتاح الكرامة ١١: ١٥٤، جواهر الكلام ٢٥: ١٢٦ ـ ١٢٧).

---

١. مختصر اختلاف العلماء ٤: ٢٨٧، الهداية للمرغيناني ٤: ٤٧٢.

٢. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٢٩٦، الكافي في فقه أهل المدينة: ٤١٠.

٣. التهذيب للبغوي ٤: ١٥، مختصر المزني: ١٠٣، الحاوي الكبير ٦: ١١.

السلم وإن كان عنده دون الصرف في هذا المعنى[١].

وقال قوم من أهل الظاهر: لايجوز أخذ الرهن إلّا في السلم خاصة، أعني: في المُسْلَم فيه، وهؤلاء ذهبوا إلىٰ ذلك؛ لكون آية الرهن واردة في الدَّين في المبيعات وهو السَّلَم عندهم. فكأنّهم جعلوا هذا شرطاً من شروط صحّة الرهن؛ لأنّه قال في أوّل الآية: ﴿يَا أَيُّهَا ٱلَّذِينَ آمَنُوٓا إِذَا تَدَايَنْتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾[٢] ثم قال: ﴿وَإِن كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِباً فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾[٣و٤].

فعلىٰ مذهب مالك يجوز أخذ الرهن في السَّلَم، وفي القرض، وفي الغصب، وفي قِيَم المتلفات، وفي اروش الجنايات في الأموال، وفي جراح العمد الذي لا قود فيه كالمأمومة[٥] والجائفة[٦و٧].

وأمّا قتل العمد والجراح التي يقاد منها فيَتخرج في جواز أخذ الرهن في الدية فيها إذا عفا الوليّ قولان، أحدهما: أنّ ذلك يجوز؛ وذلك على القول بأنّ الوليّ مخيّر في العمد بين الدية والقوَد. والقول الثاني: أنّ ذلك لايجوز؛ وذلك أيضاً مبني على أنّ ليس للوليّ إلّا القود فقط إذا أبىٰ الجاني من أعطاء الدية[٨].

---

١. المعونة ٢: ١١٥٢، الكافي في فقه أهل المدينة: ٤١٠.

٢. سورة البقرة: الآية ٢٨٢.

٣. سورة البقرة: الآية ٢٨٣.

٤. المحلّىٰ بالآثار ٨: ٨٧. وفي البيان للعمراني ٦: ٥، قال الشيخ أبو حامد: وحكي عن بعض الناس أنّه قال: لايصحّ الرهن إلّا في دين السلم، وهو خلاف الإجماع.

٥. المأمومة: ما وصل إلى الدماغ ولو بإبرة. (انظر: الكافي في فقه أهل المدينة: ٥٩٩).

٦. الجائفة: ما وصل إلى الجوف من مقدّم الجوف أو من الظهر أو الجنب أو الخصر ولو بإبرة فما زاد. (انظر: الكافي في فقه أهل المدينة: ٥٩٩).

٧. المعونة ٢: ١١٥٣.

٨. أنظر: المعونة ٢: ١١٥٣، وفيه: «فأمّا قتل العمد والجراح التي لايقاد منها فعلىٰ قول مالك أنّه ليس فيها إلّا القود. لايجوز أخذ الرهن بها؛ لأنّ الحقّ لايمكن استيفاؤه منه، وعلى قوله: أنّ الواجب به التخيير بين القود والدية، فإذا لزمت الدية جاز أخذ الرهن بها».

ويجوز في قتل الخطأ أخذ الرهن ممّن يتعيّن من العاقلة وذلك بعد الحول *، ويجوز في العارية التي تضمن، ولايجوز فيما لايضمن **، ويجوز أخذه في الإجارات، ويجوز في الجُعل بعد العمل، ولايجوز قبله ***، ويجوز الرهن في المَهْر ****، ولايجوز في الحدود ولا في القصاص ولا في الكتابة[1]، وبالجملة فيما لاتصحّ فيه الكفالة. وقالت الشافعية: المرهون فيه له شرائط ثلاث[2]:

---

* ذكر غير واحد من فقهاء الإماميّة أنّه يجوز أخذ الرهن علىٰ كل قسط بعد حلوله في الخطأ على العاقلة. (تذكرة الفقهاء ١٣: ١٨٢، جامع المقاصد ٥: ٩٢، مفتاح الكرامة ١١: ٢٤٠).

** أجمع فقهاء الإماميّة على أنّه لايصحّ الرهن على الأعيان غير المضمونة كالوديعة والعارية التي لاتضمن ونحوهما. وذهب أكثر فقهائهم إلى أنّه لايصحّ الرهن على الأعيان المضمونة كالمغصوبة والعارية المضمونة وغيرهما؛ للأصل، وعدم دليل على الصحّة. بينما أجاز بعضهم أخذ الرهن عليها. (جواهر الكلام ٢٥: ١٤٣، رياض المسائل ٨: ٥١٨ ـ ٥١٩).

*** أجمع فقهاء الإماميّة علىٰ جواز أخذ الرهن علىٰ مال الجعالة بعد تمام العمل؛ لحصول الاستحقاق به. والمشهور بينهم عدم جواز أخذ الرهن قبل تمام العمل. واختار العلّامة في التذكرة جوازه بعد الشروع وقبل تمام العمل. (مسالك الأفهام ٤: ٣٠، كفاية الفقه ١: ٥٥٧، مفتاح الكرامة ١١: ٢٣٨، جواهر الكلام ٢٥: ١٥٢، تذكرة الفقهاء ١٣: ١٨٢).

**** ذكر بعض فقهاء الإماميّة في ذيل القاعدة القائلة بأنّ الحقّ الذي يجوز أخذ الرهن عليه هو الثابت في الذمة قبل الرهانة ـ والتي لم يختلف فيها فقهاؤهم ـ أمثلة لذلك، منها: أنّه يجوز أخذ الرهن على القرض والمهر وأرش الجناية وقيمة المتلف. (تحرير الأحكام ٢: ٤٧٦، تذكرة الفقهاء ١٣: ١٨١).

---

١. المعونة ٢: ١١٥٣، المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٣٠٢ ـ ٣٠٣. وفي الأوّل: «ويجوز في العارية التي يضمن أخذ الرهن فيها، ويجوز فيها لايضمن منها». ولعلّ الصحيح «ولايجوز فيما لايضمن منها».

٢. الوسيط ٣: ٤٧٥ ـ ٤٧٦، التهذيب للبغوي ٤: ٤، ٥.

أحدها: أن يكون دَيناً، فإنّه لايرهن في عين *.

الثاني: أن يكون واجباً، فإنّه لايرهن قبل الوجوب، مثل أن يسترهنه بما يستقرضُه **، ويجوز ذلك عند مالك[١].

الثالث: أن لايكون لزومه متوقعاً أن يجب، وأن لايجب كالرهن في الكتابة، وهذا المذهب قريب من مذهب مالك[٢] ***.

---

* لا خلاف بين الإماميّة في أنّ الحقّ الذي يجوز أخذ الرهن عليه هو كلّ دين ثابت في الذمّة قبل الرهانة، فلايصحّ الرهن على العين إن كانت أمانة بالاتفاق، ولا على ما لم يمكن استيفاؤه من الرهن كالإجارة المتعلّقة بعين المؤجّر مثل خدمته. وناقش النجفي في الأخير، وقال: الاولىٰ التوقف في المسألة أو الحكم بالعدم. (جواهر الكلام ٢٥: ١٤٣ ـ ١٥٤، رياض المسائل ٨: ٥١٧).

** أجمع فقهاء الإماميّة على أنّه لايجوز الرهن بما يستقرضه الرجل من آخر؛ لأنّه وثيقة على الحقّ فلايجوز قبل ثبوت الحق من غير حاجة كالشهادة. (تذكرة الفقهاء ١٣: ١٧٧، مفتاح الكرامة ١١: ٢٣٣ ـ ٢٣٤، جواهر الكلام ٢٥: ١٤٣).

*** لا خلاف بين فقهاء الإماميّة في جواز الرهن على مال الكتابة إن كانت مطلقة؛ لأنّها لازمة إجماعاً. وإن كانت مشروطة فالإمامية على قولين:

الأوّل ـ وهو المشهور ـ: إنّها لازمة كالمطلقة ويصحّ الرهن عليها؛ لعموم الأمر بالوفاء بالعقود.

الثاني: إنّها جائزة من قبل العبد، فيجوز له تعجيز نفسه فلايصح الرهن على مالها؛ لانتفاء فائدة الرهن وهي التوثيق، إذ للعبد اسقاط المال متىٰ شاء. ولأنّه لايمكن استيفاء الدَّين من الرهن؛ لأنّه لو عجز صار الرهن للسيد، لأنّه من جملة مال المكاتب. (مسالك الأفهام ٤: ٢٨ ـ ٣٢، جامع المقاصد ٥: ٨٧، جواهر الكلام ٢٥: ١٤٣ ـ ١٥٤، الحدائق الناضرة ٢٠: ٢٥٣ ـ ٢٥٤).

---

١. الكافي في فقه أهل المدينة: ٤١٠، المعونة ٢: ١١٥٤.

٢. المعونة ٢: ١١٥٣.

القول في الشروط

وأمّا شروط الرهن، فالشروط المنطوق بها في الشرع ضربان، شروط صحّة وشروط فساد. فأمّا شروط الصحّة المنطوق بها في الرهن، أعني: في كونه رهناً، فشرطان، أحدهما: متّفق عليه بالجملة ومختلف في الجهة التي هو بها شرط وهو القبض. الثاني: مختلف في اشتراطه.

فأمّا القبض، فاتفقوا بالجملة على أنّه شرط في الرهن[1]*؛ لقوله تعالى ﴿فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾[2]. واختلفوا هل هو شرط تمام أو شرط صحّة؟ وفائدة الفرق أنّ مَن قال شرطُ صحّة، قال ما لم يقع القبض لم يلزَم الرهنُ الراهنَ. ومن قال شرط تمام، قال يلزم بالعقدُ ويجبر الراهن على الإقباض، إلّا أن يتراخى المرتهِن عن المطالبة حتى يفلس الراهنُ أو يمرضَ أو يموت. فذهب مالك إلى أنّه من شروط التمام[3]، وذهب أبوحنيفة[4]

---

* الأشهر بين فقهاء الإماميّة ـ بل ادعي عليه الإجماع ـ أنّه يشترط القبض في صحّة الرهن؛ واحتجّوا ـ بعد الإجماع ـ بقوله تعالى: ﴿فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾، وبالموثّقة: «لا رهان إلّا مقبوضاً» وغيره. وخالف جمع فلم يشترطوا القبض في الرهن وهناك قول بأنّه شرط في اللزوم. (رياض المسائل ٨: ٥٠٣ ـ ٥٠٥، الحدائق الناضرة ٢٠: ٢٢٤ ـ ٢٢٥، ٢٢٧، مفتاح الكرامة ١١: ٢٤٢ ـ ٢٤٦، جواهر الكلام ٢٥: ٩٩ ـ ١٠٠).

---

١. الإجماع لابن المنذر: ١٦٦، الإقناع لابن القطّان ٢: ١٩٢.

٢. سورة البقرة: الآية ٢٨٣.

٣. الكافي في فقه أهل المدينة: ٤١٠، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٥٧٦.

٤. بدائع الصنائع ٨: ١٤٥، تحفة الفقهاء ٣: ٣٨، الهداية للمرغيناني ٤: ٤٦٦.

والشافعي[١] وأهل الظاهر[٢] إلى أنّه من شروط الصحة.

وعمدة مالك قياس الرهن على سائر العقود اللازمة بالقول[٣]. وعمدة الغير قوله تعالى: ﴿فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾[٤و٥].

وقال بعض أهل الظاهر: لايجوز الرهن إلّا أن يكون هناك كاتب؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِباً فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾[٦]. ولايجوّز أهل الظاهر أن يوضع الرهن على يدي عدل[٧*]. وعند مالك أنّ من شرط صحّة الرهن استدامة القبض، وأنّه متىٰ عاد إلى يد الراهن بإذن المرتهن بعارية أو وديعة أو غير ذلك، فقد خرج من اللزوم[٨]. وقال الشافعي: ليس استدامة القبض من شرط الصحة[٩].

فمالك عمّم الشرط على ظاهره، فألزم من قوله تعالى: ﴿فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾ وجودَ القبض واستدامتَه[١٠].

والشافعي يقول: إذا وُجد القبض فقد صحّ الرهن وانعقد، فلايَحُلّ ذلك اعارته ولا غير

---

* أجمع فقهاء الإماميّة على صحّة اشتراط وضع الرهن على يد عدل. (تذكرة الفقهاء ١٣: ٢٦٦، مفتاح الكرامة ١١: ٢٨٠).

---

١. الوسيط ٣: ٤٨٥، الحاوي الكبير ٦: ٧، الافصاح ١: ٣٠٨.

٢. المحلّىٰ بالآثار ٨: ٨٨.

٣. الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٥٧٦، المعونة ٢: ١١٥٣ ـ ١١٥٤.

٤. سورة البقرة: الآية ٢٨٣.

٥. الحاوي الكبير ٦: ٧، بدائع الصنائع ٨: ١٤٥.

٦. سورة البقرة: الآية ٢٨٣.

٧. المحلّىٰ بالآثار ٨: ٨٨، الحاوي الكبير ٦: ٤ ـ ٥، ولايخفىٰ ما في عبارة المتن، ولعلّ الصحيح: إلّا أنْ لايكون هنالك كاتب، وفي المحلّىٰ: «عند عدم الكاتب».

٨. الكافي في فقه أهل المدينة: ٤١٠، المعونة ٢: ١١٥٤.

٩. الأم ٣: ١٦٨، البيان للعمراني ٦: ١٦.

١٠. المعونة ٢: ١١٥٤، انظر: الكافي في فقه أهل المدينة: ٤١٠.

ذلك من التصرّف فيه كالحالّ في البيع[١]*.

وقد كان الأولى بمن يشترط القبض في صحّة العقد أن يشترط الاستدامة، ومن لم يشترطه في الصحّة أن لايشترط الاستدامة. واتفقوا على جوازه في السفر[٢]. واختلفوا في الحضر، فذهب الجمهور إلى جوازه[٣]**. وقال أهل الظاهر ومجاهد: لايجوز في الحضر؛ لظاهر قوله تعالى: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ﴾[٤] الآية[٥].

---

* أجمعت الإماميّة على أنّ استدامة القبض ليس شرطاً في لزوم الرهن وصحّته.

أمّا على قول من لايشترط القبض في الابتداء فظاهر؛ لأنّه إذا لم يكن شرطاً في الابتداء فأولى أن لايكون في الاستدامة. وأمّا على قول من جعل القبض شرطاً في الابتداء، فإنّه لايجعله شرطاً في الاستدامة؛ لقوله ـ مضافاً لما ذكر ـ ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ فشرط القبض ولم يشترط الاستدامة.

وأيضاً روي عنه ﷺ أنّه قال: «الرهن محلوب ومركوب» فلايخلو من أن يكون ركوبها للراهن أو المرتهن. وقد أجمعنا على أنّه لايحلّ للمرتهن ذلك، فدلّ على أنّه مركوب للراهن، وذلك يدلّ علىٰ أنّ استدامة القبض ليس بشرط، مضافاً إلى العمومات الدالة على ذلك. (الخلاف ٣: ٢٢٥، جامع المقاصد ٥: ٩٥، جواهر الكلام ٢٥: ١٠٨، تذكرة الفقهاء ١٣: ١٩٧).

** أجمعت الإماميّة علىٰ جوازه في السفر والحضر؛ والدليل ـ بالإضافة إلى الاجماع ـ إنّ الرهن وثيقة تجوز في السفر فجازت في الحضر كالضمان والشهادة. (كتاب الخلاف ٣: ٢٢١، تذكرة الفقهاء ١٣: ٣٥٥).

---

١. الأم ٣: ١٦٨، البيان للعمراني ٦: ١٦.

٢. الإجماع لابن المنذر: ١٦٥، الافصاح ١: ٣٠٧.

٣. الافصاح ١: ٣٠٧، الاجماع لابن المنذر: ١٦٥، البيان للعمراني ٦: ٤، بدائع الصنائع ٨: ١٤٠، المعونة ٢: ١١٥٢.

٤. سورة البقرة: الآية ٢٨٣.

٥. المحلّىٰ بالآثار ٨: ٨٧، المبسوط للسرخسي ٢١: ٦١، البيان للعمراني ٦: ٤، الحاوي الكبير ٦: ٤ ـ ٥.

وتمسّك الجمهور بما ورد من أنّه ﷺ رهن في الحضر[١] والقول في استنباط منع الرهن في الحضر من الآية هو من باب دليل الخطاب[٢].

وأمّا الشرط المحرّم الممنوع بالنص، فهو أن يرهن الرجل رهناً على أنّه إن جاء بحقّه عند أجله وإلّا فالرهن له. فاتفقوا على أنّ هذا الشرط يوجب الفسخ؛ وأنّه معنى قوله عليه الصلاة والسلام «لا يُغلَقُ الرَّهن»[٣و٤]*.

---

* لا خلاف بين الإماميّة فيما لو رهن وشرط المرتهن أنّه متىٰ حلّ الحقّ ولم يوفه الراهن فالرهن له بالدين، أو فهو مبيح له بالدين فهو شرط فاسد؛ لقوله ﷺ: «لايغلق الرهن». (جواهر الكلام ٢٥: ٢٢٦، تذكرة الفقهاء ١٣: ٢٥٥، مفتاح الكرامة ١١: ٣٢٤، جامع المقاصد ٥: ١٣٢).

---

١. سنن النسائي ٧: ٢٢٨، كتاب البيوع، باب الرهن في الحضر، صحيح البخاري ٣: ١٦٠، كتاب البيوع، باب شراء الطعام إلى أجل، الحديث ١٤٤.

٢. الحاوي الكبير ٦: ٤ ـ ٥، المقدّمات الممهّدات ٢: ٣٦١ ـ ٣٦٢، المبسوط للسرخسي ٢١: ٦١.

٣. الموطّأ ٢: ٧٢٨، كتاب الأقضية، باب ما لايجوز من غلق الرهن، الحديث ١٣، سنن ابن ماجة ٢: كتاب الرهون، باب لايغلق الرهن، الحديث ٢٤٤١.

٤. الموطّأ ٢: ٧٢٨ ـ ٧٢٩، بدائع الصنائع ٨: ١٧٦، مختصر المزني: ١١٠ ـ ١١١.

القول في الجزء الثالث من هذا الكتاب
وهو القول في الأحكام

وهذا الجزء ينقسم إلىٰ معرفة ما للراهن من الحقوق في الرهن وما عليه، وإلىٰ معرفة ما للمرتهن في الرهن وما عليه والى معرفة اختلافهما في ذلك، وذلك إمّا من نفس العقد، وأمّا لأُمور طارئة على الرهن. ونحن نذكر من ذلك ما اشتهر الخلاف فيه بين فقهاء الأمصار والاتفاق.

أمّا حقّ المرتَهِن في الرهن، فهو أن يمسكه حتى يؤدي الراهن ما عليه، فإن لم يأت به عند الأجل كان له أن يرفعه إلى السلطان، فيبيع عليه الرهن وينصفَه منه إن لم يجبه الراهن إلى البيع، وكذلك إن كان غائباً[1] *، وإن وكّل الراهنُ المرتهنَ على بيع الرهن عند حلول الأجل جاز[2]، وكرهه مالك إلّا أن يرفع الأمر إلى السلطان[3] **.

---

* ذكر غير واحد من فقهاء الإماميّة أنّه إذا حلّ الأجل وتعذّر الأداء كان للمرتهن البيع إن كان وكيلاً وإلّا رفع أمره إلى الحاكم ليلزمه البيع. فإن امتنع كان له حبسه وله أن يبيع عليه، ولا يجوز للمرتهن البيع قبل رفع أمره إلى الحاكم بلا خلاف. (مسالك الأفهام ٤: ٥١، جواهر الكلام ٢٥: ٢١٧ ـ ٢٢١، الحدائق الناضرة ٢٠: ٢٧٤ ـ ٢٧٥).

** لا خلاف بين الإماميّة ـ بل دعوى الاجماع عليه ـ أنّه إذا اشترط المرتهن الوكالة في العقد لنفسه أو لغيره صحّ، بل ادعى البعض الإجماع عليه؛ لعموم «المؤمنون عند ←

---

١. الكافي في فقه أهل المدينة: ٤١٦، الأم ٣: ١٩٧، الاشراف لابن المنذر ٢: ٢٥.

٢. المعونة ٢: ١١٦٨ ـ ١١٦٩، الكافي في فقه أهل المدينة: ٤١٦.

٣. المعونة ٢: ١١٦٨، وقيده في المعونة (بما إذا كان له خطر وبال).

والرهن عند الجمهور يتعلق بجملة الحقّ المرهون فيه وببعضه، أعني: إنّه إذا رهنه في عدد ما فأدّى منه بعضَه، فإنّ الرهن بأسره يبقىٰ بَعْدُ بيد المرتَهِن حتى يستوفي حقه[1]*. وقال قوم: بل يبقىٰ من الرهن بيد المرتهن بقدر ما يبقىٰ من الحق[2].

← شروطهم» و«أوفوا» وخصوص ما دلّ على الرهن الشامل لهذا الفرد. بل ويلزم العقد ولم يكن للراهن فسخ الوكالة وفاقاً للمشهور. (جواهر الكلام ٢٥: ١٦٥، مفتاح الكرامة ١١: ٢٢٤، مسالك الأفهام ٤: ٣٦).

* اختلف فقهاء الإماميّة فيما إذا أبرأه من بعض الدَّين أو قضىٰ بعضه علىٰ قولين:

الأوّل: إن المرهون يبقىٰ رهناً بالباقي؛ لأنّ الرهن رهن على الحقّ وعلىٰ كلّ جزء منه، نظراً إلىٰ غالب الوثائق. فإنّ الأغلب تعلق الأغراض باستيفاء الدَّين عن آخره من الرهن. وادعى الشيخ الطوسى الاجماع عليه. وقد يحتج عليه بعد الإجماع أن التقسيط يقتضي أنّه إذا تلف جزء من المرهون لايبقىٰ الرهن رهناً على الكل، بل علىٰ جزء يقتضيه الحساب، وهو باطل قطعاً.

القول الثاني: التوزيع والتقسيط. اختاره العلّامة في القواعد وولده في الإيضاح؛ لأنّ رهن المجموع بالمجموع يقتضي مقابلة الأجزاء بالأجزاء، إذ لايظهر في مقابلة الجملة بالجملة مقابلة الجملة بالأبعاض كما هو مقتضىٰ كل معاوضة كالبيع ونحوه، فإذا برأ من بعض الدَّين ينفكّ من الرهن بحسابه. هذا كلّه إذا أطلق. أمّا إذا شرط كونه رهناً على المجموع لا علىٰ كل جزء منه أو شرط كونه رهناً علىٰ كل جزء لزم الشرط قولاً واحداً.

(المبسوط ٢: ٢٠١ ـ ٢٠٢، تذكرة الفقهاء ١٣: ٣١١، مفتاح الكرامة ١١: ٣٥٢، جامع المقاصد ٥: ١٤٧، كفاية الفقه ١: ٥٦٦).

---

١. المعونة ٢: ١١٦٣، الهداية للمرغيناني ٤: ٤٨١، التهذيب للبغوي ٤: ١٣، الإقناع لابن القطّان ٢: ١٩٢ـ١٩٣، ١٩٥.

٢. المعونة ٢: ١١٦٤، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٥٧٨، الحاوي الكبير ٦: ٤٣، وفي الأخيرين حكايته عن أبي حنيفة.

وحجّة الجمهور أنّه محبوس بحقّ، فوجب أن يكون محبوساً بكلّ جزء منه، أصله حبس التركة على الورثة حتى يؤدوا الدَّين الذي على الميّت[١]. وحجّة الفريق الثاني أنّ جميعه محبوس بجميعه، فوجب أن يكون أبعاضه محبوسة بأبعاضه، أصله الكفالة[٢].

ومن مسائل هذا الباب المشهورة اختلافهم في نماء الرهن المنفصل، مثلُ الثمرة في الشجر المرهون، ومثل الغلّة، ومثل الولد هل يدخل في الرهن أم لا؟ فذهب قوم إلىٰ أنّ نماء الرهن المنفصل لايدخل شيء منه في الرهن، أعني: الذي يحدث منه في يد المرتهن، وممّن قال بهذا القول الشافعي[٣].

وذهب آخرون إلىٰ أنّ جميع ذلك يدخل في الرهن، وممّن قال بهذا القول أبو حنيفة[٤] والثوري[٥].

وفرّق مالك، فقال: ما كان من نماء الرهن المنفصل على خلقته وصورته، فإنّه داخل في الرهن كولد الجارية مع الجارية، وأمّا ما لم يكن على خلقته، فإنّه لايدخل في الرهن، كان متولداً عنه كثمر النخل، أو غير متولد ككراء الدار وخراج الغلام[٦]*.

---

* وقع الخلاف بين الإماميّة في دخول الفوائد المنفصلة في الرهن على قولين:

أحدهما: وهو المشهور ـ كما في المسالك ـ بل ادعى عليه ابن إدريس الإجماع، وهو دخولها فيه، ووجهه إما الإجماع المنقول بخبر الواحد، أو أنّ النماء من شأنه تبعية الأصل في الحكم كما يتبع ولد المدبّرة لها فيه.

والثاني: عدم الدخول ـ وهو قول جماعة بل يظهر من التذكرة الإجماع عليه ـ ←

---

١. الهداية للمرغيناني ٤: ٤٨١، الحاوي الكبير ٦: ٤٢ ـ ٤٣، المعونة ٢: ١١٦٣ ـ ١١٦٤.

٢. الحاوي الكبير ٦: ٤٣.

٣. البيان للعمراني ٦: ٥٤، التهذيب للبغوي ٤: ٧٧، الاشراف لابن المنذر ٢: ٢٦ ـ ٢٧.

٤. الهداية للمرغيناني ٤: ٤٩٨، مختصر اختلاف العلماء ٤: ٢٩٠.

٥. مختصر اختلاف العلماء ٤: ٢٩٠، الاشراف لابن المنذر ٢: ٢٦.

٦. المدوّنة الكبرى ٥: ٣٠٤، المقدّمات الممهّدات ٢: ٣٧٠ ـ ٣٧١، المعونة ٢: ١١٦١.

وعمدة من رأى أنّ نماء الرهن وغلتَه للراهن قوله عليه الصلاة والسلام: «الرهنُ محلوب ومركوب»[١]. قالوا: ووجه الدليل من ذلك أنّه لم يُرِد بقوله: «مركوب ومحلوب» أي يركبُه الراهن ويحلبه؛ لأنّه كان يكون غير مقبوض، وذلك مناقض لكونه رهناً، فإنّ الرهن من شرطه القبض. قالوا: ولا يصحّ أيضاً أن يكون معناه أنّ المرتَهِن يحلبه ويركبه، فلم يبقَ إلّا أن يكون المعنى في ذلك أنّ أجرة ظهره لربّه ونَفقتَه عليه.

واستدلّوا أيضاً بعموم قوله عليه الصلاة والسلام: «الرّهنُ مِمّن رَهَنَهُ لَـهُ غُـنْمُهُ وعـليهِ غُرْمُهُ»[٢] قالوا: ولأنّه نماء زائد عليه ما رضيه رهناً، فوجب أن لا يكون له إلّا بشرط زائد[٣]. وعمدة أبي حنيفة أنّ الفروع تابعة للأصول فوجب لها حكم الأصل، ولذلك حكم الولد تابع لحكم أُمه في التدبير والكتابة[٤].

وأمّا مالك فاحتجّ بأنّ الولد حكمُه حكمُ أُمه في البيع، أي: هو تابع لها، وفرّق بين الثمر والولد في ذلك بالسنّة المفرِّقة في ذلك، وذلك أنّ الثمر لا يتبع بيع الأصل إلّا بالشرط، و ولد

← لإصالة عدمه، ولأنّ الأصل في الملك أن يتصرف فيه مالكه كيف شاء، خرج منه الأصل بوقوع الرهن عليه، فيبقىٰ الباقي، ولرواية اسحاق بن عمار ـ الصحيحة ـ عن الكاظم عليه السلام: ... قلت: فارتهن داراً لها غلة لمن الغلة؟ قال: «لصاحب الدار»، ولأنّه حقّ تعلق بالأصل يستوفىٰ من ثمنه فلا يسري إلىٰ غيره، كحق الجناية، ولأنّها عين من أعيان ملك الراهن لم يعقد عقد رهن، فلم تكن رهناً كسائر ماله. (المبسوط ٢: ٢٣٧، السرائر ٢: ٤٢٤، تذكرة الفقهاء ١٣: ٢٩١، الكافي للكليني ٥: ٢٣٥، جواهر الكلام ٢٥: ٢٢٩ ـ ٢٣٠، مسالك الأفهام ٤: ٥٩).

---

١. السنن الكبرىٰ للبيهقي ٦: ٣٨ كتاب الرهن، باب ما جاء في زيادات الرهن، سنن الدارقطني ٣: ٣٤، كتاب البيوع، الحديث ١٣٦.

٢. المستدرك للحاكم ٢: ٥١، كتاب البيوع، باب لا يغلق الرهن، سنن الدارقطني ٣: ٣٢، كتاب البيوع، الحديث ١٢٦.

٣. البيان للعمراني ٦: ٥٤ ـ ٥٥، الحاوي الكبير ٦: ٢٠٨ ـ ٢٠٩.

٤. الهداية للمرغيناني ٤: ٤٩٨، بدائع الصنائع ٨: ٢٠٤، لاحظ مختصر اختلاف العلماء ٤: ٢٩١.

الجارية يتبع بغير شرط[١]. والجمهور على أنّ ليس للمرتهن أن ينتفع بشيء من الرهن[٢]*.

وقال قوم: إذا كان الرهن حيواناً فللمرتهِن أن يحلبه ويركبه بقدر ما يعلفُه وينفقُ عليه، وهو قول أحمد[٣] وإسحاق[٤]، واحتجّوا بما رواه أبو هريرة عن النبي عليه الصلاة والسلام أنّه قال: «الرهنُ محلوب ومركوب»[٥].

ومن هذا الباب اختلافهم في الرهن يهلك عند المرتهن ممن ضمانه؟

فقال قوم: الرهن أمانة وهو من الراهن، والقول قول المرتهن مع يمينه أنّه ما فرط فيه وما جنى عليه، وممن قال بهذا القول الشافعي[٦] وأحمد[٧] وأبو ثور[٨] وجمهور

---

* المشهور بين الإماميّة عدم جواز انتفاع المرتهن بالرهن؛ لحرمة التصرّف في مال الغير، ولا يمضي تصرفه فيه بعقد ونحوه إلّا بإذن الراهن، إذ هو فضولي فيجري عليه حكمه كما هو واضح.

وعن البعض أنّه إذا أنفق عليها كان له ركوبها؛ لصحيحة أبي ولاد، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يأخذ الدابة والبعير رهناً بماله، له أن يركبها؟ فقال: «إن كان يعلفها فله أن يركبها...». (الحدائق الناضرة ٢٠: ٢٦١، كفاية الفقه ١: ٥٦٠ ـ ٥٦١، جواهر الكلام ٢٥: ١٧٨ ـ ١٧٩، ١٨٠، ٢٠٧).

---

١. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٣٠٤، التفريع ٢: ٢٦٠، الكافي في فقه أهل المدينة: ٤١٢.

٢. الإقناع لابن القطّان ٢: ١٩٤، النوادر والزيادات ١٠: ٢٢٢، بدائع الصنائع ٨: ١٨٣، مختصر المزني: ١١٠، المغني لابن قدامة ٤: ٤٦٨.

٣. المغني لابن قدامة ٤: ٤٦٧ ـ ٤٦٨.

٤. المصدر السابق: ٤٦٨.

٥. سبق تخريجه.

٦. الأم ٣: ١٩٥، الحاوي الكبير ٦: ٢٥٤.

٧. المغني لابن قدامة ٤: ٤٧٨، الحاوي الكبير ٦: ٢٥٤.

٨. الحاوي الكبير ٦: ٢٥٤، المغني لابن قدامة ٤: ٤٧٨.

أهل الحديث[١] *. وقال قوم: الرهن من المرتهِن ومصيبته منه، وممّن قال بهذا القول أبو حنيفة وجمهور الكوفيين[٢].

والذين قالوا بالضمان انقسموا قسمين: فمنهم من رأىٰ أنّ الرهن مضمون بالأقلّ من قيمته أو قيمة الدَّين، وبه قال أبو حنيفة وسفيان وجماعة[٣]. ومنهم من قال: هو مضمون بقيمته قلّت أو كثرت، وأنّه إنْ فضَل للراهن شيء فوق دَينه أخذه من المرتهن، وبه قال: علي بن أبي طالب[٤] وعطاء[٥] وإسحاق[٦].

---

* أجمع فقهاء الإماميّة علىٰ أنّ الرهن أمانة في يد المرتهن لايضمنه لو تلف عنده بغير تفريط؛ واستدلوا ـ بعد الإجماع ـ بالأخبار، منها: ما عن إسحاق بن عمار، قال: قلت لأبي ابراهيم عليه السلام: الرجل يرهن الغلام والدار فتصيبه الآفة على من يكون؟ قال: «على مولاه...» إلى أن قال: «ألا ترى فلِمَ يذهب عن مال هذا»، ثم قال: «أرايت لو كان ثمنه مائة دينار فزاد وبلغ مائتي دينار لمن كان يكون؟» قلت: لمولاه قال: «كذلك يكون عليه ما يكون له».

ولا خلاف بين الإماميّة في أنّ القول قول المرتهن في عدم التفريط، بل ادعىٰ في الغنية الإجماع عليه. (الخلاف ٣: ٢٤٥، جواهر الكلام ٢٥: ١٧٤ ـ ١٧٥، تذكرة الفقهاء ١٣: ٢٤٧، مفتاح الكرامة ١١: ٣٧٧).

---

١. لاحظ السنن الكبرى للبيهقي ٦: ٣٩ ـ ٤٠، كتاب البيوع، باب الرهن غير مضمون، معاني الاخبار ٤: ١٠٠ ـ ١٠٥، كتاب الرهن، باب الرهن يهلك في يد المرتهن كيف حكمه؟.

٢. الهداية للمرغيناني ٤: ٤٨٣، تحفة الفقهاء ٣: ٤٥، بدائع الصنائع ٨: ٢٠٨، الاشراف لابن المنذر ٢: ٢٢.

٣. مختصر اختلاف العلماء ٤: ٣٠٩، بدائع الصنائع ٨: ٢٢٨، حلية العلماء ٤: ٤٥٨، الاشراف لابن المنذر ٢: ٢٢.

٤. مختصر اختلاف العلماء ٤: ٣١٠، ٣١٣، الاشراف لابن المنذر ٢: ٢٢، المصنّف لعبدالرزّاق ٨: ٢٣٩، باب الرهن يهلك، الحديث ١٥٠٣٩، ١٥٠٤٠.

٥. المغني لابن قدامة ٤: ٤٧٩، الحاوي الكبير ٦: ٢٥٥.

٦. الاشراف لابن المنذر ٢: ٢٢، الحاوي الكبير ٦: ٢٥٥.

وفرّق قوم بين ما لايغاب عليه مثل الحيوان والعقار مما لايخفىٰ هلاكه، وبين ما يغاب عليه من العُروض، فقالوا: هو ضامن فيما يغاب عليه، ومؤتمن فيما لايغاب عليه، وممن قال بهذا القول مالك[١] والأوزاعي[٢] وعثمان البتي[٣]، إلّا أنّ مالكاً يقول: إذا شهد الشهود بهلاك ما يغاب عليه من غير تضييع ولا تفريط فإنّه لايضمن[٤]. وقال الأوزاعي وعثمان البتي: بل يضمن على كلّ حال قامت بينه أو لم تقم[٥]، وبقول مالك قال ابن القاسم[٦]، وبقول عثمان والأوزاعي قال أشهب[٧].

وعمدة من جعله أمانةً غير مضمون حديث سعيد بن المسيب عن أبي هريرة أنّ النبي ﷺ قال: «لا يَغْلَقُ الرهنُ، وهوَ ممَّنْ رَهَنَهُ لهُ غُنْمُهُ وعليهِ غُرْمُهُ»[٨] أي: له غلته وخراجه، وعليه افتكاكه، ومصيبته منه[٩]. قالوا: وقد رضي الراهن أمانته فأشبه المودع عنده[١٠]. وقال المزني من أصحاب الشافعي محتجّاً له: قد قال مالك ومن تابعه: إنّ الحيوان وما ظهر هلاكه أمانة، فوجب أن يكون كلُّه كذلك[١١]. وقد قال أبو حنيفة: إنّ ما زاد من قيمة الرهن على قيمة الدَّين فهو أمانة، فوجب أن يكون كلُّه أمانة[١٢].

---

١. الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٥٨٢، المعونة ٢: ١١٥٦، التفريع ٢: ٢٥٩.

٢. المنتقىٰ للباجي ٥: ٢٤٣، وفي البيان للعمراني ٦: ٩٧: إذا قبض المرتهن الرهن، فهلك في يده من غير تفريط لم يلزمه ضمانه، ولايسقط من ديته شيء وبه قال الأوزاعي، ومثله قال في المغني ٤: ٤٧٨.

٣. مختصر اختلاف العلماء ٤: ٣٠٩.

٤. المنتقىٰ للباجي ٥: ٢٤٤، الكافي في فقه أهل المدينة: ٤١٣.

٥. أنظر: المنتقىٰ للباجي ٥: ٢٤٤، مختصر اختلاف العلماء ٤: ٣٠٩.

٦. المنتقىٰ للباجي ٥: ٢٤٤، المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٢٩٨، النوادر والزيادات ١٠: ١٨٦.

٧. المنتقىٰ للباجي ٥: ٢٤٤، الكافي في فقه أهل المدينة: ٤١٣، النوادر والزيادات ١٠: ١٨٦.

٨. سبق تخريجه.

٩. الحاوي الكبير ٦: ٢٥٦ ـ ٢٥٧، البيان للعمراني ٦: ٩٨ ـ ٩٩، مختصر المزني: ١١٠ ـ ١١١.

١٠. الحاوي الكبير ٦: ٢٥٨، مختصر المزني: ١١١.

١١. الاستذكار ٢٢: ١٠٢.

١٢. المصدر السابق: ١٠٠، ١٠٢.

ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام عند مالك ومن قال بقوله: «وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ»[١] أي: نفقته. قالوا: ومعنى ذلك قوله عليه الصلاة والسلام: «الرَّهْنُ مَرْكوب وَمَحْلُوب»[٢] أي أجرة ظهره لربّه، ونفقتُه عليه[٣]. وأمّا أبو حنيفة وأصحابه فتأوّلوا قوله عليه الصلاة والسلام: «لَهُ غُنْمُهُ وعليهِ غُرْمُهُ» أنّ غُنْمُهُ ما فضل منه على الدَّين، وغُرمَه ما نقص[٤].

وعمدة من رأى أنّه مضمون من المرتهن أنّه عين تعلّق بها حقّ الاستيفاء ابتداء، فوجب أن يسقط بتلفه[٥]، أصله تلف المبيع عند البائع إذا أمسكه حتى يستوفي الثمن، وهذا متّفق عليه من الجمهور، وإن كان عند مالك كالرهن. وربّما احتجّوا بما روي عن النبي ﷺ: إنّ رجلاً ارتهن فرساً من رجل، فنفق في يده، فقال عليه الصلاة والسلام للمرتهن: «ذَهَبَ حَقُّكَ»[٦ و٧].

وأمّا تفريق مالك بين ما يغاب عليه وبين ما لا يغاب عليه فهو استحسان، ومعنىٰ ذلك: إنّ التُّهمَة فيما يغاب عليه، ولاتَلحق فيما لايغاب عليه. وقد اختلفوا في معنىٰ الاستحسان الذي يذهب اليه مالك كثيراً، فضعّفه قوم وقالوا: إنّه مثل استحسان أبي حنيفة، وحدّوا الاستحسان بإنّه قول بغير دليل[٨]. ومعنىٰ الاستحسان عند مالك هو جمع بين الأدلة المتعارضة[٩]، وإذا كان ذلك كذلك فليس هو قولاً بغير دليل.

---

١. سبق تخريجه.

٢. سبق تخريجه.

٣. المقدّمات الممهّدات ٢: ٣٦٣، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٥٨٣، بدائع الصنائع ٨: ٢١٨.

٤. لاحظ: بدائع الصنائع ٨: ٢١٨، ٢٢٨.

٥. بدائع الصنائع ٨: ٢١٨ ـ ٢١٩، الهداية للمرغيناني ٤: ٤٨٣.

٦. المصنّف لابن أبي شيبة ٧: ١٨٣، كتاب البيوع والأقضية، باب الرجل يرهن الرجل فيهلك (٤١٧) الحديث ٢٨٢٧، شرح معاني الآثار ٤: ١٠٢.

٧. بدائع الصنائع ٨: ٢١٨.

٨. اللمع: ٢٤٤ ـ ٢٤٥، إحكام الفصول: ٥٦٥، الاحكام للآمدي ٤: ٣٩٠ ـ ٣٩٥، المحلّىٰ بالآثار ٨: ٩٧.

٩. إحكام الفصول: ٥٦٤ ـ ٥٦٥، والاشراف لعبدالوهاب ٢: ٥٨٢.

والجمهور على أنّه لايجوز للراهن بيعُ الرهن ولا هبتُه، وانّه إن باعه فللمرتهن الإجازة أو الفسخ[١]*. قال مالك: وإن زعم أنّ إجازته ليتعجل حقّه حلف على ذلك وكان له[٢]. وقال قوم: يجوز بيعه[٣]. وإذا كان الرهن غلاماً أو أمة فأعتقها الراهن فعند مالك أنّه إن كان الراهن موسراً جاز عتقه وعجّل للمرتهن حقّه، وإن كان معسراً بيعت وقُضي الحقّ من ثمنها[٤]. وعند الشافعي ثلاثة أقوال: الرد، والإجازة، والثالث مثل قول مالك[٥]**.

وأمّا اختلاف الراهن والمرتهِن في قدر الحقّ الذي وجب به الرهن، فإنّ الفقهاء اختلفوا في ذلك، فقال مالك: القول قول المرتهن فيما ذكره من قدر الحق ما لم تكن قيمة الرهن أقلَّ من ذلك، فما زاد على قيمة الرهن فالقول قول الراهن[٦]. وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري

---

* ظاهر كلمات فقهاء الإماميّة بل هو صريح بعضهم كالعلّامة والشهيد الثاني في أنّه لو باع الراهن الرهن كان للمرتهن إجازة العقد، وله فسخه. (جواهر الكلام ٢٥: ١٩٩، ٢٠٠، مسالك الأفهام ٤: ٤٧، تذكرة الفقهاء ١٣: ٣٦١).

** ذهب أكثر فقهاء الإماميّة إلىٰ أنّه لو تصرَّف الراهن في الرهن بعقد أو عتق كان موقوفاً علىٰ إجازة المرتهن، بينما أطلق بعضهم المنع من عتق الراهن، ولا إشكال عندهم أنه مع إجازة المرتهن يصحّ العتق، ونفىٰ العلّامة الفرق بين كون الراهن موسراً أو معسراً في توقف العتق علىٰ الإجازة. (مفتاح الكرامة ١١: ٢٠٣ ـ ٢٠٥، جواهر الكلام ٢٥: ٢٠٣، ٢٠٦، تحرير الأحكام ٢: ٤٨٩).

---

١. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٢٩٨ ـ ٢٩٩، مختصر اختلاف العلماء ٤: ٣٠٣، تحفة الفقهاء ٣: ٤٢ـ٤٣، الإقناع لابن القطّان ٢: ١٩٢، الوسيط ٣: ٤٩٦، الاشراف لابن المنذر ٢: ٢٥.

٢. الموطّأ ٢: ٧٣١، التفريع ٢: ٢٦٦.

٣. أنظر: الحاوي الكبير ٦: ٧٣، مختصر اختلاف العلماء ٤: ٣٠٣.

٤. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٣٢٧، المعونة ٢: ١١٦٥ ـ ١١٦٦.

٥. الوسيط ٣: ٤٩٦، الاشراف لابن المنذر ٢: ٢٥، البيان للعمراني ٦: ٦٥.

٦. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٣٢٢ ـ ٣٢٣، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٥٨٥، الكافي في فقه أهل المدينة: ٤١٣ـ٤١٤.

وجمهور فقهاء الامصار: القول في قدر الحق قول الراهن[١]*.

وعمدة الجمهور أنّ الراهن مدَّعىً عليه، والمرتهِنَ مدّعٍ، فوجب أن تكون اليمين على الراهن على ظاهر السنّة المشهورة[٢]. وعمدة مالك ههنا أنّ المرتهِن وإن كان مدّعياً فله هٰهنا شبهة بنقل[٣] اليمين إلىٰ حيّزه، وهو كون الرهن شاهداً له، ومن أصوله أن يحلف أقوىٰ المتداعيين شبهة[٤]. وهذا لايلزم عند الجمهور؛ لأنّه قد يرهن الراهن الشيء وقيمتُه أكثرُ من المرهون فيه.

وأمّا إذا تلف الرهن واختلفوا في صفته، فالقول هٰهنا عند مالك قول المرتهِن؛ لأنّه مدعىً

---

* الأشهر بل المشهور عند الإماميّة شهرة عظيمة بل أُدعي الإجماع عليه أنّه لو اختلفا في قدر الدَّين المرهون به، فقال الراهن: رهنت على ألف، وقال المرتهن: بل على ألفين، كان القول قول الراهن مع يمينه، وقيل كما حكي عن الاسكافي: القول قول المرتهن ما لم يستغرق دعواه ثمن الرهن.

ودليلهم الإجماع ـ لعدم قدح المخالف ـ وقاعدة المدّعي والمنكر؛ إذ لاريب في كون الأوّل هنا المرتهن، والثاني الراهن الموافق قوله لأصالة عدم ارتهانه بأزيد مما اعترف به المالك، ولصحيحة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام: في الرجل يرهن عند صاحبه رهناً لا بيّنة بينهما فيه، فادعى الذي عنده الرهن أنّه بألف، فقال صاحب الرهن: إنّه بمائة، قال: «البينة على الذي عنده الرهن أنّه بالف درهم، فإن لم يكن له بيّنة فعلىٰ الراهن اليمين». (جواهر الكلام ٢٥: ٢٦٠ ـ ٢٦١، تذكرة الفقهاء ١٣: ٣٢٥، الخلاف ٣: ٢٥٠، مسالك الأفهام ٤: ٧٤ـ٧٥).

---

١. البيان للعمراني ٦: ١٠٢، مختصر اختلاف العلماء ٤: ٣٠٧، المغني لابن قدامة ٤: ٤٨٢.

٢. مختصر اختلاف العلماء ٤: ٣٠٧، البيان للعمراني ٦: ١٠٢.

٣. لعل الصواب: تَنْقُل.

٤. المقدّمات الممهّدات ٢: ٣٦٤ ـ ٣٦٥، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٥٨٥، المعونة ٢: ١١٥٩ ـ ١١٦٠.

عليه، وهو مقرّ ببعض ما ادُّعي عليه[١]، وهذا علىٰ أصوله فإنّ المرتهِن أيضاً هو الضامن فيما يغاب عليه. وأمّا على أصول الشافعي، فلا يُتصور على المرتهن يمين إلّا أن يناكره الراهن في اتلافه[٢]. وأمّا عند أبي حنيفة فالقول قول المرتهن في قيمة الرهن[٣]*، وليس يحتاج إلى صفة؛ لأنّ عند مالك يحلف على الصفة وتقويم تلك الصفة.

وإذا اختلفوا في الأمرين جميعاً، أعني: في صفة الرهن وفي مقدار الرهن، كان القول قول المرتهن في صفة الرهن، وفي الحقّ ماكانت قيمته الصفة[٤] التي حلف عليها شاهدةً له[٥]، وفيه ضعف**.

وهل يشهد الحق لقيمة الرهن إذا اتفقا في الحق واختلفا في قيمة الرهن؟ في المذهب فيه قولان، والأقيس الشهادة[٦]؛ لأنّه إذا شهد الرهن للدَّين شهد الدَّين للمرهون. وفروع هذا الكتاب كثيرة، وفيما ذكرناه كفاية في غرضنا.

---

* وعند الإماميّة إذا اختلف الراهن والمرتهن في القيمة المضمونة بالتفريط فالقول قول الراهن عند الأكثر. وحكي عن الغنية الإجماع عليه؛ لأنّه خائن بتفريطه، فلا يقبل قوله. وقيل القول قول المرتهن؛ لأصالة البراءة من الزائد فيكون منكراً عليه اليمين، وعلى الراهن المدّعي البيّنة، وحكي هذا القول عن الحلي والشهيدين وكثير من المتأخرين. (جواهر الكلام ٢٥: ٢٦٠، مسالك الأفهام ٤: ٧٤، رياض المسائل ٨: ٥٤١، ٥٤٢).

** أجمع فقهاء الإماميّة علىٰ أنّ القول قول الراهن مع يمينه عند اختلافه مع المرتهن في قدر المرهون؛ لأنّه منكر. (تذكرة الفقهاء ١٣: ٣٢٧، الدروس الشرعية ٣: ٤٠٦).

---

١. المعونة ٢: ١١٥٩، التفريع ٢: ٢٦٤.

٢. الحاوي الكبير ٦: ١٩٣، المهذّب للشيرازي ٣: ٢٣٦ ـ ٢٣٧.

٣. بدائع الصنائع ٨: ٢٥٦، المبسوط للسرخسي ٢١: ١٢٠.

٤. لعلّ الصواب: قيمة الصفة.

٥. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٣٢٣، التفريع ٢: ٢٦٤.

٦. لاحظ: المعونة ٢: ١١٦٠، والنوادر والزيادات ١٠: ٢٣٢ ـ ٢٣٣.

كتاب الحجر

كتاب الحجر

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلّى الله على سيّدنا محمّد وآله وصحبه وسلّم تسليماً

والنظر في هذا الكتاب في ثلاثة أبواب:

الباب الأوّل: في أصناف المحجورين.

الثاني: متىٰ يخرجون من الحجر، ومتىٰ يُحجر عليهم، وبأيّ شروط يخرجون؟

الثالث: في معرفة أحكام أفعالهم في الردّ والإجازة.

الباب الأوّل في أصناف المحجورين

أجمع العلماء علىٰ وجوب الحجر علىٰ الأيتام الذين لم يبلغوا الحلم[1] *؛ لقوله تعالى:

---

* أجمع فقهاء الإماميّة علىٰ ثبوت الحجر علىٰ الصغير ـ سواء كان مميزاً أم لا ـ لدلالة الكتاب والسُنّة عليه، والتي منها حديث رفع القلم. (تذكرة الفقهاء ١٤: ١٨٥، جواهر الكلام ٢٦: ٤، فقه الصادق ٢٠: ٩٤).

---

١. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٢٢٠ ـ ٢٢١، الاجماع لابن المنذر: ١٦٩، المغني لابن قدامة ٤: ٥٥١ ـ ٥٥٢، الإقناع لابن المنذر ٤٥٢، مختصر اختلاف العلماء ٥: ٢١٨.

﴿وَٱبْتَلُوا ٱلْيَتَامَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا ٱلنِّكَاحَ﴾[١] الآية. واختلفوا في الحجر على العقلاء الكبار إذا ظهر منهم تبذير لأموالهم، فذهب مالك والشافعي وأهل المدينة وكثير من أهل العراق إلى جواز ابتداء الحجر عليهم بحكم الحاكم، وذلك إذا ثبت عنده سفههم وأعذر إليهم فلم يكن عندهم مدفع، وهو رأي ابن عباس وابن الزبير[٢]. وذهب أبو حنيفة وجماعة من أهل العراق إلى أنّه لايُبتدأ الحجر على الكبار، وهو قول إبراهيم وابن سيرين[٣].

وهؤلاء انقسموا قسمين: فمنهم من قال: الحجر لايجوز عليهم بعد البلوغ بحال وان ظهر منهم التبذير[٤]. ومنهم من قال: إن استصحبوا التبذير من الصغر يستمرّ الحجر عليهم وإن ظهر منه رشد بعد البلوغ ثم ظهر منهم سفه، فهؤلاء لايبدأ بالحجر عليهم[٥]. وأبو حنيفة يحدّ في ارتفاع الحجر وإن ظهر سفهه خمسة وعشرين عاماً[٦]*.

---

* أجمع فقهاء الإماميّة علىٰ أنّه إذا بلغ الصبي رشيداً وزال الحجر عنه ثم صار مبذّراً وعاد إلى السفه حُجر عليه ثانياً؛ لقوله تعالىٰ: ﴿فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُواْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ فقد دلّ بمفهومه علىٰ تعليل جواز الدفع بعلم الرشد، فإذا انتفت العلّة انتفىٰ الحكم. كما اتفقوا علىٰ أنّه يستمر الحجر علىٰ الصبي لو بلغ سفيهاً ولو طعن في السنّ؛ للآية الآنفة، حيث عُلّق فيها دفع المال على شرطين: البلوغ والرشد فلايثبت الحكم بدونهما، ولقوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُواْ السُّفَهَاء أَمْوَالَكُمُ﴾ يعني أموالهم وغيرها، ولأنّه ←

---

١. سورة النساء: الآية ٦.

٢. التفريع ٢: ٢٥٦، مختصر المزني: ١١٥، الكافي في فقه أهل المدينة ٤٢٣، مختصر اختلاف العلماء ٥: ٢١٥ ـ ٢٢١، الهداية للمرغيناني ٣: ٣١٥، المغني لابن قدامة ٤: ٥٥٤، الاشراف لابن المنذر ٢: ٥٦ـ٥٧، أحكام القرآن للجصّاص ١: ٤٨٩ ـ ٤٩٢.

٣. مختصراختلاف العلماء ٥: ٢٢٥ ـ ٢١٦، المحلّىٰ بالآثار ٨: ٢٨٠، الاجماع لابن المنذر: ١٦٩، أحكام القرآن للجصّاص ١: ٤٨٩ ـ ٤٩٠.

٤. الهداية للمرغيناني ٣: ٣١٥، الاجماع لابن المنذر: ١٦٩، الاشراف لابن المنذر ٢: ٥٧.

٥. مختصر المزني: ١٠٥، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٥٩٣، الاشراف لابن المنذر ٢: ٥٧.

٦. الهداية للمرغيناني ٣: ٣١٦، مختصر اختلاف العلماء ٥: ٢١٦.

وعمدة من أوجب على الكبار ابتداء الحجر أنّ الحجر على الصغار إنّما وجب لمعنى التبذير الذي يوجد فيهم غالباً، فوجب أن يجب الحجر علىٰ من وجد فيه المعنى وإن لم يكن صغيراً. قالوا: ولذلك اشتُرط في رفع الحجر عنهم مع ارتفاع الصغر ايناس الرشد، قال الله تعالى: ﴿فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾[1]، فدلّ هذا على أنّ السبب المقتضي للحجر هو السفه[2].

وعمدة الحنفية حديث حبّان بن منقذ إذ ذُكر فيه لرسول الله ﷺ أنّه يُخدع في البيوع، فجعل له رسول الله ﷺ الخيار ثلاثاً ولم يحجر عليه[3و4].

وربّما قالوا: الصغر هو المؤثر في منع التصرّف بالمال، بدليل تأثيره في إسقاط التكليف، وإنّما اعتُبر الصغر؛ لأنّه الذي يوجد فيه السفه غالباً، كما يوجد فيه نقص العقل غالباً.

ولذلك جُعل البلوغُ علامة وجوب التكليف وعلامة الرشد؛ إذ كانا يوجدان فيه غالباً، أعني: العقل والرشد، وكما لم يُعتبر النادر في التكليف، أعني: أن يكون قبل البلوغ عاقلاً فيكلف. كذلك لم يُعتبر النادر في السفه، وهو أن يكون بعد البلوغ سفيهاً فيحجر عليه، كما لم يعتبر كونه قبل البلوغ رشيداً[5].

← مبذّر لماله فلايجوز دفعه إليه. (نهج الحق وكشف الصدق: ٤٩٢، تذكرة الفقهاء ١٤: ٢٠٥ ـ ٢٠٦، ٢١٧ ـ ٢١٨، رياض المسائل ٨: ٥٦١، جواهر الكلام ٢٦: ١٠١، مسالك الأفهام ٤: ١٥٠، ١٦١).

---

١. سورة النساء: الآية ٦.

٢. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٢٢٠ ـ ٢٢١، الإقناع لابن المنذر: ٤٥٢ ـ ٤٥٣، المقدّمات الممهّدات ٢: ٣٤٤، المبسوط للسرخسي ٢٤: ١٧٩ ـ ١٨٠، الإشراف لعبدالوهاب ٢: ٥٩٣.

٣. السنن الكبرىٰ للبيهقي ٥: ٢٧٣، كتاب البيوع، باب الدليل على أن لايجوز شرط الخيار.

٤. مختصر اختلاف العلماء ٥: ٢٢٠، المبسوط للسرخسي ٢٤: ١٨٠، ١٨٣، تقويم النظر ٢: ٤٢٦، أحكام القرآن للجصّاص ١: ٤٩١.

٥. الهداية للمرغيناني ٣: ٣١٥ ـ ٣١٦، المبسوط للسرخسي ٢٤: ١٨١.

قالوا: وقوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَالَكُمُ...﴾[١] الآية، ليس فيها أكثر من منعهم أموالهم، وذلك لا يوجب فسخ بيوعها وإبطالها[٢].

والمحجورون عند مالك ستة: الصغير، والسفيه، والعبد، والمفلس، والمريض، والزوجة[٣]*. وسيأتي ذكر كلّ واحد منهم في بابه.

الباب الثاني

متىٰ يَخرجون من الحجر، ومتىٰ يُحجر عليهم، وبأي شروط يخرجون؟ والنظر في هذا الباب في موضعين: في وقت خروج الصغار من الحجر، ووقتِ خروج السفهاء. فنقول: إنّ الصغار بالجملة صنفان: ذكور، وإناث، وكلّ واحد من هؤلاء إمّا ذو أب، وأمّا ذو وصي، وأمّا مهمل، وهم الذين يبلغون ولا وصي لهم ولا أب.

فأمّا الذكور الصغار ذوو الآباء فاتفقوا على أنّهم لا يخرجون من الحجر إلّا ببلوغ سن

---

* أجمع فقهاء الإماميّة علىٰ ثبوت الحجر في ستّة أُمور، وهي: الصغر، والجنون، والرقّ، والمرض، والفلس، والسفه، وقد جرت عادة فقهائهم بالبحث عن هذه الستّة في باب الحجر، وإلّا فإنّ موجبات الحجر أكثر من هذه الستّة، وهي متفرقة في تضاعيف الأبواب. (تذكرة الفقهاء ١٤: ١٨٣، ١٨٥، ٢٠١، رياض المسائل ٨: ٥٤٩ ـ ٥٥٠، جامع المقاصد ٥: ١٨٠، الحدائق الناضرة ٢٠: ٣٤٢ ـ ٣٤٣، مسالك الأفهام ٤: ١٤٠ ـ ١٤١، جواهر الكلام ٢٦: ٤).

---

١. سورة النساء: الآية ٥.

٢. أنظر: مختصر اختلاف العلماء ٥: ٢٢١، الهداية للمرغيناني ٣: ٣١٦، أحكام القرآن للجصّاص ٢: ٦٠ ـ ٦١.

٣. المقدّمات الممهّدات ٢: ٣٤١، ٣٤٤، ٣٤٦، المعونة ٢: ١١٧١، ١١٧٢، ١١٧٩، ١١٨١، ٣: ١٦٢٣، عقد الجواهر الثمينة ٢: ٧٩٦.

التكليف، وإيناس الرشد منهم[١]*، وإن كانوا قد اختلفوا في الرشد ما هو[٢]**؛ وذلك لقوله تعالى: ﴿وَٱبْتَلُوا ٱلْيَتَامَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾[٣].

واختلفوا في الإناث: فذهب الجمهور إلى أنّ حكمهُنّ في ذلك حكم الذكور[٤]*** اعني:

---

* أجمع فقهاء الإماميّة على أنّ الصغير محجور عليه ما لم يحصل له وصفان: البلوغ والرشد؛ لدلالة الكتاب والسنّة على ذلك. (جواهر الكلام ٢٦: ٤، ٥١، الحدائق الناضرة ٢٠: ٣٤٣ ـ ٣٥١، رياض المسائل ٨: ٥٥٠ ـ ٥٦١، مسالك الأفهام ٤: ١٥٠).

** أجمع فقهاء الإماميّة على أنّ المراد بالرشد الذي يتوقف عليه رفع الحجر هو الرشد في المال؛ لدلالة الكتاب والسنّة عليه. وقد طفحت عباراتهم ـ من غير خلاف ـ بأنّ الرشد: أن يكون الرجل مُصلحاً لماله، بحيث يكون له ملكة نفسانية تقتضي إصلاحه وتمنع إفساده. (جواهر الكلام ٢٦: ٤٨ ـ ٤٩، رياض المسائل ٨: ٥٥٧ ـ ٥٥٨).

*** أجمع فقهاء الإماميّة على أن المرأة كالذكر في أنّها إذا بلغت وعُلِمَ رشدها، زال الحجر عنها، ودُفع إليها مالها؛ لعموم قوله تعالى: ﴿وَٱبْتَلُوا ٱلْيَتَامَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا ٱلنِّكَاحَ...﴾، ولأنّها يتيم بلغ وأُنس منه الرشد فيدفع إليه ماله كالرجل، ولأنّها بالغة رشيدة فدُفع إليها مالها ونفذ تصرُّفها كالتي دخل بها الزوج. (الخلاف ٣: ٢٨٥ ـ ٢٨٦، رياض المسائل ٨: ٥٥٢، ٥٦١، تذكرة الفقهاء ١٤: ٢٠٩).

---

١. المدوّنة الكبرى ٥: ٢٢٠ ـ ٢٢١، الاجماع لابن المنذر: ١٦٩، المغني لابن قدامة ٤: ٥٥١ ـ ٥٥٢، مختصر اختلاف العلماء ٥: ٢١٨.

٢. الإفصاح ١: ٣١٥، المغني لابن قدامة ٤: ٥٦٦، فصول الأحكام للباجي ٢٢٩.

٣. سورة النساء: الآية ٦.

٤. المحلّى بالآثار ٨: ٣٠٩، المغني لابن قدامة ٤: ٥٦٠، عيون المجالس ٤: ١٦٤٦، الأم ٣: ٢٤٧، الافصاح ١: ٣١٥ ـ ٣١٦.

بلوغ المحيض واياس الرشد. وقال مالك: هي في ولاية أبيها ـ في المشهور عنه ـ حتى تتزوّج ويدخل بها زوجها ويؤنسَ رشدُها[١]. وروي عنه مثل قول الجمهور[٢]. ولأصحاب مالك في هذا أقوالٌ غيرُ هذه، قيل: إنّها في ولاية أبيها حتى يمرّ بها سنةٌ بعد دخول زوجها بها، وقيل: حتى يمرّ بها عامان، وقيل: حتى تمرّ بها سبعة أعوام[٣].

وحجة مالك أنّ إيناس الرشد لايتصوّر من المرأة إلّا بعد اختبار الرجال[٤]. وأمّا أقاويل أصحابه فضعيفة مخالفة للنص والقياس. أمّا مخالفتها للنصّ؛ فإنّهم لم يشترطوا الرشد. وأمّا مخالفتها للقياس؛ فلأنّ الرشد ممكنٌ تصوره منها قبل هذه المدّة المحدودة.

وإذا قلنا على قول مالك لا علىٰ قول الجمهور: إنّ الاعتبار في الذكور ذوي الآباء البلوغ وإيناسُ الرشد، فاختلف قول مالك إذا بلغ ولم يُعلم سفهُه من رشده، وكان مجهول الحال، فقيل عنه: إنّه محمول على السفه حتى يتبيّن رشده، وهو المشهور. وقيل عنه: إنّه محمول على الرشد حتىٰ يتبيّن سفهه[٥].

فأمّا ذوو الأوصياء فلايخرجون من الولاية في المشهور عن مالك إلّا باطلاق وصيّه له من الحجر أي: يقول فيه: إنّه رشيد إن كان مقدّماً من قبل الأب بلا خلاف، أو بإذن القاضي مع الوصي إن كان مقدّماً من غير الأب على اختلاف في ذلك.

وقد قيل في وصي الأب: إنّه لايقبل قوله في أنّه رشيد إلّا أن يُعلَمَ رشدُهُ. وقد قيل: إنّ حاله مع الوصي كحاله مع الأب يُخرجه من الحجر إذا آنس منه الرشد وإن لم يخرجه وصيّه

---

١. النوادر والزيادات ١٠: ٩٣ ـ ٩٤، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٥٩٣، المقدّمات الممهّدات ٢: ٣٥١ ـ ٣٥٢.

٢. المقدّمات الممهّدات ٢: ٣٥٢، البيان والتحصيل ١٠: ٤٨٣.

٣. المقدّمات الممهّدات ٢: ٣٥٣، النوادر والزيادات ١٠: ٩٣ ـ ٩٤، الكافي في فقه أهل المدينة: ٤٢٣، البيان والتحصيل ١٠: ٤٨٣.

٤. المقدّمات الممهّدات ٢: ٣٥٢، المعونة ٢: ١١٧٣، النوادر والزيادات ١٠: ٩٣ ـ ٩٤.

٥. المقدّمات الممهّدات ٢: ٣٤٩، البيان والتحصيل ١٠: ٤٦٤.

بالإشهاد، وإنّ المجهول الحال في هذا حكمُه حكمُ المجهول الحال ذي الأب[١]*.

وأمّا ابن القاسم فمذهبه أنّ الولاية غيرُ معتبر ثبوتُها إذا عُلم الرشد، ولا سقوطُها إذا علم السفه، وهي رواية عن مالك، وذلك من قوله في اليتيم لا في البكر. والفرق بين المذهبين أنّ من يعتبر الولاية يقول أفعاله كلُّها مردودة وإن ظهر رشدُه حتى يخرج من الولاية، وهو قول ضعيف، فإنّ المؤثّر هو الرشد لا حكم الحاكم[٢].

وأمّا اختلافهم في الرشد ما هو؟ فإنّ مالكاً يرىٰ أنّ الرشد هو تثمير المال واصلاحه فقط[٣]، والشافعي يشترط مع هذا صلاحَ الدين[٤]**. وسبب اختلافهم: هل ينطلق اسم الرشد على غير صالح الدين؟

---

* قال العلّامة الحلّي: «إذا بلغ الصبي رشيداً زالت ولاية الوصي وغيره عنه». (تذكرة الفقهاء ١٤: ٢٥٨).

** المشهور بين فقهاء الإماميّة ـ والذي عليه عامة متأخريهم ـ هو عدم اعتبار العدالة في الدين في الرشد؛ لعموم أدلّة ثبوت السلطنة لأرباب الأموال، وإطلاق الأدلة كتاباً وسنّةً بدفع أموال اليتامىٰ بإيناس الرشد من غير اعتبار أمر آخر، وإنّ المفهوم من الرشد في العرف هو مجرّد إصلاح المال الذي يعني: أن تكون له ملكة نفسانية تقتضي إصلاح المال وتمنع إفساده وصرفه في غير الوجوه اللائقة بأفعال العقد، لا مطلق الإصلاح. بينما ذهب بعضهم إلى اعتبار العدالة فيه؛ للنهي عن إيتاء السفهاء المال في الآية، مع ما روي: (إنّ شارب الخمر سفيه)، وبأنّ الفاسق موصوف بالغي الذي هو ضدّ الرشد المعتبر في المال، ولأنّ المتيقن هو العدل دون غيره. (مسالك الأفهام ٤: ١٤٩ ـ ١٥٠، رياض المسائل ٨: ٥٥٨، جواهر الكلام ٢٦: ٥٠).

---

١. المقدّمات الممهّدات ٢: ٣٤٩ ـ ٣٥٠.

٢. المقدّمات الممهّدات ٢: ٣٥٠، البيان والتحصيل ١٠: ٤٦٣.

٣. المدوّنة الكبرى ٥: ٢٢١، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٥٩٢، النوادر والزيادات ١٠: ٩٤.

٤. مختصر المزني: ١١٥، الأم ٣: ٢٤٧.

وحال البكر مع الوصيّ كحال الذَّكَر، لاتخرج من الولاية إلّا بالاخراج، ما لم تعنس على اختلاف في ذلك، وقيل: حالُها مع الوصي كحالها مع الأب وهو قول ابن الماجشون. ولم يختلف قولهم: إنّه لايعتبر فيها الرشد كاختلافهم في اليتيم[١]*.

وأمّا المهمل[٢] من الذكور: فإنّ المشهور أنّ أفعاله جائزةٌ إذا بلغ الحلُمَ، كان سفيهاً متصل السفه أو غير متصل السفه، معلِناً به أو غير معلِن. وأمّا ابن القاسم فيعتبر نفسَ فعله إذا وقع، فإن كان رشيداً جاز، والّا ردّه[٣]. فأمّا اليتيمة التي لا أب لها ولا وصي: فإنّ فيها في المذهب قولين: أحدهما: أنّ أفعالها جائزة إذا بلغت المحيض. والثاني: أن أفعالها مردودةٌ ما لم تعنَس وهو المشهور[٤].

الباب الثالث
في معرفة أحكام افعالهم في الردّ والإجازة

والنظر في هذا الباب في شيئين: أحدهما ما يجوز لصنف صنف من المحجورين من الأفعال، وإذا فعلوا فكيف حكمُ أفعالهم في الردّ والإجازة، وكذلك أفعال المهملين (وهم الذين بلغوا الحلم من غير أب ولا وصي)، وهؤلاء كما قلنا إمّا صغار، وأمّا كبار متصلو الحجر من الصغر، وأمّا مبتدأ حجرهم.

---

* ذكرنا آنفاً رأي الإماميّة فراجع.

---

١. الكافي في فقه أهل المدينة: ٤٢٣، البيان والتحصيل ١٠: ٤٨٢ ـ ٤٨٥، المقدّمات الممهّدات ٢: ٣٥٤، النوادر والزيادات ١٠: ٩٤.

٢. المهمل: هو اليتيم الذي لم يوص به أبوه إلى أحد، ولاقدّم عليه السلطان ولياً ولا ناظراً. (انظر: البيان والتحصيل ١٠: ٤٦٣)

٣. المقدّمات الممهّدات ٢: ٣٥٠ ـ ٣٥١، البيان والتحصيل ١٠: ٤٦٣ ـ ٤٦٤.

٤. المقدّمات الممهّدات ٢: ٣٥٥، البيان والتحصيل ٥: ٢٩٣، ١٠: ٤٨٣، ٤٨٥.

فأمّا الصغار الذين لم يبلغوا الحلم من الرجال ولا المحيضَ من النساء فلا خلاف في المذهب في أنّه لايجوز في ماله معروف من هبة ولا صدقة ولا عطيّة ولا عتقٍ، وإن أذن له الأب في ذلك أو الوصي، فإن أخرج من يده شيئاً بغير عوض كان موقوفاً على نظر وليّه إن كان له ولي، فإن رآه رُشداً أجازه وإلّا أبطله، وإن لم يكن له ولي قُدّم له ولي ينظر في ذلك، وإن عمل في ذلك ـ حتى يليَ أمره ـ كان النظر إليه في الإجازة أو الردّ[1]*.

واختلف إذا كان فعله سداداً ونظراً فيما كان يلزم الولي أن يفعله هل له أن ينقضه إذا آل الأمر إلى خلاف بحوالة الأسواق، أو نماء فيما باعه، أو نقصان فيما ابتاعه، فالمشهور أنّ ذلك له. وقيل: إنّ ذلك ليس له[2]. ويلزم الصغير ما أفسد في ماله مما لم يؤتمن عليه. واختلف فيما أفسد وكَسَر مما اؤتمن عليه[3]**.

---

* ذهب أكثر الإماميّة إلىٰ أنّه لاينفذ عتق الصبي وإن بلغ عشراً وهو قضيّة أصول المذهب. خلافاً للبعض منهم؛ استناداً إلى خبر زرارة عن الباقر ﷺ: «إنّه إذا أتىٰ علىٰ الغلام عشر سنين فإنّ له من ماله ما أعتق وتصدّق على وجه المعروف» وهو ضعيف مرسل. (كشف اللثام ٨: ٣٤٨، تذكرة الفقهاء ١٤: ١٨٥، ٢٤١).

** الظاهر أنّه لا خلاف بين فقهاء الإماميّة في أنّه يضمن الصبي إذا أتلف مال غيره بغير إذنه، واختلفوا في الوديعة والعارية إذا دفعهما صاحبهما إلى الصبي غير المميّز فأتلفهما. فقيل: يضمن، وقيل: لايضمن؛ ودليلهم لعدم الضمان أنّ الضمان باعتبار الإهمال إنّما يثبت حيث يجب الحفظ، والوجوب من باب خطاب الشرع المتعلق بأفعال المكلفين، فلايتعلق بالصبي. ودليلهم على الضمان أنّ اتلاف مال الغير مع عدم الإذن فيه سبب في ضمانه، والأسباب من باب خطاب الوضع لاتتوقف على التكليف. ←

---

١. المقدّمات الممهّدات ٢: ٣٤٦، النوادر والزيادات ١٠: ٩٨.

٢. المقدّمات الممهّدات ٢: ٣٤٦ ـ ٣٤٧، البيان والتحصيل ٥: ٢٩٢ ـ ٢٩٣.

٣. المقدّمات الممهّدات ٢: ٣٤٧، البيان والتحصيل ١٦: ١٤٥ ـ ١٤٦، النوادر والزيادات ١٣: ٥٠٧.

ولايلزمه بعد بلوغه ورشده عتق ما حلف بحريّته في صغره وحنث به في صغره[١]*. واختلف فيما حنث فيه في كبره وحلف به في صغره، فالمشهور أنّه لايلزمه. وقال ابن كنانة: يلزمه، ولايلزمه فيما ادعي عليه يمين[٢]. واختلف إذا كان له شاهد واحد، هل يحلفُ معه؟ فالمشهور أنّه لايحلف. وروي عن مالك والليث أنّه يحلف[٣]. وحال البكر ذات الأب والوصي كالذَّكَر ما لم تعنس على مذهب من يعتبر تعنيسها[٤].

فأمّا السفيه البالغ، فجمهور العلماء على أنّ المحجور إذا طلّق زوجته أو خالعها مضىٰ طلاقُه وخُلعه[٥]**، الّا ابن أبي ليلىٰ وأبا يوسف[٦]، وخالف ابن أبي ليلىٰ في العتق

← وقوّىٰ بعضُهم ضمان الصبي المميّز بمباشرته للإتلاف بل وبالتفريط بناء على أنّه لايقصّر عنها. (مسالك الأفهام ٤: ١٦٠ ـ ١٦١، مفتاح الكرامة ١٢: ٤٩٢، جواهر الكلام ٢٦: ٩٩ ـ ١٠٠، تذكرة الفقهاء ١٤: ٢٢٩).

* لا خلاف بين فقهاء الإماميّة في أنّه يُشترط في الحالف البلوغ، علماً أنّ المشهور بينهم ـ بل ادعي عليه الإجماع ـ أنّه لايصحّ اليمين بالعتاق، وخالف الإسكافي فأجاز ذلك، وقد نُسب قوله إلى الشذوذ وعدم معلوميّة كونه مخالفاً لهم. (رياض المسائل ١١: ٤٥٤، ٤٥٧، جواهر الكلام ٣٥: ٢٥٤ ـ ٢٥٥، مسالك الأفهام ١١: ١٨٩ ـ ١٩٠).

** أجمع فقهاء الإماميّة علىٰ صحّة طلاق المحجور عليه إذا كان بالغاً، كما أنّه لا خلاف بينهم في صحّة خلع المحجور عليه لتبذير أو فلس. (الخلاف ٣: ٢٨٩ ـ ٢٩٠، تذكرة الفقهاء ١٤: ٢٣٤، ٢٣٥، مفتاح الكرامة ١٢: ٤٩٣ ـ ٤٩٤، جواهر الكلام ٣٣: ٤٧، مسالك الأفهام ٩: ٤١٤).

---

١. المقدّمات الممهّدات ٢: ٣٤٧، البيان والتحصيل ١٥: ٩٤.

٢. المقدّمات الممهّدات ٢: ٣٤٧، البيان والتحصيل ١٤: ٤٧٠ ـ ٤٧١.

٣. المقدّمات الممهّدات ٢: ٣٤٧، البيان والتحصيل ١٠: ٤٤ ـ ٤٦، أصول الفتيا في الفقه: ٤١٥.

٤. المقدّمات الممهّدات ٢: ٣٤٧، البيان والتحصيل ٥: ٢٩٣.

٥. عيون المجالس ٤: ١٦٤٨، الحاوي الكبير ٦: ٣٥٩، بدائع الصنائع ١٠: ٩٠، المغني لابن قدامة ٤: ٥٧١، ٥٧٢.

٦. الإشراف لعبدالوهاب ٢: ٥٩٥، المغني لابن قدامة ٤: ٥٧١.

فقال: إنّه ينفذ، وقال الجمهور: إنّه لاينفذ[١]*.

وأمّا وصيّته فلا أعلم خلافاً في نفوذها[٢]**. ولاتلزمه هبة ولا صدقة ولا عتق ولا شيء من المعروف إلّا أن يعتق أمَّ ولده، فيلزمه عِتقُها[٣]***، وهذا كلّه في المذهب، وهل يتبعها مالُها؟ فيه خلاف، قيل: يتبع، وقيل: لايتبع، وقيل: بالفرق بين القليل والكثير[٤].

وأمّا ما يفعله بعوض، فهو أيضاً موقوف على نظر وليّه إن كان له ولي، فإن لم يكن له ولي قُدّم له ولي، فإن ردّ بيعه الولي وكان قد أتلف الثمن لم يُتبع من ذلك بشيء، وكذلك إن أتلف عين المبيع[٥]****.

---

* أجمع فقهاء الإماميّة أنّه يشترط في المُعتِق أن لايكون محجوراً عليه لسفه؛ لعموم الادلة. (رياض المسائل ١١: ٣٢٢، جواهر الكلام ٣٤: ١٠٥).

** المشهور بين فقهاء الإماميّة هو صحة وصية السفيه في البرّ والمعروف؛ لصحّة عبارته. وذهب بعضهم إلى عدم نفوذ وصيّته مطلقاً. (جامع المقاصد ١٠: ٣٦، مفتاح الكرامة ١٩: ٦٥٨ ـ ٦٥٩، جواهر الكلام ٢٨: ٢٧٤).

*** أجمع فقهاء الإماميّة علىٰ منع السفيه من التصرُّفات الماليّة لنفسه. (مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٢٠٩ ـ ٢١٠، رياض المسائل ٨: ٥٦٤، جواهر الكلام ٢٦: ٥٦).

**** لا خلاف بين فقهاء الإماميّة في أنّه لو بايع السفيهَ ـ بعد الحجر عليه ـ إنسانٌ، كان البيع باطلاً مع عدم إجازة الولي لا معها، فإن كان المبيع موجوداً استعاده البائع. ويظهر منهم أنّه إن تلف المبيع بعد قبضه بإذن صاحبه ـ العالم بموضوعه وحكمه ـ كان تالفاً من مال بائعه. (جواهر الكلام ٢٦: ٩٧ ـ ٩٨، مفتاح الكرامة ١٢: ٤٨٨، مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٢٢٧ ـ ٢٢٨).

---

١. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٢٢١، المغني لابن قدامة ٤: ٥٧٢، مختصر اختلاف العلماء ٥: ٢٢٢، الحاوي الكبير ٦: ٣٦٠، الإشراف لابن المنذر ٢: ٥٨، بدائع الصنائع ١٠: ٩٠.

٢. الحاوي الكبير ٦: ٣٦٠، بدائع الصنائع ١٠: ٩٠، عقد الجواهر الثمينة ٣: ١٢١٦، المغني لابن قدامة ٤: ٥٧٢.

٣. المقدّمات الممهّدات ٢: ٣٥٧، المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٢٢٠ ـ ٢٢١، ٢٢٤، أصول الفتيا في الفقه: ٤١٥.

٤. المقدّمات الممهّدات ٢: ٣٥٧، البيان والتحصيل ١٤: ٤٧١ ـ ٤٧٢.

٥. المقدّمات الممهّدات ٢: ٣٥٧، أصول الفتيا في الفقه: ٤١٥، النوادر والزيادات ١٠: ٩٨.

وأمّا أحكام أفعال المحجورين أو المهملين على مذهب مالك فإنّه تنقسم إلى أربعة أحوال: فمنهم من تكون أفعاله كلّها مردودة، وإن كان فيها ما هو رشد. ومنهم ضدّ هذا، وهو أن تكون أفعاله كلّها محمولة على الرشد وإن ظهر فيها ما هو سفه. ومنهم من تكون أفعاله كلّها محمولة على السفه ما لم يتبيّن رشده، وعكس هذا أيضاً وهو أن تكون أفعاله كلّها محمولة على الرشد حتى يتبين سفهه.

فأمّا الذي يحكم له بالسفه وإن ظهر رشده فهو الصغير الذي لم يبلغ، والبكر ذاتُ الأب والوصيّ ما لم تعنس على مذهب من يعتبر التعنيس. واختُلف في حدّه اختلافاً كثيراً من دون الثلاثين إلى الستين[١].

والذي يحكم له بحكم الرشد وإن علم سفهه، فمنها السفيه إذا لم تثبت عليه ولاية من قِبَل أبيه، ولا من قِبَل السلطان على مشهور مذهب مالك، خلافاً لابن القاسم الذي يعتبر نفس الرشد لا نفس الولاية، والبكر اليتيمة المهملة على مذهب سحنون.

وأمّا الذي يحكم عليه بالسفه بحكم ما لم يظهر رشدُه فالابن بعد بلوغه في حياة أبيه على المشهور في المذهب، وحالُ البكر ذاتِ الأب التي لا وصيّ لها إذا تزوجت ودخل بها زوجها ما لم يظهر رشدُها، وما لم تبلغ الحدَّ المعتبر في ذلك من السنين عند من يعتبر ذلك، وكذلك اليتيمة التي لا وصيّ لها على مذهب من يرىٰ أنّ أفعالها مردودة.

وأمّا الحال التي يحكم فيها بحكم الرشد حتى يتبين السفهُ، فمنها حال البكر المعنَّس عند من يعتبر التعنيس، أو التي دخل بها زوجُها ومضىٰ لدخوله الحدُّ المعتبر من السنين عند من يعتبر الحد، وكذلك حالُ الابن ذي الأب إذا بلغ وجُهلت حاله على إحدىٰ الروايتين، والابنة البكر بعد بلوغها على الرواية التي لاتعتبر فيها دخولها مع زوجها[٢]. فهذه هي جمل ما في هذا الكتاب والفروعُ كثيرة.

---

١. المقدّمات الممهّدات ٢: ٣٥٥، البيان والتحصيل ١٠: ٤٨٣.

٢. قد تقدَّم ذلك، وراجع: المقدّمات الممهّدات ٢: ٣٤٦ـ٣٤٨.

كتاب التفليس

كتاب التفليس

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلّى الله علىٰ سيّدنا محمّد وآله وصحبه وسلّم تسليماً

والنظر في هذا الكتاب فيما هو الفلس؟ وفي أحكام المفلس، فنقول: إنّ الإفلاس في الشرع يطلق علىٰ معنيين، أحدهما: أن يستغرق الدَّين مال المدين، فلايكون في ماله وفاء بديونه. والثاني أن لايكون له مال معلوم أصلاً[1]*، وفي كلا الفلسين قد اختلف العلماء في أحكامهما.

فأمّا الحالة الأُولىٰ، وهي إذا ظهر عند الحاكم من فلسه ماذكرنا، فاختلف العلماء في ذلك، هل للحاكم أن يحجر عليه التصرّف في ماله حتّىٰ يبيعه عليه ويقسمه علىٰ الغرماء علىٰ نسبة ديونهم، أم ليس له ذلك؟ بل يحبسه حتّىٰ يدفع إليهم جميع ماله علىٰ أيّ نسبة اتّفقت أو لمن اتّفق منهم.

---

* عرّف الإماميّة المفلّس بتعريفين:

الأوّل: إنّ المفلَّس هو مَن عليه ديون ولا مال له يفي بها.

الثاني: هو مَن جُعل مفلَّساً، أي: منع من التصرّف في أمواله. (مسالك الأفهام ٤: ٨٥ ـ ٨٦، جواهر الكلام ٢٥: ٢٧٨، مفتاح الكرامة ١٢: ٥٤٧، كتاب الخلاف ٣: ٢٥٩).

---

١. المقدّمات الممهّدات ٢: ٣١٥، المنتقىٰ للباجي ٥: ٨١ ـ ٨٣، المغني لابن قدامة ٤: ٤٩٢.

وهذا الخلاف بعينه يتصوّر في من كان له مال يفي بدينه فأبىٰ أن ينصف غرماءه، هل يبيع عليه الحاكم فيقسمه عليهم، أم يحبسه حتّىٰ يعطيهم بيده ما عليه؟ فالجمهور يقولون: يبيع الحاكم ماله عليه فينصف منه غرماءه أو غريمه إن كان ملياً، أو يحكم عليه بالإفلاس إن لم يف ماله بديونه ويحجر عليه التصرّف فيه.

وبه قال مالك[١] والشافعي[٢]. وبالقول الآخر قال أبو حنيفة وجماعة من أهل العراق[٣]*.

وحجّة مالك والشافعي[٤] حديث معاذ بن جبل «أنّه كثر دَينه في عهد رسول الله ﷺ

---

* أجمعت الإماميّة على أنّه إذا كان مال المديون يفي بديونه لم يحجر عليه، بل يطالب بالديون، فإن قضاها، وإلّا تخيّر الحاكم مع طلب أربابها منه بين حبسه إلىٰ أن يقضي المال، وبين أن يبيع متاعه عليه، ويقضي به الدَّين؛ لأنّه وليّ الممتنع. وذكر علمائهم ـ من دون نقل خلاف ـ أنّ الحاكم يحجر عليه بشروط أربعة:

الأوّل: أن تكون ديونه ثابتة عند الحاكم.

الثاني: أن تكون أمواله قاصره عن ديونه.

الثالث: أن تكون الديون حالّة.

الرابع: أن يلتمس الغرماء أو بعضهم الحجر عليه.

واحتجّوا لثبوت الحكم بالحجر بالأخبار، منها ما روي عن علي ﷺ أنّه كان يفلّس الرجل إذا التوىٰ على غرمائه، ثم يأمر به فيقسم ماله بينهم بالحصص. فإن أبىٰ باعه فقسمه بينهم. (جواهر الكلام ٢٥: ٢٧٩ ـ ٢٨٠، تذكرة الفقهاء ١٤: ١٣ ـ ١٦، جامع المقاصد ٥: ٢٢٣ـ٢٢٥، كتاب الخلاف ٣: ٢٦١ ـ ٢٦٢، مسالك الأفهام ٤: ٨٦ ـ ٨٨).

---

١. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٢٢٦، المقدّمات الممهّدات ٢: ٣١٨، الكافي في فقه أهل المدينة: ٤١٧.

٢. التهذيب للبغوي ٤: ٨٤ ـ ٨٥، الحاوي الكبير ٦: ٢٦٥، الوجيز ١: ١٧٠ ـ ١٧١، الوسيط ٤: ١٤.

٣. مختصر اختلاف العلماء ٣: ٣٩٣، الفقه النافع ٣: ١٣٣٩، الهداية للمرغيناني ٣: ٣١٩ ـ ٣٢٠.

٤. الحاوي الكبير ٦: ٢٦٤، المقدّمات الممهّدات ٢: ٣١٥، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٥٨٨، المغني لابن قدامة ٤: ٤٩٣.

فلم يزد غرماءه علىٰ أن جعله لهم من ماله»[١] وحديث أبي سعيد الخدري «أنّ رجلاً أصيب علىٰ عهد رسول الله ﷺ في ثمار ابتاعها فكثر دَينه، فقال رسول الله ﷺ تصدّقوا عليه، فتصدّق الناس عليه، فلم يبلغ ذلك وفاء بدينه، فقال رسول الله ﷺ: خذوا ما وجدتم وليس لكم إلّا ذلك»[٢].

وحديث عمر في القضاء عن الرجل المفلس في حبسه وقوله فيه «أمّا بعد، أيّها الناس، فإنّ الأسيفع (اسيفع جهينة) رضي من دينه وأمانته بأن يقال: سبق الحاج، وأنّه أدّان معرضاً فأصبح قد رِيْنَ عليه، فمن كان له عليه دَين فليأتنا»[٣و٤]. وأيضاً من طريق المعنى، فإنّه إذا كان المريض محجوراً عليه لمكان ورثته، فأحرىٰ أن يكون المدين محجوراً عليه لمكان الغرماء[٥]. وهذا القول هو الأظهر؛ لأنّه أعدل والله أعلم.

وأمّا حجج الفريق الثاني، الذين قالوا بالحبس حتّىٰ يعطي ما عليه أو يموت محبوساً، فيبيع القاضي حينئذٍ ماله ويقسمه علىٰ الغرماء: فمنها حديث جابر بن عبدالله حين استشهد أبوه بأُحد وعليه دَين، فلمّا طالبه الغرماء قال جابر: «فأتيت النبي ﷺ فكلّمته، فسألهم أن يقبلوا مني حائطي، ويحلّلوا أبي، فأبوا، فلم يعطهم رسول الله ﷺ حائطي، قال: ولكن سأغدو عليك، قال: فغدا علينا حين أصبح فطاف بالنخل فدعا في ثمرها بالبركة، قال: فجذذتها فقضيت منها حقوقهم، وبقي من ثمرها بقية»[٦و٧].

---

١. السنن الكبرىٰ للبيهقي ٦: ٥٠، كتاب التفليس، باب لايؤاجر الحرّ في دين عليه ولايلازم إذا لم يوجد له شيء، سنن الدارقطني ٤: ٢٣٠ ـ ٢٣١، كتاب البيوع، الحديث ٩٥.

٢. صحيح مسلم ٣: ١١٩١، كتاب المساقاة، باب استحباب الوضع من الدين، الحديث ١٥٥٦/١٨، سنن أبي داود ٣: ٢٧٦، كتاب البيوع والإجارات، باب في وضع الجائحة، الحديث ٣٤٦٩.

٣. السنن الكبرىٰ للبيهقي ٦: ٤٩، كتاب التفليس، باب الحجر على المفلس وبيع ماله في ديونه.

٤. المقدّمات الممهّدات ٢: ٣١٦، المعونة ٢: ١١٨١.

٥. الحاوي الكبير ٦: ٢٦٤.

٦. صحيح البخاري ٣: ٢٣٦، كتاب الاستقراض، باب إذا قضىٰ دون حقّه أو حلّله فهو جائز، الحديث ١١، سنن النسائي ٦: ٢٤٤، كتاب الوصايا، باب الوصية بالثلث بألفاظ مختلفة.

٧. بدائع الصنائع ١٠: ٨٦.

وبما روي أيضاً: أنّه مات أسيد بن الحضير[١] وعليه عشرة آلاف درهم، فدعا عمر بن الخطاب غرماءه، فقبّلَهم أرضه أربع سنين بما لهم عليه[٢]. قالوا: فهذه الآثار كلّها ليس فيها أنّه بيع أصل في دَين. قالوا: ويدلّ على حبسه قوله ﷺ: «ليُّ الواجد يحلّ عرضه وعقوبته»[٣] قالوا: والعقوبة هي حبسه[٤]. وربّما شبّهوا استحقاق أصول العقار عليه باستحقاق إجازته.

وإذا قلنا: إنّ المفلّس محجور عليه، فالنظر في ماذا يحجر عليه، وبأي ديون تكون المحاصّة في ماله؟ وفي أي شيء من ماله تكون المحاصة؟ وكيف تكون؟ فأمّا المفلّس فله حالان:

حال في وقت الفلس قبل الحجر عليه، وحال بعد الحجر، فأمّا قبل الحجر فلايجوز له اتلاف شيء من ماله عند مالك بغير عوض، إذا كان ممّا لايلزمه وممّا لاتجري العادة بفعله، وإنّما اشترط إذا كان ممّا لايلزمه؛ لأنّ له أن يفعل ما يلزم بالشرع، وإن لم يكن بعوض كنفقته على الآباء المعسرين أو الابناء، وإنّما قيل ممّا لم تجر العادة بفعله؛ لأنّ له اتلاف اليسير من ماله بغير عوض كالاضحية والنفقة في العيد، والصدقه اليسيرة، وكذلك تُراعى العادة في إنفاقه في عوض كالتزوج والنفقه على الزوجة، ويجوز بيعه وابتياعه مالم تكن فيه محاباة، وكذلك يجوز إقراره بالدين لمن لايتّهم عليه[٥].

واختلف قول مالك قضاء بعض غرمائه دون بعض، وفي رهنه[٦]. وأمّا جمهور من قال

---

١. أسيد بن حضير بن سماك بن عتيك الأشهلي، صحابي مشهور، مات سنة عشرين. (الخلاصة ١: ٩٨ (٥٨٣)، تقريب التهذيب ١: ٧٨)

٢. أسد الغابة ١: ١١٣ وفيه: أربعة الاف دينار.

٣. سنن أبي داود ٣: ٣١٣، كتاب الأقضية، باب في الحبس في الدين وغيره، الحديث ٣٦٢٨، سنن النسائي ٧: ٣١٦، كتاب البيوع، باب مطل الغني.

٤. بدائع الصنائع ١٠: ٩٦، المغني لابن قدامة ٤: ٥٤٧.

٥. المقدّمات الممهّدات ٢: ٣١٩ ـ ٣٢٠، التفريع ٢: ٢٥٤.

٦. المنتقى للباجي ٥: ٨٣، المقدّمات الممهّدات ٢: ٣٢٠.

بالحجر على المفلّس فقالوا: هو قبل الحكم كسائر الناس[١]*. وإنّما ذهب الجمهور لهذا؛ لأنّ الأصل هو جواز الأفعال حتّىٰ يقع الحجر.

ومالك كأنّه اعتبر المعنى نفسه، وهو إحاطة الدين بماله. لكن لم يعتبره في كلّ حال؛ لأنّه يجوّز بيعه وشراءه إذا لم يكن فيه محاباة، ولا يجوّزه للمحجور عليه.

وأمّا حاله بعد التفليس، فلا يجوز له فيها عند مالك بيع ولا شراء ولا أخذ ولا إعطاء[٢]**.

ولا يجوز إقراره بدَين في ذمّته لقريب ولا بعيد، قيل: إلّا أن يكون لواحد منهم بينة. وقيل يجوز لمن يعلم منه إليه تقاض[٣]***.

---

* أجمعت الإماميّة علىٰ أنّ المنع من التصرّف يفتقر إلىٰ حكم الحاكم بالحجر، فلو لم يحجر عليه الحاكم، نفذت تصرفات المفلس بأسرها، وليس للغرماء منعه في شيء منها إلّا بعد حجر الحاكم عليه. (تذكرة الفقهاء ١٤: ١٠، مجمع الفوائد والبرهان ٩: ٢١٧).

** لا خلاف بين فقهاء الإماميّة في أنّ المفلّس إذا حجر عليه الحاكم يُمنع من التصرّف ابتداءً في المال الموجود حال الحجر؛ لأنّه محجور عليه بحكم الحاكم، فوجب أن لا يصحّ تصرّفه، كما لو كان سفهياً، ولأنّ أمواله قد تعلّق بها حق الغرماء، فأشبهت تعلّق حق المرتهن، ولأنّ هذه التصرفات غير نافذة في الحال إجماعاً، فلا تكون نافذة فيما بَعْدُ؛ لعدم الموجب. (الخلاف ٣: ٢٦٩ ـ ٢٧٠، تذكرة الفقهاء ١٤: ٢٣ ـ ٢٥، جواهر الكلام ٢٥: ٢٨٢، تحرير الاحكام ٢: ٥٣٨).

*** لا خلاف بين فقهاء الإماميّة في أنّه لو أقرّ المفلّس بدين سابق على الحجر صحّ في الجملة؛ لعموم «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز»، واحتمال سلب الأهلية إنّما هو في خصوص إنشاء التصرفات بالأعيان. (جواهر الكلام ٢٥: ٢٨٧، مفتاح الكرامة ١٢: ٥٦٦، مسالك الأفهام ٤: ٩٠).

---

١. مختصر اختلاف العلماء ٣: ٣٩٥، المهذّب للشيرازي ٣: ٢٤٨.

٢. التفريع ٢: ٢٥٤، المقدّمات الممهّدات ٢: ٣٢٢.

٣. المقدّمات الممهّدات ٢: ٣٢٢، التفريع ٢: ٢٥٤، المنتقىٰ للباجي ٥: ٨٣ ـ ٨٤.

واختلف في إقراره بمال معيّن مثل القراض والوديعة علىٰ ثلاثة أقوال في المذهب: بالجواز، والمنع، والثالث: بالفرق بين أن يكون علىٰ أصل القراض والوديعة بيّنة أو لاتكون، فقيل: إن كانت صُدّق، وإن لم تكن لم يُصدّق[١]*.

واختلفوا من هذا الباب في ديون المفلس المؤجّلة، هل تحلُّ بالتفليس أم لا؟ فذهب مالك إلىٰ أنّ التفليس في ذلك كالموت[٢]، وذهب غيره إلىٰ خلاف ذلك[٣]**.

وجمهور العلماء علىٰ أنّ الديون تحلّ بالموت[٤]***، قال ابن شهاب: مضت السنّة

---

* اختلفت الإماميّة فيما لو أقرّ بعين علىٰ قولين:

الأوّل: قبول الإقرار. واختاره الشيخ الطوسي في المبسوط، والعلّامة الحلّي في التحرير؛ واستدلّوا بعموم الخبر، وبمساواة الإقرار للبيّنة.

الثاني: عدم القبول. واختاره العلّامة في الإرشاد؛ واستدلّ للمنع بتعلّق حقّ الغرماء بأعيان ماله، وفي إقراره بالعين ضرر عليهم فلايكون مقبولاً. (غاية المرام ٢: ١٦٣ ـ ١٦٤، تحرير الاحكام ٢: ٥٠٩، جواهر الكلام ٢٥: ٢٨٧ ـ ٢٨٨، ارشاد الاذهان ١: ٣٩٨).

** لا خلاف بين فقهاء الإماميّة ـ غير الإسكافي ـ في أنّه لاتحلّ الديون المؤجّلة بالحجر؛ لأصالة بقاء ماكان عليه، وحرمة القياس علىٰ الميت، وكونه مع الفارق. (مسالك الأفهام ٤: ٩٨، جواهر الكلام ٢٥: ٢٩٤).

*** أجمعت الإماميّة على أنّه إذا مات المفلّس حلّ ما عليه من الديون؛ واستدلّوا ـ بعد الإجماع ـ بالأخبار، منها ما روي عن أبي بصير: «إذا مات الرجل حلّ ماله، وما عليه من الدَين». (جواهر الكلام ٢٥: ٢٩٤ ـ ٢٩٥، ٣٢٣، الخلاف ٣: ٢٧١، مسالك الأفهام ٤: ١١٩).

---

١. المقدّمات الممهّدات ٢: ٣٢٢ ـ ٣٢٣، المنتقىٰ للباجي ٥: ٨٤.

٢. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٢٣٥، الكافي في فقه أهل المدينة: ٤١٨.

٣. المهذّب للشيرازي ٣: ٢٤٣، الحاوي الكبير ٦: ٣٢٣، الافصاح ١: ٣١٣.

٤. الكافي في أهل المدينة: ٤١٨، الحاوي الكبير ٦: ٣٢٢ الإفصاح ١: ٣١٣.

بأنّ دَينه قد حلّ حين مات[١].

وحجّتهم أنّ الله تبارك وتعالىٰ لم يبح التوارث إلّا بعد قضاء الدين[٢]، فالورثة في ذلك بين أحد أمرين: إمّا أن لايريدوا أن يؤخّروا حقوقهم في المواريث إلىٰ محلّ أجل الدَين فيلزم أن يجعل الدَين حالّاً، وأمّا أن يرضوا بتأخير ميراثهم حتّىٰ تحلّ الديون، فتكون الديون حينئذٍ مضمونة في التركة خاصة لا في ذممهم، بخلاف ما كان عليه الدين قبل الموت؛ لأنّه كان في ذمّة الميّت، وذلك يحسن في حق ذي الدَين، ولذلك رأى بعضهم أنّه إن رضي الغرماء بتحمّله في ذممهم أبقيت الديون إلىٰ أجلها، وممّن قال بهذا القول ابن سيرين واختاره أبو عبيد من فقهاء الأمصار[٣].

لكن لايشبه الفلس في هذا المعنى الموت كلّ الشبه، وإن كانت كلا الذمّتين قد خربت فإنّ ذمّة المفلّس يرجى المال لها بخلاف ذمّة الميّت[٤]. وأمّا النظر فيما يرجع به أصحاب الديون من مال المفلّس: فإنّ ذلك يرجع إلىٰ الجنس والقدر. أمّا ما كان قد ذهب عين العوض الذي استوجب من قبله الغريم علىٰ المفلّس فإنّ دَينه في ذمّة المفلّس، وأمّا إذا كان عين العوض باقياً بعينه لم يفت إلّا أنّه لم يقبض ثمنه. فاختلف في ذلك فقهاء الأمصار علىٰ أربعة أقوال:

الأوّل: إنّ صاحب السلعة أحقّ بها علىٰ كلّ حال، إلّا أن يتركها ويختار المحاصّة، وبه قال الشافعي، وأحمد، وأبو ثور[٥]*.

---

* المشهور عند الإماميّة أنّه من وجد من الغرماء عين ماله فهو أحقّ بها من غيره، وإن لم يكن سواها، وله أن يضرب مع الغرماء بدينه. ←

---

١. النوادر والزيادات ١٠: ٨٥.

٢. الاشراف ٢: ٥٨٩، الوسيط ٤: ٥، الحاوي الكبير ٦: ٣٢٢ـ٣٢٣.

٣. المغني لابن قدامة ٤: ٥٢٦.

٤. لاحظ: الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٥٨٩، المنتقىٰ للباجي ٥: ٩١، الاستذكار ٢١: ٣٥.

٥. الأم ٣: ٢٢٨ ـ ٢٢٩، المحلّىٰ بالآثار ٨: ١٧٥ ـ ١٧٦، المغني لابن قدامة ٤: ٤٩٣ ـ ٤٩٤، الاشراف لابن المنذر ٢: ٦١.

والقول الثاني: ينظر إلىٰ قيمة السلعة يوم الحكم بالتفليس، فإن كانت أقل من الثمن خُيّر صاحب السلعة بين أن يأخذها أو يحاصّ الغرماء، وإن كانت أكثر أو مساوية للثمن أخذها بعينها، وبه قال مالك وأصحابه[١].

والقول الثالث: تقوّم السلعة يوم التفليس فإن كانت قيمتها مساوية للثمن أو أقل منه قضىٰ له بها، أعني: للبائع، وإن كانت أكثر دُفع إليه مقدار ثمنه ويتحاصّون في الباقي، وبهذا القول قال جماعة من أهل الأثر[٢].

والقول الرابع: إنّه أسوة الغرماء فيها علىٰ كلّ حال. وهو قول أبي حنيفة، وأهل الكوفة[٣].

والأصل في هذه المسألة ما ثبت من حديث أبي هريرة أنّ رسول الله ﷺ قال: «أيّما رجل أفلس، فأدرك الرجل ماله بعينه فهو أحقّ به من غيره» وهذا الحديث أخرجه مالك[٤] والبخاري[٥] ومسلم[٦] وألفاظه متقاربه وهذا اللفظ لمالك. فمن هؤلاء من حمله علىٰ

← ودليلهم: صحيحة عمر بن يزيد عن أبي الحسن ﷺ قال: سألته عن رجل يركبه الدَين فيوجد متاع رجل عنده بعينه، قال: لايحاصّه الغرماء؛ ولأنّه لم يسلّم له العوض فكان له الرجوع إلى المعوّض دفعاً للضرر.

وللشيخ الطوسي ﷺ قول بأنّه لا اختصاص إلّا أن يكون هناك وفاء؛ استناداً إلى صحيحة أبي ولّاد، ولأنّ دَينه ودَين غيره متعلّق بذمّته وهم مشتركون في ذلك. (مسالك الأفهام ٤: ٩٨ ـ ٩٩، جواهر الكلام ٢٥: ٢٩٥ ـ ٢٩٦، جامع المقاصد ٥: ٢٦٠ ـ ٢٦١، المبسوط ٢: ٢٥٠، تذكرة الفقهاء ١٤: ٦، مختلف الشيعة ٥: ٤٤٣ ـ ٤٤٤).

---

١. التفريع ٢: ٢٤٩ ـ ٢٥٠، الكافي في فقه أهل المدينة: ٤١٧.

٢. لاحظ: المغني لابن قدامة ٤: ٤٩٨ ـ ٥٠٥، والموطّأ ٢: ٦٧٩ ـ ٦٨٠، كتاب الحجة علىٰ أهل المدينة ٢: ٧١٩.

٣. مختصر اختلاف العلماء ٣: ٣٩٧، الهداية للمرغيناني ٣: ٣٢٢.

٤. الموطّأ ٢: ٦٧٨ كتاب البيوع، باب ما جاء في إفلاس الغريم، الحديث ٨٨.

٥. صحيح البخاري ٣: ٢٣٩، كتاب الاستقراض، باب إذا وجد ماله عند مفلس في البيع والقرض والوديعة...، الحديث ١٨.

٦. صحيح مسلم ٣: ١١٩٣، كتاب المساقاة، باب من أدرك ما باعه عند المشتري، وقد أفلس فله الرجوع فيه، الحديث ١٥٥٩.

عمومه وهو الفريق الأول[١].

ومنهم من خصّصه بالقياس، وقالوا: إنّ معقوله إنّما هو الرفق بصاحب السلعة لكون سلعته باقية، وأكثر ما في ذلك أن يأخذ الثمن الذي باعها به[٢]، فأمّا أن يعطي في هذه الحال الذي اشترك فيها مع الغرماء أكثر من ثمنها فذلك مخالف لأصول الشرع، وبخاصّة إذا كان للغرماء أخذها بالثمن كما قال مالك.

وأمّا أهل الكوفة فردّوا هذا الحديث بجملته؛ لمخالفته للأصول المتواترة علىٰ طريقتهم في رد خبر الواحد إذا خالف الأُصول المتواترة[٣]؛ لكون خبر الواحد مظنوناً، والأُصول يقينية مقطوع بها، كما قال عمر في حديث فاطمة بنت قيس: ما كنا لندع كتاب الله وسنّة نبينا لحديث امرأة[٤].

وروي عن علي أنّه قضىٰ بالسلعة للمفلّس، وهو رأي ابن سيرين وإبراهيم من التابعين[٥].

وربّما احتجّوا بأنّ حديث أبي هريرة مختلف فيه، وذلك أنّ الزهري روىٰ عن أبي بكر بن عبدالرحمن عن أبي هريرة أنّ رسول‌اللهﷺ قال: «أيّما رجل مات أو أفلس فوجد بع بعض غرمائه ماله بعينه فهو أسوة الغرماء»[٦]. وهذا الحديث أولىٰ؛ لأنّه موافق للأصول الثابتة.

قالوا: وللجمع بين الحديثين وجه، وهو حمل ذلك الحديث علىٰ الوديعة والعارية[٧]، إلّا

---

١. المحلّىٰ بالآثار ٤: ١٧٥ ـ ١٧٦، الإشراف لابن المنذر ٢: ٦١، المعونة ٢: ١١٨٥.

٢. الاستذكار ٢١: ٢٤، لاحظ: الحاوي الكبير ٦: ٢٦٧.

٣. كتاب الحجة علىٰ أهل المدينة ٢: ٧١٦، ٧٢٠، الاستذكار ٢١: ٢٤.

٤. سنن الترمذي ٣: ٤٨٤، كتاب الطلاق واللّعان، باب ما جاء في المطلّقة ثلاثاً...، الحديث ١١٨٠، صحيح مسلم ٢: ١١١٨، كتاب الطلاق، باب المطلّقة ثلاثاً لا نفقة لها، الحديث ٤٦، المبسوط للسرخسي ٥: ١٨٩.

٥. الاشراف لابن المنذر ٢: ٦٢، الاستذكار ٢١: ٢٥، ٢٦، المحلّىٰ بالآثار ٨: ١٧٦، المصنّف لعبدالرزّاق ٨: ٢٦٦.

٦. المحلّىٰ بالآثار ٨: ١٧٨، وفيه: إذا أفلس الرجل ووجد رجل متاعه فهو بين غرمائه. وفي الهداية في تخريج أحاديث البداية ٨: ٦٩: لم أره بهذا اللفظ من رواية الزهري عن أبي بكر بن عبدالرحمن عن أبي هريرة، ولا من هذا الوجه أيضاً.

٧. الاشراف لابن المنذر ٢: ٦١.

أنّ الجمهور دفعوا هذا التأويل بما ورد في لفظ حديث أبي هريرة في بعض الروايات من ذكر البيع[١]، وهذا كلّه عند الجميع بعد قبض المشتري السلعة. فأمّا قبل القبض فالعلماء متّفقون ـ أهل الحجاز وأهل العراق ـ أنّ صاحب السلعة أحقّ بها؛ لأنّها في ضمانه[٢].

واختلف القائلون بهذا الحديث إذا قبض البائع بعض الثمن، فقال مالك: إن شاء أن يرد ما قبض ويأخذ السلعة كلّها، وإن شاء حاصّ الغرماء فيما بقي من سلعته[٣]. وقال الشافعي: بل يأخذ ما بقي من سلعته بما بقي من الثمن[٤]. وقالت جماعة من أهل العلم، داود واسحاق وأحمد: إن قبض من الثمن شيئاً فهو أسوة الغرماء[٥].

وحجّتهم ما روى مالك عن ابن شهاب عن أبي بكر بن عبدالرحمن أنّ رسول الله ﷺ قال: «أيّما رجل باع متاعاً فأفلس الذي ابتاعه ولم يقبض الذي باعه شيئاً فوجده بعينه فهو أحق به، وإن مات الذي ابتاعه فصاحب المتاع أسوة الغرماء»، وهو حديث وإن أرسله مالك[٦]، فقد اسنده عبدالرزاق[٧]، وقد روي من طريق الزهري عن أبي هريرة فيه زيادة بيان، وهو قوله فيه: «فإن كان قبض من ثمنه شيئاً فهو أسوة الغرماء»، ذكره أبو عبيد في كتابه في الفقه وخرّجه[٨]. وحجّة الشافعي أنّ كلّ السلعة أو بعضها في الحكم واحد[٩].

ولم يختلفوا أنّه إذا فوّت المشتري بعضها أنّ البائع أحقّ بالمقدار الذي أدرك من

---

١. الإشراف لابن المنذر ٢: ٦١.

٢. المقدّمات الممهّدات ٢: ٣٣٠، الحاوي الكبير ٦: ٢٦٦، كتاب الحجة علىٰ أهل المدينة ٢: ٧١٤.

٣. المقدّمات الممهّدات ٢: ٣٣٥، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٥٨٧.

٤. التهذيب للبغوي ٤: ٨٥، المهذّب للشيرازي ٣: ٢٥٥، الاشراف لابن المنذر ٢: ٦٢.

٥. الاستذكار ٢١: ٣٣ ـ ٣٤، المغني لابن قدامة ٤: ٥١٨، الاشراف لابن المنذر ٢: ٦٢، المحلّىٰ بالآثار ٨: ١٧٥ ـ ١٧٦، المقدّمات الممهّدات ٢: ٣٣٥.

٦. الموطّأ ٢: ٦٧٨، المقدّمات الممهّدات ٢: ٣٣٥.

٧. المصنّف لعبدالرزّاق ٨: ٢٦٤، باب الرجل يفلس فيجد سلعته بعينها، الحديث ١٥١٥٨.

٨. المغني لابن قدامة ٤: ٥١٨، المحلّىٰ بالآثار ٨: ١٧٦، المصنّف لعبدالرزّاق ٨: ٢٦٦.

٩. المهذّب للشيرازي ٣: ٢٥٥، الحاوي الكبير ٦: ٢٩٥ ـ ٢٩٦.

سلعته[١]*، إلّا عطاء فإنّه قال: إذا فوّت المشتري بعضها كان البائع أُسوة الغرماء[٢]. واختلف الشافعي ومالك في الموت، هل حكمه حكم الفلس أم لا؟ فقال مالك: هو في الموت أسوة الغرماء بخلاف الفلس[٣]**. وقال الشافعي: الأمر في ذلك واحد[٤].

وعمدة مالك ما رواه عن ابن شهاب عن أبي بكر[٥] وهو نصّ في ذلك، وأيضاً من جهة

---

* لا خلاف كذلك عند الإماميّة فيما لو وجد بعض المبيع سليماً تخير بين الضرب بجميع ماله وبين أخذ الموجود بحصته من الثمن وضرب بالباقي مع الغرماء لصدق عين المال على الموجود. (مسالك الأفهام ٤: ١٠٠ ـ ١٠١، جواهر الكلام ٢٥: ٣٠٠ ـ ٣٠١).

** المشهور عند الإماميّة أنّ غرماء الميّت سواء في التركة، إلّا أن يترك بقدر ما عليه فصاعداً، فيجوز حينئذٍ لصاحب العين أخذها؛ ومستندهم صحيحة أبي ولاد، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل باع من رجل متاعاً إلىٰ سنة، فمات المشتري قبل أن يحلّ ماله وأصاب البائع متاعه بعينه، أله أن يأخذه إذا حقّق له؟ قال: فقال: إن كان عليه دين وترك نحواً ممّا عليه فليأخذ إن حقق له، فإنّ ذلك حلال له.

ولو لم يترك نحواً من دَينه فإنّ صاحب المتاع كواحد ممّن له عليه شيء يأخذ بحصّته ولا سبيل له علىٰ المتاع. خلافاً للمحكي عن ابن الجنيد، حيث قال باختصاص صاحب العين بعينه وإن لم تكن التركة تفي بالدَين كالحي. (جواهر الكلام ٢٥: ٢٩٦، مسالك الأفهام ٤: ٩٩، الحدائق الناضرة ٢٠: ٣٩٤ ـ ٣٩٥).

---

١. المهذّب للشيرازي ٣: ٢٥٧ ـ ٢٥٨، الكافي في فقه أهل المدينة: ٤١٧، الاستذكار ٢١: ٢٧، المغني لابن قدامة ٤: ٤٩٨، الحاوي الكبير ٦: ٢٩٣.

٢. الإشراف لابن المنذر ٢: ٦٢ وفيه: وقال أحمد وإسحاق: لايأخذ ما وجد، إلّا أن يجده بعينه، المغني لابن قدامة ٤: ٤٩٨.

٣. المعونة ٢: ١١٨٥ ـ ١١٨٦، التفريع ٢: ٢٥١، الافصاح ١: ٣١٢ ـ ٣١٣.

٤. الاشراف لابن المنذر ٢: ٦٢، الحاوي الكبير ٦: ٢٧٣، الافصاح ١: ٣١٢ ـ ٣١٣.

٥. مرّ سابقاً.

النظر أنّ فرقاً بين الذمّة في الفلس والموت. وذلك أنّ المفلس ممكن أن تثرىٰ حاله فيتبعه غرمائه بما بقي عليه وذلك غير متصوّر في الموت[١]. وأمّا الشافعي فعمدته ما رواه ابن أبي ذئب بسنده عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله ﷺ: «أيّما رجل مات أو أفلس فصاحب المتاع أحقّ به»[٢].

فسوّىٰ في هذه الرواية بين الموت والفلس. قال: وحديث ابن أبي ذئب أولى من حديث ابن شهاب؛ لأنّ حديث ابن شهاب مرسل وهذا مسند، ومن طريق المعنى فهو مال لاتصرّف فيه لمالكه إلّا بعد أداء ما عليه، فأشبه مال المفلس[٣].

وقياس مالك أقوىٰ من قياس الشافعي، وترجيح حديثه علىٰ حديث ابن أبي ذئب من جهة أن موافقة القياس له أقوى، وذلك أنّ ما وافق من الأحاديث المتعارضه قياس المعنى فهو أقوى ممّا وافقه قياس الشبه، أعني: أنّ القياس الموافق لحديث الشافعي هو قياس شبه، والموافق لحديث مالك قياس معنىٰ، ومرسل مالك أخرجه عبد الرزاق[٤].

فسبب الخلاف تعارض الآثار في هذا المعنىٰ والمقاييس، وأيضاً فإنّ الأصل يشهد لقول مالك في الموت، أعني: أنّ من باع شيئاً فليس يرجع إليه، فمالك رحمه الله أقوى في هذه المسألة، والشافعي إنّما ضعف عنده فيها قول مالك؛ لما روى من المسند، والمرسل عنده لا يجب العمل به[٥].

واختلف فيمن وجد سلعته بعينها عند المفلس وقد أحدث زيادة مثل أن تكون أرضاً يغرسها أو عرصة يبنيها، فقال مالك: العمل الزائد فيها هو فوت ويرجع صاحب السلعة شريك الغرماء[٦]. وقال الشافعي: بل يخيّر البائع بين أن يعطي قيمة ما أحدث المشتري في

---

١. المعونة ٢: ١١٨٦، الحاوي الكبير ٦: ٢٧٣.

٢. سنن ابن ماجه ٢: ٧٩٠، كتاب الاحكام، باب من وجد متاعه بعينه عند رجل قد افلس الحديث ٢٣٦٠.

٣. الحاوي الكبير ٦: ٢٧٣، الأم ٣: ٢٢٨ ـ ٢٢٩.

٤. مرّ سابقاً.

٥. الأم ٣: ٢٢٨ ـ ٢٢٩.

٦. الموطّأ ٢: ٦٧٩، المنتقىٰ للباجي ٥: ٩٢، عقد الجواهر الثمينة ٢: ٧٩٢ ـ ٧٩٣.

سلعته ويأخذها، أو أن يأخذ أصل السلعة ويحاصّ الغرماء في الزيادة[١]*.

وما يكون فوتاً ممّا لايكون فوتاً في مذهب مالك منصوص في كتبه المشهورة. وتحصيل مذهب مالك فيما يكون الغريم؛ به أحقّ من سائر الغرماء في الموت والفلس، أو في الفلس دون الموت أنّ الأشياء المبيعة بالدَّين تنقسم في التفليس ثلاثة أقسام: عرض يتعين، وعين اختلف فيه هل يتعين فيه أم لا؟ وعمل لايتعين.

فأمّا العرض، فإن كان في يد بائعه لم يسلّمه حتّىٰ أفلس المشتري، فهو أحقّ به في الموت والفلس، وهذا ما لا خلاف فيه[٢]، وإن كان قد دفعه إلىٰ المشتري ثم أفلس وهو قائم بيده فهو أحقّ به من الغرماء في الفلس دون الموت، ولهم عنده أن يأخذوا سلعته بالثمن[٣].

وقال الشافعي: ليس لهم[٤]، وقال أشهب: لايأخذونها إلّا بزيادة يحطّونها عن المفلس، وقال ابن الماجشون: إن شاءوا كان الثمن من أموالهم أو من مال الغريم، وقال ابن كنانة: بل يكون من أموالهم، وأمّا العين فهو أحقّ بها في الموت أيضاً، والفلس ما كان بيده[٥].

---

* لا خلاف بين الإماميّة في أنّه لو اشترىٰ أرضاً فغرس فيها أو بنىٰ ثم أفلس كان صاحب الأرض (البائع) أحقّ بها؛ لصدق وجود العين متميزة عن مال المفلس.

وأمّا مال المفلس من الغرس أو البناء فيجب إبقاؤه إلى أن يفنىٰ بغير أجرة ولايجوز إزالتها ـ حتى مع بذل الأرش ـ على المشهور؛ لأنّها وضعت بحقّ في ملكه فتكون محترمة، وقال الشيخ الطوسي في المبسوط: يجوز إزالتها مع الإرش. (جواهر الكلام ٢٥: ٣١١، الحدائق الناضرة ٢٠: ٤٠٥ ـ ٤٠٦، مسالك الأفهام ٤: ١١٠، المبسوط ٢: ٢٥٩ ـ ٢٦٠).

---

١. الاستذكار ٢١: ٣٧، مختصر المزني: ١١٢، المهذّب للشيرازي ٣: ٢٦٣ ـ ٢٦٥.

٢. المقدّمات الممهّدات ٢: ٣٣٤، النوادر والزيادات ١٠: ٥٩.

٣. المقدّمات الممهّدات ٢: ٣٣٤، النوادر والزيادات ١٠: ٥٣ ـ ٥٤.

٤. الحاوي الكبير ٦: ٢٧٥، مختصر المزني: ١١٢.

٥. المقدّمات الممهّدات ٢: ٣٣٤، المنتقىٰ للباجي ٥: ٨٩ ـ ٩٠.

واختلف إذا دفعه إلىٰ بائعه فيه ففلّس أو مات وهو قائم بيده يعرف بعينه، فقيل: إنّه أحقّ به كالعروض في الفلس دون الموت وهو قول ابن القاسم، وقيل: إنّه لا سبيل له عليه، وهو أسوة الغرماء، وهو قول أشهب، والقولان جاريان علىٰ الاختلاف في تعيين العين، وأمّا إن لم يعرف بعينه فهو أسوة الغرماء في الموت والفلس[1].

وأمّا العمل الذي لا يتعيّن فإنّ أفلس المستأجر قبل أن يستوفي عمل الأجير كان الأجير أحقّ بما عمله في الموت والفلس جميعاً، كالسلعة إذا كانت بيد البائع في وقت الفلس *، وإن كان فلسه بعد أن استوفىٰ عمل الأجير فالأجير أُسوة الغرماء بأجرته التي شارطه عليها في الفلس والموت جميعاً علىٰ أظهر الأقوال[2] **.

إلّا أن تكون بيده السلعة التي استؤجر علىٰ عملها، فيكون أحقّ بذلك في الموت والفلس جميعاً؛ لأنّه كالرهن بيده. فإن أسلمه كان أسوة الغرماء بعمله، إلّا أن يكون له

---

* لا خلاف بين فقهاء الإماميّة في أنّه لو أفلس المستأجر قبل تمام استيفاء المنفعة كان للمؤجّر فسخ الإجارة إن شاء، تنزيلاً للمنافع في الإجارة منزلة الأعيان في البيع. وتنقيحاً للمناط، وذكر غير واحد منهم من دون نقل خلاف أنّ له الضرب مع الغرماء بقسط المدّة الماضية من الأجرة. (تذكرة الفقهاء ١٤: ٩٦، جواهر الكلام ٢٥: ٣٠٩، مفتاح الكرامة ١٢: ٦٠٩ ـ ٦١١).

** لا خلاف بين الإماميّة في أنّه إذا أفلس المستأجر بالأجرة كان للمؤجّر الخيار بين الفسخ واسترداد العين، وبين الضرب مع الغرماء. نظير ما إذا أفلس المشتري بالثمن، حيث أنّ للبائع الخيار إذا وجد عين ماله؛ إلحاقاً للإجارة بالبيع الثابت فيه بالإجماع والنصوص. (مستمسك العروة الوثقىٰ ١٢: ٤٣، المستند في شرح العروة ٣٠: ١٥٢ ـ ١٥٣، مسالك الأفهام ٤: ١٠٨ ـ ١٠٩، تحرير الاحكام ٢: ٥١٧، جواهر الكلام ٢٧: ٢٢٢).

---

١. المقدّمات الممهّدات ٢: ٣٣٨، وانظر: البيان والتحصيل ١٠: ٣٩٦.

٢. النوادر والزيادات ١٠: ٧٠، المقدّمات الممهّدات ٢: ٣٣٧.

فيه شيء أخرجه فيكون أحقّ به في الفلس دون الموت، وكذلك الأمر عنده في فلس مكتري الدواب إن استكرى أحقّ بما عليه من المتاع في الموت والفلس جميعاً، وكذلك مكتري السفينة، وهذا كلّه شبّهه مالك بالرهن[١].

وبالجملة فلا خلاف في مذهبه أنّ البائع أحقّ بما في يديه في الموت والفلس، وأحقّ بسلعته القائمة الخارجة عن يده في الفلس دون الموت، وأنّه أسوة الغرماء في سلعته إذا فاتت، وعنده ما يُشْبِهُ حالُ الأجيرِ (عند أصحاب مالك، وبالجملة) البائعِ منفعةً بالبائعِ الرقبةَ.

فمرّة يشبّهون المنفعة التي عمل بالسلعة التي لم يقبضها المشتري فيقولون: هو أحقّ بها في الموت والفلس، ومرّة يشبهونه بالتي خرجت من يده ولم يمت، فيقولون: هو أحقّ بها في الفلس دون الموت، ومرّة يشبهون ذلك بالموت الذي فاتت فيه، فيقولون: هو أسوة الغرماء.

ومثال ذلك اختلافهم فيمن استؤجر علىٰ سقي حائط فسقاه حتّىٰ أثمر الحائط ثم أفلس المستأجر فإنّهم قالوا فيه الثلاثة الأقوال[٢].

وتشبيه بيع المنافع في هذا الباب ببيع الرقاب هو شيء فيما أحسب انفرد به مالك دون فقهاء الأمصار، وهو ضعيف؛ لأنّ قياس الشبه المأخوذ من الموضع المفارق للأصول يضعف، ولذلك ضعف عند قوم القياس علىٰ موضع الرخص، ولكن انقدح هنالك قياس علّة، فهو أقوى. ولعلّ المالكية تدّعي وجود هذا المعنى في هذا القياس لكنّ هذا كلّه ليس يليق بهذا المختصر.

ومن هذا الباب اختلافهم في العبد المفلس المأذون له في التجارة هل يتبع بالدَّين في رقبته أم لا؟ فذهب مالك وأهل الحجاز إلى أنّه إنّما يتبع بما في يده لا في رقبته، ثم إن اعتق

---

١. المقدّمات الممهّدات ٢: ٣٣٧، الكافي في فقه أهل المدينة: ٤٢٢، عقد الجواهر الثمينة ٢: ٧٩٤، المنتقىٰ للباجي ٥: ٩٣.

٢. المقدّمات الممهّدات ٢: ٣٣٨، البيان والتحصيل ١٠: ٣٩٦ ـ ٣٩٧.

أتبع بما بقي عليه[١]، ورأى قوم أنّه يباع[٢] ورأىٰ قوم أنّ الغرماء يخيّرون بين بيعه وبين أن يسعىٰ فيما بقي عليه من الدَّين[٣]، وبه قال شريح[٤]. وقالت طائفة: بل يلزم سيّده ما عليه وإن لم يشترطه[٥]*.

فالذين لم يروا بيع رقبته قالوا: إنّما عامل الناس على ما في يده فأشبه الحر، والذين رأوا بيعه شبّهوا ذلك بالجنايات التي يجني وأمّا الذين رأوا الرجوع على السيّد بما عليه من الدَّين فإنّهم شبّهوا ماله بمال السيد، إذ كان له انتزاعه. فسبب الخلاف هو تعارض أقيسة الشبه في هذه المسألة.

ومن هذا المعنى إذا أفلس العبد والمولىٰ معاً بأيٍّ يبدأ؟ هل بدَين العبد، أم بدَين المولى؟ فالجمهور يقولون بدَين العبد؛ لأنّ الذين داينوا العبد إنّما فعلوا ذلك ثقة بما رأوا عند العبد من المال، والذين داينوا المولىٰ لم يعتدّوا بمال العبد[٦]. ومن رأىٰ البدء بالمولى قال لأنّ

---

* أجمع فقهاء الإماميّة علىٰ أنّه لو أذن المولىٰ لعبده في الاستدانة له كان الدين لازماً للمولىٰ. سواء استبقاه أو باعه؛ ضرورة كونه كالوكيل، ولصحيح أبي بصير وغيره الظاهر في أن مدار كون دَين العبد على المولىٰ هو إذنه له فيه، قال: «قلت لأبي جعفر عليه السلام رجل يأذن لمملوكه في التجارة فيصير عليه دَيناً، فقال: إن كان أذن له أن يستدين فالدَين على مولاه». والمشهور بينهم أنّه إن أعتقه المولىٰ يكون الدَين باقياً في ذمّة المولىٰ؛ لصحيح أبي بصير وغيره وذهب جماعة إلىٰ أنّه يبقى الدَين في ذمّة العبد. (جواهر الكلام ٢٥: ٧٣ ـ ٧٥، مسالك الأفهام ٣: ٤٦٥).

---

١. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٢٤٥ ـ ٢٤٦، المعونة ٢: ١١٨٩، التفريع ٢: ٢٥٥، الكافي في فقه أهل المدينة: ٤٢١، ٤٢٢ وبه قال الشافعي، راجع: البيان للعمراني ٧: ٢١٠، المغني لابن قدامة ٤: ٣٢٢.

٢. بدائع الصنائع ١٠: ١٦٢ ـ ١٦٣، الهداية للمرغيناني ٤: ٣٢٨، المصنف لعبدالرزاق ٨: ٢٨٥، الحديث ١٥٢٣٦.

٣. مختصر اختلاف العلماء ٥: ٢٣١ ـ ٢٣٢.

٤. المصنف لعبدالرزاق ٨: ٢٨٦، الحديث ١٥٢٤٤.

٥. البيان للعمراني ٧: ٢١٠، المغني لابن قدامة ٤: ٣٢٢، حلية العلماء ٥: ٣٦٢.

٦. مختصر اختلاف العلماء ٥: ٢٣٢، المعونة ٢: ١١٨٨.

مال العبد هو في الحقيقة للمولى[١]؛ فسبب الخلاف تردد مال العبد بين أن يكون حكمه حكم مال الأجنبي أو حكم مال السيد.

وأمّا قدر ما يترك للمفلس من ماله، فقيل في المذهب: يترك له ما يعيش به هو وأهله وولده الصغار الأيام، وقال في الواضحة والعتبية: الشهر ونحوه، ويترك له كسوة مثله. وتوقّف مالك في كسوة زوجته؛ لكونها هل تجب لها بعوض مقبوض ـ وهو الانتفاع بها ـ أو بغير عوض؟ وقال سحنون: لا يترك له كسوة زوجته، وروىٰ ابن نافع عن مالك أنّه لا يترك له إلّا ما يواريه، وبه قال ابن كنانة. واختلفوا في بيع كتب العلم على قولين، وهذا مبني على كراهية بيع كتب الفقه أو لا كراهية ذلك[٢]*.

وأمّا معرفة الديون التي يحاصّ بها من الديون التي لا يحاصّ بها على مذهب مالك فإنّها تنقسم أولاً إلى قسمين: أحدهما: أن تكون واجبة عن عوض. والثاني: أن تكون واجبة من غير عوض.

فأمّا الواجبة عن عوض، فإنّها تنقسم إلى عوض مقبوض، وإلى عوض غير مقبوض، فأمّا ما كانت عن عوض مقبوض وسواء كانت مالاً أو أرش جناية فلا خلاف في المذهب أنّ محاصّة الغرماء بها واجبة[٣].

---

* الذي يظهر من فقهاء الإماميّة الإجماع علىٰ أنّه يجري على المفلَّس نفقته مدّة الحجر ونفقة مَن تجب عليه نفقته بالمعروف وكسوته، جارياً علىٰ عادة أمثاله إلىٰ يوم القسمة فيُعطىٰ هو وعياله نفقة ذلك اليوم خاصة؛ تقديماً لخطاب النفقة علىٰ خطاب الوفاء. (مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٢٦٦، مفتاح الكرامة ١٢: ٥٨٧، جواهر الكلام ٢٥: ٣٤٠، ٣٢: ٣٥٠).

---

١. أنظر: المصنف لابن أبي شيبة ٧: ٢٥٣.

٢. البيان والتحصيل ١٠: ٣٥٣، المقدّمات الممهّدات ٢: ٣٢٣، ٣٢٤ الكافي في فقه أهل المدينة: ٤٢٢، النوادر والزيادات ١٠: ٧ ـ ١٠.

٣. المقدّمات الممهدّات ٢: ٣٢٨ ـ ٣٢٩.

وأمّا ما كان عن عوض غير مقبوض، فإنّ ذلك ينقسم خمسة أقسام:

أحدها: أن لا يمكنه دفع العوض بحال كنفقة الزوجات لما يأتي من المدة.

والثاني: أن لا يمكنه دفع العوض، ولكن يمكنه دفع ما يستوفىٰ فيه، مثل أن يكتري الرجل الدار بالنقد، أو يكون العرفُ فيه النقد، ففلّس المكتري قبل أن يسكن أو بعد ما سكن بعض السكنىٰ وقبل أن يدفع الكراء.

والثالث: أن يكون دفْع العوض يمكنه ويلزمه كرأس مال السلم إذا أفلس المسلم إليه قبل دفع رأس المال.

والرابع: أن يمكنه دفْع العوض ولا يلزمه، مثل السلعة إذا باعها ففلّس المبتاع قبل أن يدفعها إليه البائع.

والخامس: أن لا يكون إليه تعجيل دفْع العوض، مثل أن يسلم الرجل إلى الرجل دنانير في عروض إلى أجل فيفلس المسلم قبل أن يدفع رأس المال وقبل أن يحلّ أجل السلم.

فأمّا الذي لا يمكنه دفْع العوض بحال فلا محاصّة في ذلك إلّا في مهور الزوجات إذا فلس الزوج قبل الدخول[1]. وأمّا الذي لا يمكنه دفع العوض ويمكنه دفع ما يستوفىٰ منه، مثل المكتري يفلس قبل دفع الكراء، فقيل: للمكري المحاصّة بجميع الثمن واسلام الدار للغرماء، وقيل: ليس له إلّا المحاصة بما سكن ويأخذ داره، وإن كان لم يسكن فليس له إلّا أخذ داره[2]*. وأمّا ما يمكنه دفع العوض ويلزمه وهو إذا كان العوض عيناً، فقيل: يحاصّ به الغرماء في الواجب له بالعوض ويدفعه. وقيل: هو أحقّ به وعلى هذا لا يلزمه

---

* تقدم آنفاً ما ينفع في المقام.

---

١. المقدّمات الممهّدات ٢: ٣٢٩، النوادر والزيادات ١٠: ٨٣ ـ ٨٤، الكافي في فقه أهل المدينة: ٤٢٢.

٢. المقدّمات الممهّدات ٢: ٣٢٩، الكافي في فقه أهل المدينة: ٤٢٢، البيان والتحصيل ١٠: ٤٢٤.

دفع العوض[١]*. وأمّا مايمكنه دفع العوض ولايلزمه فهو بالخيار بين المحاصّة والإمساك، وذلك هو إذا كان العوض عينا[٢].

وأمّا إذا لم يكن إليه تعجيل العوض مثل أن يفلس المسلم قبل أن يدفع رأس المال، وقبل أن يحلّ أجل السلم، فإن رضي المسلّم إليه أن يعجل العروض ويحاصص الغرماء برأس مال السلم فذلك جائز إن رضي بذلك الغرماء فإن أبىٰ ذلك أحد الغرماء حاصّ الغرماء برأس المال الواجب له فيما وجد للغريم من مال وفي العروض التي عليه إذا حلّت؛ لأنّها من مال المفلس، وان شاؤوا أن يبيعوها بالنقد ويتحاصّوا فيها كان ذلك لهم[٣].

وأمّا ما كان من الحقوق الواجبة عن غير عوض فإنّ ما كان منها غير واجب بالشرع بل بالالتزام كالهبات والصدقات فلا محاصّة فيها[٤]. وأمّا ما كان منها واجباً بالشرع كنفقة الآباء والأبناء ففيها قولان:

أحدهما: أنّ المحاصّة لاتجب بها، وهو قول ابن القاسم.

والثاني: أنّها تجب بها إذا لزمت بحكم من السلطان، وهو قول أشهب[٥].

وأمّا النظر الخامس وهو معرفة وجه التحاص، فإنّ الحكم في ذلك أن يصرف مال الغريم من جنس ديون الغرماء، وسواء كان مال الغرماء من جنس واحد أو من أجناس مختلفة، إذ

---

* قد تسالم فقهاء الإماميّة على أنّ رأس مال السلم إذا كان باقياً فللمسلِّم الرجوع إليه، وذكر العلّامة إنْ أراد أنْ يضارب مع الغرماء بالمُسْلَم فيه ولا يفسخ أُجيب إليه. (تذكرة الفقهاء ١٤: ٩٢، مفتاح الكرامة ١٢: ٦٠٦ ـ ٦٠٧، جواهر الكلام ٢٥: ٣١٨).

---

١. المقدّمات الممهّدات ٢: ٣٢٩ ـ ٣٣٠، وانظر: النوادر والزيادات ١٠: ٨٥.

٢. المقدّمات الممهّدات ٢: ٣٣٠، وانظر: المنتقىٰ للباجي ٥: ٩١.

٣. المقدّمات الممهّدات ٢: ٣٣٠.

٤. المقدّمات الممهّدات ٢: ٣٣٣.

٥. المقدّمات الممهّدات ٢: ٣٣٣ ـ ٣٣٤، وانظر: عقد الجواهر الثمينة ٢: ٧٩٤.

كان لا يقتضىٰ في الديون إلّا ما هو من جنس الدين إلّا أن يتفقوا من ذلك علىٰ شيء يجوز[١]*.

واختلفوا من هذا الباب في فرع طارئ، وهو إذا هلك مال المحجور عليه بعد الحجر وقبل قبض الغرماء ممّن مصيبته؟ فقال أشهب: مصيبته من المفلس، وقال ابن الماجشون: مصيبته من الغرماء؛ إذا وقفه السلطان، وقال ابن القاسم: ما يحتاج إلى بيعه فضمانه من الغريم لأنّه إنّما يباع على ملكه، وما لا يحتاج إلى بيعه فضمانه من الغرماء مثل أن يكون المال عيناً والدين عيناً، وكلّهم روىٰ قوله عن مالك، وفرّق أصبغ بين الموت والفلس، فقال: المصيبة في الموت من الغرماء، وفي الفلس من المفلس[٢]**.

فهذا هو القول في أصول أحكام المفلس الذي له من المال ما لا يفي بديونه. وأمّا المفلس الذي لا مال له أصلاً فإنّ فقهاء الأمصار مجمعون على أنّ العُدم له تأثير في إسقاط الدَّين إلى وقت ميسرته[٣]، إلّا ما حكي عن عمر بن عبدالعزيز أنّ لهم أن يؤاجروه،

---

* ذكر جمع من فقهاء الإماميّة ـ من دون نقل خلاف ـ أنّه إن كان الثمن ـ أي ثمن مال الغريم المباع لأجل قضاء ديون الغرماء ـ من جنس مال الغرماء دفع إليهم، وإن كان من غير جنسه فإن لم يرضَ المستحقون إلّا بجنس حقّهم، صرفه إلى جنس حقّهم، وإلّا جاز صرفه إليهم، وقال في التحرير: فإن كان من غير جنس حقّ الغرماء دفع إليهم بالقيمة. (تذكرة الفقهاء ١٤: ٥٠، تحرير الاحكام ٢: ٥٢٤، جواهر الكلام ٢٥: ٣٥٣، الحدائق الناضرة ٢٠: ٤١٣، مفتاح الكرامة ١٢: ٥٨٥، جامع المقاصد ٥: ٢٤٨).

** ذكر بعض فقهاء الإماميّة من دون نقل خلاف أنّه لو تلف المال المودَع قبل القسمة فهو من مال المفلَّس، سواء كان التالف الثمن أو العين. (جامع المقاصد ٥: ٢٦٠، مفتاح الكرامة ١٢: ٥٩٩).

---

١. المقدّمات الممهّدات ٢: ٣٢٦، النوادر والزيادات ١٠: ٨٥ ـ ٨٧.

٢. المقدّمات الممهّدات ٢: ٣٢٥ ـ ٣٢٦، النوادر والزيادات ١٠: ٢٥ ـ ٢٧.

٣. المقدّمات الممهّدات ٢: ٣١٥ ـ ٣١٦، النوادر والزيادات ١٠: ١٥، المغني لابن قدامة ٤: ٥٣٩، الحاوي الكبير ٦: ٣٢٥، مختصر اختلاف العلماء ٣: ٣٩٣، ٣٩٤، الهداية للمرغيناني ٣: ٣٢١.

وقال به أحمد من فقهاء الأمصار[1]*.

وكلّهم مجمعون على أنّ المدين إذا ادّعى الفلس ولم يعلم صدقه أنّه يحبس حتىٰ يتبيّن صدقه أو يقرُّ له بذلك صاحب الدَّين، فإن كان ذلك خلّي سبيله[2]**، وحكى عن أبي حنيفة

---

* المشهور بينهم أنّه مع ثبوت إعسار المديون ينظر ويُمهل حتىٰ يمكن له الوفاء، وأنّه لايجب عليه التكسُّب؛ واحتجّوا لإنظاره بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلىٰ مَيْسَرَةٍ﴾، وبالأصل، وبالأخبار منها خبر غياث بن إبراهيم عن الصادق عليه السلام عن الباقر عليه السلام: «أنّ علياً عليه السلام كان يحبس في الدين، فإذا تبيّن له إفلاسه وحاجته خلّىٰ سبيله، حتىٰ يستفيد مالاً»، خلافاً لبعضهم فأوجبوا التكسُّب على المديون المتمكّن من العمل والكسب اللائق بحاله وغير الشاقّ. وذهب ابن حمزة ـ ونفىٰ عنه البعد في المختلف ـ إلى إيجاب التكسُّب عند كونه ذا حرفة يكتسب بها دون ما إذا لم يكن كذلك؛ احتجاجاً برواية السكوني. (رياض المسائل ١٣: ٨٨ ـ ٩٠، جواهر الكلام ٢٥: ٣٢٣ ـ ٣٢٧، ٤٠: ١٦٤ ـ ١٦٧، مستند الشيعة ١٧: ١٨٨ ـ ١٩٣).

** للإمامية في المسألة تفصيل، حيث أنّه إمّا أن تكون الدعوىٰ مالاً أو كان له أصل مال قبل ذلك، وأمّا أن تكون الدعوىٰ الثابتة عليه غير مال أو لم يُعلم له أصل مال:

فأمّا الأوّل: فالمشهور بينهم هو أنّه يُحبس حتىٰ يثبت إعساره؛ لأصالة بقاء المال، ولإشتراط الأنظار بالإعسار ولم يثبت، ولأنّ علياً عليه السلام كان يحبس بمجرد الإلتواء. وذهب بعضهم إلى أنّه يحلف مدّعي الحقّ علىٰ عدم التلف ثم يُحبس؛ للعمومات المصرّحة بأنّه إذا لم تكن للمدّعي بيّنة فيمين المدّعىٰ عليه.

وأمّا الثاني: فقد نصّ فقاؤهم ـ من دون نقل خلاف ـ علىٰ أنّه يُقبل قوله بيمنه؛ ←

---

١. المقدّمات الممهّدات ٢: ٣١٦، النوادر والزيادات ١٠: ١٥، المغني لابن قدامة ٤: ٥٤٠.

٢. النوادر والزيادات ١٠: ١٥، الحاوي الكبير ٦: ٣٣٢ ـ ٣٣٣، المغني لابن قدامة ٤: ٥٤٤، مختصر اختلاف العلماء ٣: ٣٩٣ ـ ٣٩٤.

أنّ لغرمائه أن يدوروا معه حيث دار[١].

وإنّما صار الكلّ إلى القول بالحبس في الديون، وإن كان لم يأت في ذلك أثر صحيح؛ لأنّ ذلك أمر ضروري في استيفاء الناس حقوقهم بعضهم من بعض، وهذا دليل على القول بالقياس الذي يقتضي المصلحة، وهو الذي يسمّىٰ القياس المرسل.

وقد روي: «أنّ النبيّ عليه الصلاة والسلام حبس رجلاً في تهمة» خرَّجه فيما أحسب أبو داود[٢]. والمحجورون عند مالك السفهاء والمفلسون والعبيد والمرضى والزوجة فيما فوق الثلث؛ لأنّه يرىٰ أنّ للزوج حقّاً في المال، وخالفه في ذلك الأكثر[٣]*. وهذا القدر كاف بحسب غرضنا من هذا الكتاب.

← لأنّه بموافقته للأصل كان منكراً وقد قال ﷺ: «البينة على المدّعي واليمين علىٰ مَن أنكر». (رياض المسائل ١٣: ٨٧ ـ ٨٨، جواهر الكلام ٢٥: ٣٥٤ ـ ٣٥٥، ٣٦٠، ٣٦١، ٤٠: ١٦٧ ـ ١٦٩، مستند الشيعة ١٧: ١٨٥، كشف اللثام ١٠: ٩٦).

* تقدَّم في كتاب الحجر بيان أصناف المحجورين عند الإماميّة. وأمّا بالنسبة للزوجة، فقد أجمع فقهاء الإماميّة علىٰ أنّ البنت إذا بلغت رشيدة، صحّ تصرُّفها في مالها، سواء أذن زوجُها أو منع، وسواء كان بقدر الثلث أو أزيد. (تذكرة الفقهاء ١٤: ٢١٠، تحرير الأحكام ٢: ٥٣٧، السرائر ٢: ٥٦٢).

---

١. مختصر القدوري: ٩٧، بدائع الصنائع ١٠: ٩٨، الفقه النافع ٣: ١٣٤١، الهداية للمرغيناني ٣: ٣٢١.

٢. سنن أبي داود ٤: ٣١٤، كتاب الأقضية، باب في الحبس في الدين، الحديث ٣٦٣٠.

٣. الكافي في فقه أهل المدينة: ٤٢٣، ٤٢٤، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٥٩٢ ـ ٥٩٥، مختصر اختلاف العلماء ٥: ٢١٥، المقدّمات الممهّدات ٢: ٣٤١ ـ ٣٤٤، الحاوي الكبير ٦: ٣٤١ ـ ٣٤٢.

كتاب الصلح

كتاب الصلح

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلّىٰ الله على سيّدنا محمّد وآله وصحبه وسلّم تسليماً

والأصل في هذا الكتاب قوله تعالىٰ: ﴿وَٱلصُّلْحُ خَيْرٌ﴾[1]. وما روي عن النبيّ عليه الصلاة والسلام مرفوعاً وموقوفاً على عمر «إمضاءُ الصلح جائز بين المسلمين إلّا صلحاً أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً»[2]*.

واتفق المسلمون على جوازه على الإقرار[3]**. واختلفوا في جوازه على الإنكار. فقال

---

* رواه الصدوق من دون «امضاء» (من لا يحضره الفقيه ٣: باب الصلح، الحديث ١)، ووردت في الصلح روايات أُخرىٰ. (الكافي للكليني ٥: باب الصلح، الحديث ٢، التهذيب ٦: باب الصلح بين الناس، الحديث ١).

** أجمعت الإماميّة على صحّة الصلح مع الإقرار والإنكار؛ للعمومات. والمراد من الصحّة ـ مع الإنكار ـ الظاهرية؛ بمعنىٰ أنّه يجري عليه حكم الصحّة ظاهراً لا ←

---

١. سورة النساء: الآية ١٢٨.

٢. السنن الكبرىٰ للبيهقي ٦: ٦٥، كتاب الصلح. وليس فيه «امضاء» في جميع طرقه، سنن أبي داود ٣: ٣٠٤، كتاب الأقضية، باب الصلح، الحديث ٣٥٩٤، والحديث مروي عن أبي هريرة.

٣. التفريع ٢: ٢٨٩، الأم ٣: ٢٥٤، الهداية للمرغيناني ٣: ٢١٤، المغني لابن قدامة ٥: ٣ ـ ٩، فصول الاحكام: ٢٨٤.

مالك وأبو حنيفة: يجوز على الإنكار[١]. وقال الشافعي: لايجوز على الإنكار؛ لأنّه من أكل المال بالباطل من غير عوض[٢]. والمالكيّة تقول: فيه عوض، وهو سقوط الخصومة واندفاع اليمين عنه[٣].

ولا خلاف في مذهب مالك أنّ الصلح الذي يقع على الإقرار يراعىٰ في صحّته ما يراعىٰ في البيوع. فيفسُد بما تفسد به البيوع من أنواع الفساد الخاصّ بالبيوع، ويصحّ بصحّته، وهذا هو مثلُ أن يدّعيَ إنسانٌ على آخر دراهم فيصالحه عليها بعد الإقرار بدنانير نسيئة، وما أشبه هذا من البيوع الفاسدة من قبل الربا والغرر[٤].

وأمّا الصلح على الإنكار فالمشهور فيه عن مالك وأصحابه أنّه يراعىٰ فيه من الصحّة ما يراعىٰ في البيوع، مثل أن يدّعيَ إنسان على آخر دراهم فينكر، ثم يصالحه عليها بدنانير مؤجّلة، فهذا لايجوز عند مالك وأصحابه. وقال أصبغ: هو جائز؛ لأنّ المكروه فيه من الطرف الواحد، وهو من جهة الطالب؛ لأنّه يعترف أنّه أخذ دنانير نسيئة في دراهم حلّت له. وأمّا الدافع فيقول: هي هبة منّي[٥].

وأمّا إن ارتفع المكروه من الطرفين، مثل أن يدّعيَ كلُّ واحد منهما على صاحبه دنانير أو دراهم فينكر كلّ واحد منهما صاحبه، ثم يصطلحان على أن يؤخّر كل واحد منهما صاحبه فيما يدّعيه قِبَلَهُ إلى أجل، فهذا عندهم هو مكروه. أمّا كراهيّته فمخافة أن يكون كلّ واحد

← في نفس الأمر، فلايستبيح كلّ منهما ما وصل إليه بالصلح، وهو غير محقّ. (جواهر الكلام ٢٦: ٢١٢، رياض المسائل ٩: ٣٦ ـ ٣٧، مسالك الأفهام ٤: ٢٦١).

---

١. المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٣٦٤، التفريع ٢: ٢٨٩، مختصر اختلاف العلماء ٤: ١٩٥.

٢. الأم ٣: ٢٥٤، الحاوي الكبير ٦: ٣٦٩.

٣. التلقين ٢: ٤٣٠، المعونة ٢: ١١٩٢.

٤. المقدّمات الممهّدات ٢: ٥١٨، المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٣٦٤، المعونة ٢: ١١٩٢.

٥. المقدّمات الممهّدات ٢: ٥١٨ ـ ٥١٩، المعونة ٢: ١١٩٢ ـ ١١٩٣، وانظر: المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٣٦٤، النوادر والزيادات ٧: ١٦٧ ـ ١٦٨.

منهما صادقاً، فيكون كلّ واحد منهما قد أنظر صاحبه لإنظار الآخر إيّاه، فيدخله: أسلِفني وأسلفك. وأمّا وجه جوازه؛ فلأنّ كلّ واحد منهما إنّما يقول: ما فعلتُ إنّما هو تبرّع منّي، وما كان يجب عليّ شيء، وهذا النحو من البيوع قيل: إنّه يجوز إذا وقع. وقال ابن الماجشون: يُفسخ إذا وقع عليه أثر عقده، فإن طال مضىٰ[1]*.

فالصلح الذي يقع فيه ممّا[2] لايجوز في البيوع، هو في مذهب مالك على ثلاثة أقسام: صلح يفسخ باتفاق. وصلح يفسخ باختلاف. وصلح لايفسخ باتفاق إن طال، وإن لم يطل فيه اختلاف[3].

---

* أجمع فقهاء الإماميّة علىٰ أنّ الصلح عقد قائم بنفسه، وليس فرعاً علىٰ غيره. بل هو أصل بنفسه ومنفرد بحكمه، ولايتبع غيره في الأحكام؛ لعدم الدليل على تبعيّته للغير. والأصل في العقود الأصالة. فما عن الشيخ الطوسي من أنّه بيع أو فرع له، لا وجه له؛ ضرورة فرض عدم القصد به شيئاً منها. وإلّا كان باطلاً؛ لعدم وقوع البيع بلفظ الصلح، ولا دليل على ثبوت احكامه له إذا أفاد فائدته. على أنّه لايتم فيما ثبت بالنصوص من موضوع الصلح الذي لايندرج في شيء من المذكورات، كما لايخفىٰ على من لاحظها، بل الاتفاق فتوى ورواية هنا على عدم اشتراط المعلوميّة في المصالح عليه في الجملة، بخلاف البيع. (تذكرة الفقهاء ١٦: ٦، مسالك الأفهام ٤: ٢٥٩ ـ ٢٦١، جواهر الكلام ٢٦: ٢١٢).

---

١. المقدّمات الممهّدات ٢: ٥١٩، النوادر والزيادات ٧: ١٦٧ ـ ١٦٩، منتخب الاحكام: ٢٦٧.

٢. لعل الأنسب: «ما».

٣. المقدّمات الممهّدات ٢: ٥١٩، النوادر والزيادات ٧: ١٦٧ ـ ١٦٩.

كتاب الكفالة

كتاب الكفالة *

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلّى الله علىٰ سيّدنا محمّد وآله وصحبه وسلّم تسليماً

واختلف العلماء في نوعها، وفي وقتها، وفي الحكم اللازم عنها، وفي شروطها، وصفة لزومها، وفي محلّها. ولها أسماء: كفالة، وحمالة، وضمانة، وزعامة.

فأمّا أنواعها فنوعان: حمالة بالنفس، وحمالة بالمال. أمّا الحمالة بالمال، فثابتة بالسنّة ومجمع عليها من الصدر الأوّل، ومن فقهاء الأمصار[1] **، وحكي عن قوم أنّها ليست لازمة؛

---

* ذكر فقهاء الإماميّة أنّ الضمان عقد شُرّع للتعهّد بمال أو نفس. ويسمىٰ الأوّل ضماناً بقول مطلق، ويُخصّ الثاني باسم الكفالة. وقد تطلق الكفالة على ضمان المال لكن بقيد، فيقال: كفالة بالمال. (تذكرة الفقهاء ١٤: ٢٧٩، جواهر الكلام ٢٦: ١١٤، مسالك الأفهام ٤: ١٧١).

** وهو كذلك ثابت عند الإماميّة بالكتاب والسنّة والإجماع، فمن الكتاب قوله تعالى: ﴿وَلِمَنْ جاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ والسنّة قوله ﷺ: «الزعيم غارم». (تذكرة الفقهاء ١٤: ٢٨٠ ـ ٢٨٢، رياض المسائل ٨: ٥٧١ ـ ٥٧٢).

---

١. الهداية للمرغيناني ٣: ٩٦، ٩٩، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٩٨، المقدّمات الممهّدات ٢: ٣٧٣، ٣٧٦، المغني لابن قدامة ٥: ٧٠، البيان للعمراني ٦: ٢٧٤، ٢٨٣.

تشبيهاً بالعِدَة[١]، وهو شاذّ. والسنّة التي صار إليها الجمهور في ذلك هو قوله عليه الصلاة والسلام: «الزعيم غارم»[٢].

وأمّا الحمالة بالنفس، وهي التي تعرف بضمان الوجه، فجمهور فقهاء الأمصار على جواز وقوعها شرعاً إذا كانت بسبب المال[٣]*. وحكي عن الشافعي في الجديد أنّها لاتجوز[٤]، وبه قال داود[٥].

وحجّتهما قوله تعالىٰ: ﴿مَعَاذَ اللَّهِ أَن نَّأْخُذَ إِلَّا مَن وَجَدْنَا مَتَاعَنَا عِندَهُ﴾[٦]؛ ولأنّها كفالة بنفس فأشبهت الكفالة في الحدود[٧]. وحجّة من أجازها عموم قوله عليه الصلاة والسلام: «الزعيم غارم»[٨]؛ وتعلّقوا بأنّ في ذلك مصلحة، وأنّه مروي عن الصدر الأوّل[٩].

وأمّا الحكم اللازم عنها، فجمهور القائلين بحمالة النفس متفقون على أنّ المتحمَّل عنه

---

* وعليه الإجماع عند الإماميّة؛ ودليلهم ـ مضافاً للاجماع ـ الكتاب والسنّة ومنها قول الإمام الباقر عليه السلام: «أنّ علياً عليه السلام أتي برجل كفل برجل بعينه فأخذ الكفيل، فقال: احبسوه حتى يأتي بصاحبه». (تذكرة الفقهاء ١٤: ٣٨٧ ـ ٣٨٨، جواهر الكلام ٢٦: ١٨٨، ١٨٩، رياض المسائل ٨: ٥٩٧).

---

١. لم نعثر عليه.

٢. سنن أبي داود ٣: ٢٩٧، كتاب البيوع، باب في تضمين العارية، الحديث ٣٥٦٥، سنن الترمذي ٣: ٥٦٥، كتاب البيوع، باب ما جاء في أنّ العارية مؤدّاة، الحديث ١٢٦٥.

٣. الهداية للمرغيناني ٣: ٩٦، المغني لابن قدامة ٥: ٩٥، المقدّمات الممهّدات ٢: ٣٩٩، حلية العلماء ٥: ٦٧.

٤. مختصر المزني: ١١٩، الحاوي الكبير ٦: ٤٦٢ ـ ٤٦٣.

٥. المحلّىٰ بالآثار ٨: ١١٩ ـ ١٢٠.

٦. سورة يوسف: الآية ٧٩.

٧. الحاوي الكبير ٦: ٤٦٣.

٨. مرّ سابقاً.

٩. المقدّمات الممهّدات ٢: ٣٧٣، المحلّىٰ بالآثار ٨: ١٢٠، بدائع الصنائع ٧: ٣٩٩.

إذا مات لم يلزم الكفيل بالوجه شيء[١] *، وحكي عن بعضهم لزوم ذلك[٢]. وفرّق ابن القاسم بين أن يموت الرجل حاضراً أو غائباً، فقال: إن مات حاضراً لم يلزم الكفيل شيء، وإن مات غائباً نظر، فإن كانت المسافة التي بين البلدين مسافة يمكن الحميل فيها إحضارُه في الأجل المضروب له في إحضاره، وذلك نحو اليومين إلى الثلاثين ففرط غرم وإلّا لم يغرم[٣].

واختلفوا إذا غاب المتحمَّل عنه، ما حكم الحميل بالوجه على ثلاثة أقوال:

القول الأوّل: إنّه يلزمه أن يحضره أو يغرم، وهو قول مالك وأصحابه وأهل المدينة[٤].

القول الثاني: إنّه يحبس الحميل إلى أن يأتي به أو يعلم موته، وهو قول أبي حنيفة وأهل العراق[٥] **.

---

* لا خلاف بين الإماميّة في بطلان الكفالة بموت المكفول؛ بل حكي الإجماع عليه، وهو الحجّة مضافاً إلى فوات متعلّقها وهو النفس. (رياض المسائل ٨: ٦٠٥ ـ ٦٠٦، جواهر الكلام ٢٦: ٢٠٤، كتاب الخلاف ٣: ٣٢٣).

** لا خلاف بين الإماميّة ـ بل الاجماع ـ أنّه إذا كانت الكفالة حالّة أو مؤجّلة وحلّ أجلها، فإن كَلّ المكفول به حاضراً وجب على الكفيل إحضاره إذا طلبه المكفول له، فإن أحضره وإلّا حبس، وإن كان غائباً فإن كان موضعه معلوماً يمكنه ردّه منه، أمهل الكفيل بقدر ذهابه ومجيئه، فإذا مضىٰ قدر ذلك ولم يأت به غير عذر حبس، ولا يحبس في الحال. (تذكرة الفقهاء ١٤: ٤٠٩، جواهر الكلام ٢٦: ١٨٩، ٢٠١).

---

١. المعونة ٢: ١٢٣١، المنتقىٰ للباجي ٦: ٨١، الاشراف لابن المنذر ٢: ٥٥، البيان للعمراني ٦: ٣١٣، الهداية للمرغيناني ٣: ٩٧، المغني لابن قدامة ٥: ١٠٥.

٢. الاشراف لابن المنذر ٢: ٥٥، المغني لابن قدامة ٥: ١٠٥، البيان للعمراني ١٠: ١١١.

٣. المنتقىٰ للباجي ٦: ٨١، البيان والتحصيل ١١: ٣٤٧، النوادر والزيادات ١٠: ١١١.

٤. التفريع ٢: ٢٨٧، المعونة ٢: ١٢٣١، المنتقىٰ للباجي ٦: ٨١.

٥. الهداية للمرغيناني ٣: ٩٧، تحفة الفقهاء ٣: ٢٤٣ ـ ٢٤٤.

القول الثالث: إنّه ليس عليه إلّا أن يأتي به إذا علم موضعه[١]، ومعنى ذلك أن لايكلّف إحضاره إلّا مع العلم بالقدرة على إحضاره، فإن ادعى الطالب معرفة موضعه على الحميل، وأنكر الحميل كلّف الطالب بيان ذلك.

قالوا: ولايحبس الحميل إلّا إذا كان المتحمل عنه معلوم الموضع، فيكلّف حينئذٍ إحضاره، وهذا القول حكاه أبو عبيد القاسم بن سلام في كتابه في الفقه عن جماعة من الناس واختاره[٢].

وعمدة مالك أن المتحمّل بالوجه غارم لصاحب الحق فوجب عليه الغرم إذا غاب[٣]، وربّما احتجّ لهم بما روي عن ابن عباس: إنّ رجلاً سأل غريمه أن يؤدي إليه ماله أو يعطيه حميلاً، فلم يقدر حتى حاكمه إلى النبي عليه الصلاة والسلام، فتحمل عنه رسول الله ﷺ ثم أدّىٰ المال إليه[٤]، قالوا: فهذا غرم في الحمالة المطلقة[٥].

وأمّا أهل العراق فقالوا: إنّما يجب عليه إحضار ما تحمّل به وهو النفس، فليس يجب أن يعدّىٰ ذلك إلى المال إلّا لو شرطه على نفسه، وقد قال عليه الصلاة والسلام: «المؤمنون عند شروطهم» فإنّما عليه أن يحضره أو يُحبس فيه، فكما أنّه إذا ضمن المال فإنما عليه أن يحضر المال أو يحبس فيه، كذلك الأمر في ضمان الوجه[٦].

وعمدة الفريق الثالث أنّه إنّما يلزمه إحضاره إن كان احضاره له مما يمكن، وحينئذٍ يحبس إذا لم يحضره، وأمّا إذا علم أنّ إحضاره له غير ممكن فليس يجب عليه إحضاره، كما أنّه إذا مات ليس عليه احضاره[٧].

---

١. المنتقىٰ للباجي ٦: ٨٢، التهذيب للبغوي ٤: ١٨٩، الحاوي الكبير ٦: ٤٦٥.

٢. لم نعثر عليه.

٣. لاحظ المعونة ٢: ١٢٣١، المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٢٥٣.

٤. المستدرك للحاكم ٢: ٢٩، كتاب البيوع، باب من وجدتموه معسراً فتجاوزوا عنه، السنن الكبرىٰ للبيهقي ٦: ٧٤، كتاب الضمان، باب أنّ الضمان لاينقل الحق...

٥. لاحظ: المغني لابن قدامة ٥: ٩٦.

٦. أنظر: بدائع الصنائع ٧: ٤٠٩، تحفة الفقهاء ٣: ٢٤٤، الهداية للمرغيناني ٣: ٩٧ـ٩٨.

٧. الحاوي الكبير ٦: ٤٦٥، المهذّب للشيرازي ٣: ٣٢٦، المغني لابن قدامة ٥: ٩٩.

قالوا: ومن ضمن الوجه فأُغرم المال فهو أحرىٰ أن يكون مغروراً من أن يكون غارّاً[١]. فأمّا إذا اشترط الوجه دون المال وصرح بالشرط، فقد قال مالك: إنّ المال لا يلزمه[٢]، ولا خلاف في هذا فيما أحسب[٣]؛ لأنّه كأن يكون قد ألزم ضد ما اشترط، فهذا هو حكم ضمان الوجه. وأمّا حكم ضمان المال، فإنّ الفقهاء متفقون على أنّه إذا عدم المضمون أو غاب، إنّ الضامن غارم[٤]*.

واختلفوا إذا حضر الضامن والمضمون وكلاهما موسر. فقال الشافعي، وأبوحنيفة، وأصحابهما، والثوري، والأوزاعي، وأحمد، وإسحاق: للطالب أن يؤاخذ من شاء من الكفيل أو المكفول[٥]، وقال مالك في أحد قوليه: ليس له أن يأخذ الكفيل مع وجود المتكفّل عنه، وله قول آخر مثل قول الجمهور[٦]. وقال أبو ثور: الحمالة والكفالة واحدة، ومن ضمن عن رجل مالاً لزمه وبرئ المضمون، ولايجوز أن يكون مال واحد على اثنين، وبه قال ابن أبي ليلىٰ وابن شبرمة[٧]**.

---

* أجمعت الإماميّة علىٰ أنّ الضمان ناقل للمال من ذمّة المضمون عنه إلى ذمّة الضامن، فللمضمون له مطالبة الضامن بالمال وليس له مطالبة المضمون عنه. (مسالك الأفهام ٤: ١٨٢، تذكرة الفقهاء ١٤: ٣٤٢، ٣٤٤، جواهر الكلام ٢٦: ١٢٧).

* وقالت به الإماميّة على ما مضىٰ في المسألة السابقة من أنّ الضمان ناقل للمال من ذمّة المضمون عنه إلى ذمّة الضامن، وليس له مطالبة المضمون عنه. (مسالك الأفهام ٤: ١٨٢، تذكرة الفقهاء ١٤: ٣٤٢ ـ ٣٤٤، جواهر الكلام ٢٦: ١٢٧).

---

١. لم نعثر عليه.

٢. الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٩٨، التفريع ٢: ٢٨٧، الاستذكار ٢٢: ٢٧٧.

٣. الافصاح ١: ٣٢٤، البيان للعمراني ٦: ٣١٩، الهداية للمرغيناني ٣: ٩٦.

٤. المقدّمات الممهّدات ٢: ٢٧٩، الاستذكار ٢٢: ٢٧٥ ـ ٢٧٦، المهذّب للشيرازي ٣: ٣١٧، تحفة الفقهاء ٣: ٢٣٨.

٥. الاشراف لابن المنذر ٢: ٥١، تحفة الفقهاء ٣: ٢٣٨، مختصر اختلاف العلماء ٤: ٢٥٥.

٦. التفريع ٢: ٢٨٦، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٩٩.

٧. الاشراف لابن المنذر ٢: ٥١، تحفة الفقهاء ٣: ٢٣٨ ـ ٢٣٩، مختصر اختلاف العلماء ٤: ٢٥٥.

ومن الحجّة لمن رأىٰ أنّ الطالب يجوز له مطالبة الضامن، كان المضمون عنه غائباً أو حاضراً، غنياً أو عديماً، حديث قبيصة بن المخارق، قال: «تحمّلت حمالة فأتيت النبي ﷺ فسألته عنها، فقال: تخرجها عنك من إبل الصدقة، ياقبيصة إنّ المسألة لاتحلّ إلّا في ثلاث، وذكر رجلاً تحمّل حمالة رجل حتى يؤدّيها»[١]؛ ووجه الدليل من هذا: أنّ النبي ﷺ أباح المسألة للمتحمّل دون اعتبار حال المتحمّل عنه[٢].

وأمّا محلّ الكفالة، فهي الأموال عند جمهور أهل العلم[٣]*؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «الزعيم غارم»[٤]، أعني: كفالة المال وكفالة الوجه، وسواء تعلّقت الأموال من قِبَل أموالٍ أو من قبل حدود، مثل: المال الواجب في قتل الخطأ، أو الصلح في قتل العمد، أو السرقة التي ليس يتعلق بها قطع، وهي ما دون النصاب، أو من غير ذلك.

وروي عن أبي حنيفة إجازة الكفالة في الحدود والقصاص، أو في القصاص دون الحدود[٥]، وهو قول عثمان البتي[٦]، أعني كفالة النفس. أمّا وقت وجوب الكفالة بالمال، أعني: مطالبَته بالكفيل، فأجمع العلماء على أنّ ذلك بعد ثبوت الحقّ على

---

* يشترط عند الإماميّة بلا خلاف ظاهر بل ادعي عليه الإجماع في الحق المضمون به أن يكون مالاً ثابتاً في الذمّة وإن كان متزلزلاً كالثمن في مدّة الخيار، والمهر قبل الدخول. (تذكرة الفقهاء ١٤: ٣١١ ـ ٣١٥، جواهر الكلام ٢٦: ١٣٥، مستمسك العروة الوثقىٰ ١٣: ٢٦٣).

---

١. صحيح مسلم ٢: ٧٢٢، كتاب الزكاة، باب من تحل له المسألة، الحديث ١٠٩: ١٠٤٤، سنن النسائي ٥: ٨٨ ـ ٨٩، كتاب الزكاة، باب الصدقة لمن تحمل بحمالة.

٢. مختصر اختلاف العلماء ٤: ٢٥٦ ـ ٢٥٧، ولاحظ: الحاوي الكبير ٦: ٤٣٠.

٣. المقدّمات الممهّدات ٢: ٣٧٩، بدائع الصنائع ٧: ٤٠١، الحاوي الكبير ٦: ٤٤٠، ٤٤١.

٤. مرّ آنفاً.

٥. بدائع الصنائع ٧: ٤٠١، الهداية للمرغيناني ٣: ٩٨، ٩٩.

٦. مختصر اختلاف العلماء ٤: ٢٥٣، المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٠٠، الاستذكار ٢٢: ٢٧٧.

المكفول أمّا بإقرار وإمّا ببينة[١]*.

وأمّا وقت وجوب الكفالة بالوجه، فاختلفوا هل تلزم قبل إثبات الحقّ أم لا؟ فقال قوم: إنّها لاتلزم قبل إثبات الحقّ بوجه من الوجوه، وهو قول شريح القاضي والشعبي، وبه قال سحنون من أصحاب مالك[٢]. وقال قوم: بل يجب أخذ الكفيل بالوجه على إثبات الحقّ، وهؤلاء اختلفوا متى يلزم ذلك، وإلى كم من المدة يلزم؟

فقال قوم: إن أتىٰ بشبهة قويّة مثل شاهد واحد لزمه أن يعطي ضامناً بوجهه حتى يلوح حقُّه، وإلّا لم يَلزمْه الكفيلُ إلّا أن يذكر بيّنة حاضرة في المصر فيعطيَه حميلاً من الخمسة الأيّام إلى الجمعة، وهو قول ابن القاسم من أصحاب مالك[٣].

وقال أهل العراق: لايؤخذ عليهم[٤] حميل قبل ثبوت الحقّ إلّا أن يدّعيَ بيّنة حاضرة في المصر نحوَ قول ابن القاسم، إلّا أنّهم حدّوا ذلك بالثلاثة الأيام. يقولون: إنّه إن أتى بشبهة لزمه أن يعطيَه حميلاً حتّى يُثبِت دعواه أو تبطل، وقد أنكروا الفرق في ذلك، والفرق بين الذي يدّعي البيّنة الحاضرة والغائبة. وقالوا: لايؤخذ حميل على أحد إلّا ببيّنة؛ وذلك إلى بيان صدق دعواه أو إبطالِها[٥]**.

---

* ذكر بعض فقهاء الإماميّة أنّه ليس له المطالبة بالتخليص ـ أي تخليصه من الدَّين اللازم بالضمان ـ قبل المطالبة. (جامع المقاصد ٥: ٣٣٥، ايضاح الفوائد ٢: ٨٧).

** وللإمامية قولان في المسألة:

الأوّل: تصحّ كفالة كلّ من يستحقّ إحضاره إلى مجلس الشرع فتصحّ الكفالة بمجرّد ←

---

١. النوادر والزيادات ١٠: ١١٥، لاحظ: البيان والتحصيل ١١: ٣٤٥، المغني لابن قدامة ٥: ٧٤، الوسيط ٣: ٢٣٦، بدائع الصنائع ٧: ٣٩٠، ٤٠٣، مختصر اختلاف العلماء ٤: ٢٦٤.

٢. المدوّنة الكبرى ٥: ٢٧٢، النوادر والزيادات ٨: ١٧٦.

٣. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٢٧٢، النوادر والزيادات ٨: ١٧٦ ـ ١٧٧، مختصر اختلاف العلماء ٤: ٢٦٨.

٤. لعلّ الصواب: عليه.

٥. مختصر اختلاف العلماء ٤: ٢٦٨، الهداية للمرغيناني ٣: ١٧٧.

وسبب هذا الاختلاف تعارض وجه العدل بين الخصمين في ذلك، فإنّه إذا لم يؤخذ عليه ضامن بمجرّد الدعوىٰ لم يؤمن أن يغيب بوجهه فيعنت طالبه، وإذا أخذ عليه لم يـؤمن أن تكون الدعوىٰ باطلة فيعنت المطلوب؛ ولهذا فرّق من فرق بـين دعـوى البـيّنة الحـاضرة والغائبة.

وروي عن عَراك بن مالك، قال: «أقبل نفر من الأعراب معهم ظهر فصحبهم رجلان فباتا معهم، فأصبح القوم وقد فقدوا كذا وكذا من إبلهم، فقال رسول الله ﷺ لأحد الرجلين: اذهب واطلب، وحبس الآخر، فجاء بما ذهب، فقال رسول الله ﷺ لأحد الرجلين: استغفر لي، فقال: غفر الله لك، قال: وأنت فغفر الله لك وقتلك في سبيله»، خرّج هذا الحديث أبو عبيد في كتابه في الفقه[1]، قال: وحمله بعض العلماء على أنّ ذلك كان من رسول الله حبساً، قال: ولا يعجبني ذلك؛ لأنّه لا يجب الحبس بمجرد الدعوىٰ وإنّما هو عندي من باب الكفالة بالحق الذي لم يجب إذا كانت هنالك شبهة لمكان صحبتهما لهم[2].

فأمّا أصناف المضمونين فليس يلحق من قبل ذلك اختلاف مشـهور لاخـتلافهم فـي ضمان الميّت إذا كان عليه دَين ولم يـترك وفـاء بـدينه، فأجـازه مـالك[3] والشـافعي[4]*،

← الدعوىٰ وإن جحد، وقال بهذا القول العلّامة والنجفي. والأصل فيه أنّ المنكر يجب عليه فصل الخصومة، فإذا رضي بتأخيرها صحّت الكفالة عليه.

الثاني: إنّما تصحّ بشرط أن يكون على المكفول للمكفول له حقّ شرعي، وحكـي هذا القول عن فخر المحققين. (جواهر الكلام ٢٦: ١٨٦، تذكرة الفقهاء ١٤: ٤٠٠، ايضاح الفوائد ٢: ٩٩).

* أجمعت الإماميّة على أنّه لا يشترط حياة المضمون عنه، بل يجوز الضمان عـن الميّت، سواء خلّف الميت وفاءً أو لا. ←

---

١. حكاه عن العقيلي في كتاب الضعفاء الكبير ١: ٥٤.

٢. المصدر غير موجود لدينا.

٣. المقدّمات الممهّدات ٢: ٣٧٨، المعونة ٢: ١٢٣٢.

٤. المهذّب للشيرازي ٣: ٣١١، الحاوي الكبير ٦: ٤٥٤.

وقال أبو حنيفة: لايجوز[١]. واستدلّ أبو حنيفة من قِبَل أنّ الضمان لايتعلّق بمعدوم قطعاً، وليس كذلك المفلس[٢]، واستدلّ من رأى أنّ الضمان يلزمه بما روي أنّ النبي عليه الصلاة والسلام كان في صدر الإسلام لايصلّي على من مات وعليه دَين حتى يضمن عنه[٣و٤]. والجمهور يصحّ عندهم كفالة المحبوس والغائب[٥*]، ولايصحّ عند أبي حنيفة[٦].

← ودليلهم الأخبار من الفريقين منها: عن أبي سعيد، قال: كنا مع النبي ﷺ في جنازة، فلمّا وضعت قال: «هل علىٰ صاحبكم من دين؟» قالوا: نعم، درهمان، قال: «صلّوا علىٰ صاحبكم» فقال علي عليه السلام: «هما عليّ يارسول الله وأنا لهما ضامن» فقام رسول الله ﷺ فصلّىٰ عليه ثم أقبل على عليّ عليه السلام فقال: «جزاك الله عن الإسلام خيراً، فك الله رهانك كما فككت رهان أخيك». (تذكرة الفقهاء ١٤: ٢٨١، ٣٠٥، جامع المقاصد ٥: ٣١٧، جامع الخلاف والوفاق: ٣١٧ـ٣١٨).

* الذي عليه فقهاء الإماميّة صحّة الكفالة ببدن الغائب وبدن المحبوس؛ لأنّ كلّ وثيقة صحّت مع الحضور صحّت مع الغيبة والحبس، كالرهن والضمان، ولأنّ الحبس لايمنع من التسليم، لكون المحبوس يمكن تسليمه بأمر الحاكم أو أمر من حَبَسَهُ ثم يعيده إلى الحبس بالحقّين جميعاً، والغائب يمضي إليه فيحضره. (تذكرة الفقهاء ١٤: ٤٠١، ٤١٦، جامع المقاصد ٥: ٣٨٧، مفتاح الكرامة ١٢: ٧٦١).

---

١. الهداية للمرغيناني ٣: ١٠٣، مختصر اختلاف العلماء ٤: ٢٦٠، الإفصاح ١: ٣٢٢.

٢. بدائع الصنائع ٧: ٣٩٦، الفقه النافع ٣: ١٢٥٥، المغني لابن قدامة ٥: ٧٣.

٣. سنن الترمذي ٣: ٣٨٢، كتاب الجنائز، باب ما جاء في صلاة على المديون، الحديث ١٠٧٠، صحيح مسلم ٣: ١٢٣٧، كتاب الفرائض، باب من ترك مالاً فلورثته، الحديث ١٦١٩/١٤.

٤. مختصر اختلاف العلماء ٤: ٢٦٠، الحاوي الكبير ٦: ٤٥٥.

٥. التهذيب للبغوي ٤: ١٨٨، المغني لابن قدامة ٥: ٩٧، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٠٣.

٦. الفتاوىٰ الولوالجية ٤: ٣٨٥، المغني لابن قدامة ٥: ٩٧، العزيز شرح الوجيز ٥: ١٦١، بدائع الصنائع ٧: ٣٩٦، إلّا أنّه قال: الكفالة في الغالب في مثل هذه الأحوال، فكانت الكفالة فيهما أجوز ما يكون.

وأمّا شروط الكفالة فإنّ أبا حنيفة[١] والشافعي[٢]* يشترطان في وجوب رجوع الضامن على المضمون بما أدّى عنه أن يكون الضمان بإذنه، ومالك[٣] لايشترط ذلك، ولاتجوز عند الشافعي كفالة المجهول[٤]** ولا الحق الذي لم يجب بعد[٥]***، وكلّ ذلك لازم وجائز عند مالك وأصحابه[٦].

---

* أجمعت الإماميّة على أنّه لايرجع الضامن على المضمون عنه إذا ضمن بغير اذنه ولو أدّىٰ بإذنه؛ للإجماع المتقدّم. مضافاً إلى أصالة براءة الذمّة حتى في صورة الإذن في الأداء؛ لانتقال الحقّ إلى ذمّته. (جواهر الكلام ٢٦: ١٣٤، تذكرة الفقهاء ١٤: ٣٥٤ ـ ٣٥٥، ٣٥٦، رياض المسائل ٨: ٥٨٥).

** أجمعت الإماميّة على عدم صحّة ضمان المجهول الذي لايمكن استعلامه، ولهم في ضمان المجهول الذي يمكن استعلامه بعد ذلك قولان:

الأوّل: وهو الأشهر: الجواز؛ للأصل، ولإطلاق قوله تعالىٰ: ﴿وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ﴾، وقوله ﷺ: «الزعيم غارم».

الثاني: المنع؛ لأنّه إثبات مال في الذمة ـ بعقد ـ لآدمي، فلم يصحّ في المجهول كالبيع، وذلك لاختلاف الأحوال بقلّة الحقّ المضمون وكثرته، وحكي هذا القول عن الشيخ في الخلاف. (مسالك الأفهام ٤: ١٩٧، جامع المقاصد ٥: ٣٢٥، تذكرة الفقهاء ١٤: ٣٢٣ ـ ٣٢٥).

*** أجمعت الإماميّة على أنّه لايصحّ ضمان دَيْنٍ لم يجب بعد، لكنّه يجب بعد ذلك بقرض أو بيع أو شبههما. وكذا لو قال: مهما أعطيت فلاناً فهو عليّ، لم يصحّ؛ ←

---

١. مختصر اختلاف العلماء ٤: ٢٦١، الهداية للمرغيناني ٣: ١٠٠.

٢. المهذّب للشيرازي ٣: ٣١٨، الحاوي الكبير ٦: ٤٣٧.

٣. المقدّمات الممهّدات ٢: ٣٧٨، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٠١.

٤. المهذّب للشيرازي ٣: ٣١٥، الحاوي الكبير ٦: ٤٣١.

٥. المهذّب للشيرازي ٣: ٣١٥، التهذيب للبغوي ٤: ١٧٩.

٦. المعونة ٢: ١٢٣٢، التفريع ٢: ٢٨٥، المقدّمات الممهّدات ٢: ٣٧٦، عيون المجالس ٤: ١٦٦٦، المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٢٦٠.

وأمّا ما تجوز فيه الحمالة بالمال مما لاتجوز، فإنّها تجوز عند مالك بكلّ مال ثابت في الذمّة إلّا الكتابة[١] *، وما لايجوز فيه التأخير، وما يستحقّ شيئاً فشيئاً مثل النفقات على الأزواج وما شاكلها[٢] **.

← لأنّ الضمان ضمّ ذمّة إلىٰ ذمّة في التزام الدَّين، فإذا لم يكن على المضمون عنه شيء فلا ضمّ فيه ولايكون ضماناً، ولأنّ الضمان شرّع لوثيقة الحقّ فلا يسبق وجوب الحقّ كالشهادة. (مفتاح الكرامة ١٢: ٦٥٦، تذكرة الفقهاء ١٤: ٣١١).

* للإمامية في ضمان مال الكتابة قولان:

الأول: لايصحّ؛ لأنّه ليس بلازم ولايؤول إلى اللزوم، وحكي عن الشيخ في المبسوط.

الثاني: يصحّ؛ لتحقّقه في ذمّة العبد بعقد الكتابة ولو المشروطة، فيصحّ حينئذٍ ضمانه، وبه قال العلّامة الحلّي، وحكي عن ثاني الشهيدين، والكركي. (جامع المقاصد ٥: ٣٢٠، المبسوط ٢: ٣٢٥، جواهر الكلام ٢٦: ١٣٨، تذكرة الفقهاء ١٤: ٣١٦).

** الذي عليه فقهاء الإماميّة عدم صحّة ضمان النفقة المستقبلة للزوجة، فإنّها غير واجبة في الذمة، فلايصح ضمانها؛ لأنّ النفقة عند الإماميّة إنّما تجب بالعقد والتمكين، والتمكين في المستقبل لم يحصل، فلم تجب النفقة إلّا مع حصوله، فيكون ضمانها ضمان ما لم يجب. (تذكرة الفقهاء ١٤: ٣١٣، جامع المقاصد ٥: ٣٢٠، جواهر الكلام ٢٦: ١٣٩، مسالك الأفهام ٤: ١٩٤، كتاب الخلاف ٣: ٣١٧ ـ ٣١٨).

---

١. التفريع ٢: ٢٨٥، المعونة ٢: ١٢٣٤، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٩٨.

٢. لم نعثر عليه.

كتاب الحوالة

كتاب الحوالة

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلّى الله على سيّدنا محمّد وآله وصحبه وسلّم تسليماً

والحوالة معاملة صحيحة مستثناة من الدَّين بالدَّين[1]*، لقوله عليه الصلاة والسلام: «مطلُ الغني ظلم؛ وإذا أحيل أحدُكم على غني فليستحل»[2]. والنظر في شروطها، وفي حكمها.

---

* أجمع فقهاء الإماميّة على صحّة عقد الحوالة ومشروعيّته؛ للأخبار منها: ما رواه منصور بن حازم عن الصادق عليه السلام قال سألته عن الرجل يحيل على الرجل الدراهم، أيرجع عليه؟ قال: «لايرجع عليه أبداً إلّا أن يكون قد أفلس قبل ذلك».

وقال العلّامة الحلّي: هي عقد وُضع للارفاق، منفرد بنفسه، وليست بيعاً ولا محمولةً عليه، عند علمائنا أجمع. وإلّا لما صحّت؛ لأنّها بيع دَيْن بدَين، وذلك منهي عنه، والحوالة مأمور بها، فتغايرا. (تحرير الأحكام ٢: ٥٧٤، المبسوط ٢: ٣١٢، تذكرة الفقهاء ١٤: ٤٢٩ ـ ٤٣٠، رياض المسائل ٨: ٥٨٨).

---

١. المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٠٣، البيان والتحصيل ١١: ٢٩٥ ـ ٢٩٦، روضة القضاة ١: ٤٦٦.

٢. الموطّأ ٢: ٦٧٤، كتاب البيوع، باب جامع الدين والحول، الحديث ٨٤. وفيه وفي غيره أيضاً: «مطل الغني ظلم. وإذا أُتبع أحدُكم على مليءٍ فليتبع».

فمن الشروط اختلافهم في اعتبار رضا المحال والمحال عليه: فمن الناس من اعتبر رضا المحال ولم يعتبر رضا المحال عليه، وهو مالك[١]. ومن الناس من اعتبر رضاهما معاً[٢]. ومن الناس من لم يعتبر رضا المحال واعتبر رضا المحال عليه، وهو نقيض مذهب مالك، وبه قال داود[٣]*. فمن رأىٰ أنّها معاملة اعتبر رضا الصنفين. ومن أنزل المحال عليه من المحال منزلته من المحيل لم يعتبر رضاه معه كما لايعتبره مع المحيل إذا طلب منه حقّه ولم يحل عليه أحداً.

وأمّا داود فحجّته ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام: «إذا أُحيل أحدُكم على مليءٍ فليتبع».

---

* أجمع فقهاء الإماميّة على أنّه يشترط في الحوالة رضا المحيل والمحتال، والمشهور بينهم ـ بل ادعي عليه الإجماع ـ هو اشتراط رضا المحال عليه أيضاً، خلافاً لبعضهم فذهبوا إلى عدم اعتبار رضا المحال عليه في الحوالة. احتُجّ لاشتراط رضا المحيل بالإجماع، وبأنّ مَن عليه الحقّ مخيّر في جهات القضاء، فلايتعين عليه بعض الجهات قهراً، وأنّ المحتال حقّه ثابت في ذمّة المحيل فلايلزمه نقله إلى ذمّةٍ أخرىٰ الّا برضاه. واحتُجّ لاشتراط رضا المحال عليه بأنّه أحد مَن تتمّ به الحوالة فكان كالمحيل والمحال، ولاختلاف الناس في الاقتضاء والإستيفاء سهولةً وصعوبةً، ولأنّ نقل المال من ذمّة المحيل إلىٰ ذمّة المحال عليه يتوقف على رضاه، ولأصالة بقاء الحقّ في ذمة المحال عليه للمحيل فيستصحب. واحتجّ لعدم اشتراط رضا المحال عليه بأنّ الأصل يقتضي الصحّة؛ لقوله تعالىٰ: ﴿أَوْفُوا بِالعُقُودِ﴾، ولأنّ المحيل قد أقام المحتال مقام نفسه في القبض بالحوالة فلا وجه للافتقار إلى رضا من عليه الحق. (مسالك الأفهام ٤: ٢١٣، رياض المسائل ٨: ٥٩٠ ـ ٥٩٣، مفتاح الكرامة ١٢: ٧١٤ ـ ٧١٥، الحدائق الناضرة ٢١: ٤٧ ـ ٤٩).

---

١. المنتقىٰ للباجي ٥: ٦٧، عيون المجالس ٤: ١٦٥٩.

٢. الهداية للمرغيناني ٣: ١١٠، بحر المذهب ٨: ٥٤.

٣. المحلّىٰ بالآثار ٨: ١٠٨، البيان للعمراني ٦: ٢٦٠.

والأمر على الوجوب[١]. وبقي المحال عليه على الأصل، وهو اشتراط اعتبار رضاه. ومن الشروط التي اتُفق عليها في الجملة: كون ما على المحال عليه مجانساً لما علىٰ المحيل قدراً ووصفاً[٢]*. إلّا أنّ منهم من أجازها في الذهب والدراهم فقط، ومنعها في الطعام.

والذين منعوها في ذلك رأوا أنّها من باب بيع الطعام قبل أن يُستوفىٰ؛ لأنّه باع الطعام الذي كان له على غريمه بالطعام الذي كان عليه، وذلك قبل أن يستوفيه من غريمه[٣]. وأجاز ذلك مالك إذا كان الطعامان كلاهما من قرض إذا كان دينُ المحال حالّاً. وأمّا إن كان أحدهما من سَلَم فإنّه لايجوز، إلّا أن يكون الدَّينان حالَّين. وعند ابن القاسم وغيره من أصحاب مالك يجوز ذلك إذا كان الدَّين المحال به حالّاً[٤]. ولم يفرّق بين ذلك الشافعي؛ لأنّه كالبيع في ضمان المستقرض[٥].

وإنّما رخّص مالك في القرض؛ لأنّه يجوز عنده بيع القرض قبل أن يستُوفىٰ[٦]. وأمّا أبو حنيفة فأجاز الحوالة بالطعام وشبهها بالدراهم، وجعلها خارجة عن الأصول كخروج الحوالة بالدراهم[٧]. والمسألة مبنيّة على أنّ ما شذّ عن الأصول هل يقاس عليه أم لا؟

---

* للإمامية في المسألة قولان:

الأوّل: جواز كون المالين مختلفين جنساً أو وصفاً.

الثاني: اشتراط تساوي المالين في الجنس والوصف. (تذكرة الفقهاء ١٤: ٤٥٤، جواهر الكلام ٢٦: ١٧٠ ـ ١٧١، مفتاح الكرامة ١٢: ٧٢٥ ـ ٧٢٦).

---

١. المحلّىٰ بالآثار ٨: ١٠٨، الحاوي الكبير ٦: ٤١٨.

٢. المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٠٤، بحر المذهب ٨: ٥٦، وانظر: بدائع الصنائع ٧: ٤٢٤.

٣. المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٠٤ ـ ٤٠٥، البيان والتحصيل ١١: ٢٩٥ ـ ٢٩٦.

٤. البيان والتحصيل ١١: ٢٩٦، المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٠٥.

٥. البيان للعمراني ٦: ٢٥٥، بحر المذهب ٨: ٥٥.

٦. المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٠٥.

٧. أنظر: روضة القضاة ١: ٤٦٧.

والمسألة مشهورة في أصول الفقه.

وللحوالة عند مالك ثلاثة شروط: أحدها: أن يكون دَين المحال حالاً؛ لأنّه إن لم يكن حالاً كان ديناً بدين. والثاني: أن يكون الدَين الذي يحيله به مثلَ الذي يحيله عليه في القدْر والصفة؛ لأنّه إذا اختلفا في أحدهما كان بيعاً ولم يكن حوالة، فخرج من باب الرخصة إلى باب البيع، وإذا خرج إلى باب البيع دخله الدَّين بالدَّين. والشرط الثالث: أن لايكون الدَّين طعاماً من سلَم أو أحدهما ولم يحل الدَّينُ المستحالُ به على مذهب ابن القاسم[1]*.

وإذاكان الطعامان جميعاً من سلم فلاتجوز الحوالة بأحدهما على الآخر، حلّت الآجال أو لم تحل، أو حلّ احدُهما ولم يحل الآخر؛ لأنّه يدخله بيع الطعام قبل أن يُستوفىٰ كما قلنا. لكنّ أشهب يقول: إن استوت رؤوس أموالهما جازت الحوالة وكانت تولية، وابن القاسم لايقول ذلك كالحال اذا اختلفت[2]. ويتنزل المحال في الدَّين الذي أحيل عليه منزلة من أحاله، ومنزلته في الدَّين الذي أحاله به، وذلك فيما يريد أن يأخذ بدله منه أو يبيعه له من غيره، أعني: إنّه لايجوز له من ذلك إلّا ما يجوز له مع الذي أحاله، وما يجوز للذي أحال مع الذي أحاله عليه.

ومثال ذلك: إن احتال بطعام كان له من قرض في طعام من سلَم، أو بطعام من سلَم في طعام من قرض، لم يجز له أن يبيعه من غيره قبل قبضه منه؛ لأنّه إن كان احتال بطعام كان من قرض في طعام من سلَم، نُزِّل منزلة المحيل في إنّه لايجوز له بيع ما على غريمه قبل أن يستوفيه؛ لكونه طعاماً من بيع. وإن كان احتال بطعام من سلم في طعام من قرض نُزِّل من

---

* أجمع فقهاء الإماميّة على صحّة الحوالة إن كان الحقّ مثلياً كالطعام، والدنانير والدراهم، كما أنّه لا خلاف بينهم في صحّة الحوالة إذاكان كلا الطعامين قرضاً. وتجوز الحوالة عندهم أيضاً فيما إذاكان المالان سلماً؛ لكون الأصل جوازه، وإنّ المنع يحتاج إلى دليل. (كتاب الخلاف ٣: ١٠٠ ـ ١٠١، تحرير الأحكام ٢: ٥٧٥ ـ ٥٧٦، تذكرة الفقهاء ١٤: ٤٥٣، ٤٥٨، جواهر الكلام ٢٦: ١٦٩).

١. المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٠٤، المنتقى للباجي ٥: ٦٧، ٧٠، عقد الجواهر الثمينة ٢: ٨١١.

٢. المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٠٤ ـ ٤٠٥، الكافي في فقه أهل المدينة ٤٠٢، البيان والتحصيل ١١: ٢٩٦.

المحتال عليه منزلته مع من أحاله، أعني: إنّه كما أنّه ما كان يجوز له أن يبيع الطعام الذي كان على غريمه المحيل له قبل أن يستوفيه، كذلك لايجوز أن يبيع الطعام الذي أُحيل عليه وإن كان من قرض، وهذا كلّه مذهب مالك، وأدلّة هذه الفروق ضعيفة[١].

وأمّا أحكامها فإنّ جمهور العلماء على أنّ الحوالة ضدُّ الحمالة في أنّه إذا أفلس المحالُ عليه لم يرجع صاحبُ الدَّين على المحيل بشيء[٢]. قال مالك وأصحابه: إلّا أن يكون المحيل غرّهُ فأحاله على عديم[٣]*. وقال أبو حنيفة: يرجع صاحب الدَّين على المحيل إذا مات المحال عليه مفلساً، أو جحد الحوالة وإن لم تكن له بيّنة، وبه قال شريح وعثمان البتي وجماعة[٤].

وسبب اختلافهم مشابهةُ الحوالة للحمالة.

---

* أجمع فقهاء الإماميّة على أنّه لو قبل المحتال الحوالة لزمت. وليس له الرجوع على المحيل فيما لو افتقر المحال عليه بعد يساره حين الحوالة؛ لكونها عقداً لازماً، ولأنّها توجب البراءة من الحقّ، وللنصوص. كما أجمعوا على أنّه لو قبل المحتال الحوالة وكان جاهلاً بحال المحال عليه ثم بان فقره وقت الحوالة، كان له الفسخ والعود على المحيل؛ لما فيه من الضرر والتغرير به، وللنصوص، منها رواية منصور بن حازم، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يحيل على الرجل بدراهم عليه، قال: «لايرجع عليه أبداً، إلّا أن يكون قد أفلس قبل ذلك»، والمراد بالفقر هنا هو الاعسار وإن كان أعمّ منه. (مسالك الأفهام ٤: ٢٦ ـ ٢١٧، رياض المسائل ٨: ٥٩٤ ـ ٥٩٦، مفتاح الكرامة ١٢: ٧١٨ـ٧١٩، جواهر الكلام ٢٦: ١٦٦ ـ ١٦٧).

---

١. المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٠٥، البيان والتحصيل ١١: ٢٩٦.

٢. الاشراف لابن المنذر ٢: ٥٢، الوسيط ٣: ٢٢٣، المنتقى للباجي ٥: ٦٧.

٣. المنتقى للباجي ٥: ٦٨، الاشراف لابن المنذر ٢: ٥٢، مختصر اختلاف العلماء ٤: ٢٧١.

٤. مختصر اختلاف العلماء ٤: ٢٧٠ ـ ٢٧١، الاشراف لابن المنذر ٢: ٥١، الهداية للمرغيناني ٣: ١١٠ـ١١١، النتف في الفتاوى ٢: ٨٩٦.

كتاب الوكالة

كتاب الوكالة

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلَّى الله على سيّدنا محمد وآله وصحبه وسلَّم تسليماً.

وفيها ثلاثة أبواب:

الباب الأول: في أركانها، وهي النظر فيما فيه التوكيل، وفي الموكِّل.

والثاني: في أحكام الوكالة.

والثالث: في مخالفة الموكِّل للوكيل.

الباب الأوّل في أركانها

وهي النظر فيما فيه التوكيل، وفي الموكِّل وفي الموكَّل.

الركن الأوّل: في الموكِّل

واتفقوا على وكالة الغائب والمريض والمرأة المالكين لأُمور أنفسهم[1]*، واختلفوا في

---

* وهو مذهب علماء الإماميّة أيضاً. (المبسوط ٢: ٣٦٤، تذكرة الفقهاء ١٥: ١٩).

---

١. الإجماع لابن المنذر: ٢٠٣، المعونة ٢: ١٢٣٧، المغني لابن قدامة ٥: ٢٠٢، الإشراف لابن المنذر ٣: ٢٩٤، بدائع الصنائع ٧: ٤٣٢، وانظر تحفة الفقهاء ٣: ٢٢٨.

وكالة الحاضر الذَّكَر الصحيح، فقال مالك: تجوز وكالة الحاضر الصحيح الذَّكَر[١]، وبه قال الشافعي[٢]، وقال أبو حنيفة: لاتجوز وكالة الصحيح الحاضر ولا المرأة إلّا أن تكون برْزة[٣]*.

فمن رأىٰ أنّ الأصل لاينوب فعل الغير عن فعل الغير إلّا ما دعت إليه الضرورة وانعقد الإجماع عليه، قال لاتجوز نيابة مَن اختُلف في نيابته. ومَن رأىٰ أنّ الأصل هو الجواز قال الوكالة في كلّ شيء جائزة، إلّا فيما أُجمع على أنّه لاتصحّ فيه من العبادات وما جرىٰ مجراها.

الركن الثاني: في الوكيل

وشروط الوكيل أن لايكون ممنوعاً بالشرع من تصرُّفه في الشيء الذي وُكِّل فيه، فلايصحّ توكيل الصبيّ ولا المجنون[٤]** ولا المرأة عند مالك والشافعي على عقد النكاح. أمّا عند الشافعي فلا بمباشرة ولا بواسطة، أي: بأن توكِّل هي مَن يلي عقد النكاح.

---

* ذهب علماء الإماميّة إلى جواز الوكالة مع حضور الموكِّل وغيبته وصحّته ومرضه. (تذكرة الفقهاء ١٥: ١٩، كتاب الخلاف ٣: ٣٤١).

** ذهبت الإماميّة إلى اشتراط البلوغ والعقل في الوكيل بلا خلاف إلّا في المميز البالغ عشراً، فجوّزه جماعة في نحو الصدقة والوصيّة والطلاق مما دلّت الروايات بجواز مثلها منه. ولا خلاف بينهم في أنّه يشترط كونه جائز التصرّف فيما يوكّل فيه. (جواهر الكلام ٢٧: ٣٩٣، رياض المسائل ٩: ٢٥٣ ـ ٢٥٤، مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٥٠٥).

---

١. الكافي في فقه أهل المدينة: ٤٩٣، المعونة ٢: ١٢٣٧.

٢. الأم ٣: ٢٦٦، الإشراف لابن المنذر ٣: ٢٩٣.

٣. هكذا في جميع النسخ التي بأيدينا. والصواب «... إلّا أن تكون غير برْزة». انظر: تحفة الفقهاء ٣: ٢٢٨، بدائع الصنائع ٧: ٤٣٢.

٤. الوسيط ٣: ٢٨٢، وانظر: عقد الجواهر الثمينة ٢: ٨٢٦.

ويجوز عند مالك بالواسطة الذَّكَر[١]*.

الركن الثالث: فيما فيه التوكيل

وشرط محلّ التوكيل أنْ يكون قابلاً للنيابة، مثل: البيع، والحوالة، والضمان، وسائر العقود والفسوخ، والشركة، والوكالة، والمصارفة، والمجاعلة، والمساقاة، والطلاق، والنكاح والخلع، والصُّلح. ولاتجوز في العبادات البدنيّة، وتجوز في الماليّة كالصدقة والزكاة والحج[٢]**. وتجوز عند مالك في الخصومة على الإقرار والإنكار[٣].

وقال الشافعي في أحد قوليه: لاتجوز على الإقرار، وشبَّه ذلك بالشهادة والأيمان[٤]***.

---

* يظهر من الإماميّة الإجماع على جواز جعل المرأة وكيلاً في النكاح؛ للأصل والإطلاقات. (تذكرة الفقهاء ١٥: ٣١، رياض المسائل ٩: ٢٥٨).

** جَعَلَ فقهاءُ الإماميّة لهذه المسألة ضابطاً ـ ولا خلاف فيه ظاهراً ـ فقالوا: كلّ ما تعلَّق غرضُ الشارع بإيقاعه من المكلَّف مباشرةً فإنّه لايقبل التوكيل، ولاتصحّ فيه النيابة، وكلّ ما جُعِلَ ذريعةً إلى غرض لايختصّ بالمباشرة تصحّ النيابة فيه. والأول كالطهارة والصلاة، والثاني كالبيع. (الحدائق الناضرة ٢٢: ٣٦ ـ ٣٧، رياض المسائل ٩: ٢٤٧ ـ ٢٤٨).

*** ذهب أكثر الإماميّة إلى عدم جواز التوكيل على الإقرار. وجوّزه البعض منهم الشيخ الطوسي في الخلاف والمبسوط. وتردّد بعض آخر منهم العلّامة في التذكرة. (تحرير الأحكام ٣: ٢٨، فقه الصادق ٢٠: ٢٥٤، مفتاح الكرامة ١٦: ٨٨٥).

---

١. النوادر والزيادات ٤: ٤٠٨ ـ ٤٠٩، المعونة ٢: ٧٢٨، الوسيط ٣: ٢٨٢، المهذَّب للشيرازي ٣: ٣٤٧.

٢. المقدّمات الممهّدات ٣: ٥١، المعونة ٢: ١٢٣٨، عقد الجواهر الثمينة ٢: ٨٢٥، التفريع ٢: ٣١٥ ـ ٣١٦.

٣. الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٩٥، عقد الجواهر الثمينة ٢: ٨٢٥.

٤. المهذَّب للشيرازي ٣: ٣٤٧، الوسيط ٣: ٢٧٧.

وتجوز الوكالة على استيفاء العقوبات عند مالك[١]، وعند الشافعي مع الحضور قولان[٢]*.

والذين قالوا: إنّ الوكالة تجوز على الإقرار اختلفوا في مطلق الوكالة على الخصومة، هل يتضمَّن الإقرار أم لا؟ فقال مالك: لايتضمَّن[٣]، وقال أبو حنيفة: يتضمَّن[٤]**.

الركن الرابع

وأمّا الوكالة فهي عقد يلزم بالإيجاب والقبول كسائر العقود[٥]***، وليست هي من العقود اللازمة، بل الجائزة[٦]**** على ما نقوله في أحكام هذا العقد، وهي ضربان

---

* أجمعت الإماميّة على جواز التوكيل في استيفاء عقوبات الآدميين في حضور المستحقّ، كما أنّه يجوز ذلك عندهم في غيبته. (تذكرة الفقهاء ١٥: ٤٦، ٤٧، مسالك الأفهام ٥: ٢٥٧ـ٢٥٨).

** أجمع علماءُ الإماميّة على عدم تضمُّن الوكالة في الخصومة للإقرار؛ وأنّه لايُقبَلُ إقرار الوكيل في ذلك سواء أقرّ في مجلس الحكم أو غيره. (تذكرة الفقهاء ١٥: ١١٩، ١٢٠، مفتاح الكرامة ١٦: ٩٣٠).

*** نص فقهاء الإماميّة على أنّه لابد في تحقّقه من ايجاب وقبول.

(جواهر الكلام ٢٧: ٣٤٨، مسالك الأفهام ٥: ٢٣٧).

**** أجمعت الإماميّة على أنّ الوكالة عقدٌ جائز من الطرفين. (جواهر الكلام ٢٧: ٣٥٦، الحدائق الناضرة ٢٢: ١٤).

---

١. الإشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٠٩، عقد الجواهر الثمينة ٢: ٨٢٥.

٢. البيان للعمراني ٦: ٣٥٧ـ٣٥٨، الحاوي الكبير ٦: ٥١٧، الوجيز ١: ١٨٨، وفي جميعها قول واحد مع الحضور، وقولان مع عدم الحضور.

٣. الإشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٠٨، عقد الجواهر الثمينة ٢: ٨٣١.

٤. الهداية للمرغيناني ٣: ١٦٧، مختصر القدوري: ١١٧.

٥. عقد الجواهر الثمينة ٢: ٨٢٧، البيان للعمراني ٦: ٣٦٢.

٦. الافصاح ٢: ٨، المعونة ٢: ١٢٤٢، الإشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٠٨.

عند مالك: عامّة وخاصّة، فالعامّة هي التي تقع عنده بالتوكيل العامّ الذي لايسمىٰ فيه شيء دون شيء، وذلك أنّه إنْ سُمّي عنده لم ينتفع بالتعميم والتفويض[١]*. وقال الشافعي: لاتجوز الوكالة بالتعميم، وهي غرر، وإنّما يجوز منها ما سُمّي وحُدِّد ونُصَّ عليه[٢]. وهو الأقيس؛ إذ كان الأصل فيها المنع، إلّا ما وقع عليه الإجماع.

الباب الثاني في الأحكام

وأمّا الأحكام فمنها أحكام العقد، ومنها أحكام فعل الوكيل. فأمّا أحكام هذا العقد فهو كما قلنا عقد غير لازم، للوكيل أنْ يدعَ الوكالة متى شاء عند الجميع[٣]**، لكنّ أبو حنيفة يشترط في ذلك حضور الموكِّل[٤]، وللموكِّل أنْ يعزله متى شاء. قالوا: إلّا أنْ تكون

---

* ذهب أكثر علماء الإماميّة إلى جواز الوكالة على كلّ قليل وكثير. بينما ذهب الشيخ الطوسي في أحد قوليه إلى عدم الجواز؛ للزوم الغرر وقد ضُعِّف. واستُدلّ لمذهب الأكثر؛ بإنتفاء الغرر في ذلك، واندفاع الضرر بمراعاة المصلحة في فعل الوكيل مطلقاً.

(مسالك الأفهام ٥: ٢٥٩، رياض المسائل ٩: ٢٥٢، كتاب الخلاف ٣: ٣٥٠).

** لاخلاف بين الإماميّة في أنّ للوكيل أنْ يعزل نفسه مع حضور الموكِّل ومع غيبته؛ واحتمال توقُّف انعزاله على علم الموكِّل منافٍ لأُصول المذهب الإمامي وقواعده. (الحدائق الناضرة ٢٢: ١٥، جواهر الكلام ٢٧: ٣٥٦).

---

١. الكافي في فقه أهل المدينة ٣٩٤، المقدّمات الممهّدات ٣: ٥٢.

٢. الأم ٣: ٢٦٦، الوجيز ١: ١٨٨.

٣. الإفصاح ٢: ٨، المعونة ٢: ١٢٤٢، المهذّب للشيرازي ٣: ٣٧٣.

٤. بدائع الصنائع ٧: ٤٦٠، الهداية للمرغيناني ٣: ١٧٠، المقصود من الحضور ما يشمل الإبلاغ والإخبار.

وكالةً في خصومة. وقال أصبغ: له ذلك ما لم يُشرف على تمام الحكم، وليس للوكيل أنْ يعزل نفسه في الموضع الذي لايجوز أنْ يعزله الموكِّل[١]*.

وليس من شروط انعقاد هذا العقد حضور الخصم عند مالك والشافعي[٢]. وقال أبو حنيفة: ذلك من شروطه[٣]**. وكذلك ليس من شرط إثباتها عند الحاكم حضوره عند مالك[٤].

---

* اختلفت الإماميّة في عزل الموكِّل للوكيل على ثلاثة أقوال:

الأوّل: المشهور بين فقهاء الإماميّة ـ خصوصاً بين المتأخرين منهم ـ أنّ الوكيل لاينعزل إلّا بأنْ يعلمه الموكِّل بالعزل؛ للنصوص المعتبرة.

الثاني: إنّ الوكيل ينعزل بمجرّد اشهاد الموكِّل على العزل عند تعذُّر الإعلام؛ وادعىٰ في الغنية الإجماع عليه.

الثالث: إنّ الوكيل ينعزل بمجرّد العزل وإنْ لم يُعلمه الموكِّل ولم يُشهد على ذلك؛ لأنّ الأصل جواز الفسخ وإلّا لكان لازماً. (مسالك الأفهام ٥: ٢٤٤ ـ ٢٤٥، جواهر الكلام ٢٧: ٣٥٨).

** المشهور بين علماء الإماميّة أنّه يجوز للحاضر أن يوكِّل في الخصومة ولايلزمه الحضور، سواء رضي خصمه أم لم يرضَ، وذهب ابن الجنيد إلى أنّه لا يجوز ذلك إلّا أن يرضىٰ الخصم بمخاصمة وكيل خصمه. واستدلّ المشهور بالأصل ولأنّه فعل يقبل النيابة في الغيبة، فيقبلها مع الحضور. (مختلف الشيعة ٦: ٢٣، الحدائق الناضرة ٢٢: ٤٠).

---

١. المقدّمات الممهّدات ٣: ٥٩، عقد الجواهر الثمينة ٢: ٨٣١.

٢. المعونة ٢: ١٢٣٧، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٠٧، التلقين ٢: ٤٤٦، التهذيب للبغوي ٤: ٢١٢، البيان للعمراني ٦: ٣٥٥، حيث عبّر في الأخيرين بالرضا بدلاً من الحضور.

٣. الهداية للمرغيناني ٣: ١٥٣، مختصر القدوري: ١١٥، حيث عبّر فيهما بالرضا بدلاً من الحضور.

٤. المعونة ٢: ١٢٣٧، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٠٨.

وقال الشافعي: من شرطه[١]*. واختلف أصحاب مالك هل تنفسخ الوكالة بموت الموكِّل على قولين[٢]**:

فإذا قلنا تنفسخ بالموت كما تنفسخ بالعزل، فمتى يكون الوكيلُ معزولاً، والوكالة منفسخة في حق مَن عامله في المذهب؟ فيه ثلاثة أقوال:

الأوّل: إنّها تنفسخ في حقّ الجميع بالموت والعزل.

والثاني: إنّها تنفسخ في حقّ كلّ واحد منهم بالعلم، فمَن علم انفسخت في حقّه، ومَن لم يعلمْ لم تنفسخ في حقّه.

والثالث: إنّها تنفسخ في حقّ مَن عامل الوكيل بعلم الوكيل وإن لم يعلم هو، ولا تنفسخ في حقّ الوكيل بعلم الذي عامله إذا لم يعلم الوكيل. ولكن مَن دَفَعَ إليه شيئاً بعد العلم بعزله ضمنه؛ لأنّه دفع إلى مَن يعلم أنّه ليس بوكيل[٣]***.

---

* ذهب علماء الإماميّة إلى أنّ للحاكم أنْ يسمع بيّنة الوكيل على الوكالة وإن لم يكن الخصمُ حاضراً. (تذكرة الفقهاء ١٥: ١٣١، الخلاف ٣: ٣٤١، الجامع للشرائع: ٣٢٢).

** أجمعت الإماميّة على بطلان الوكالة بعروض الموت للموكِّل. (جواهر الكلام ٢٧: ٣٦٠، رياض المسائل ٩: ٢٤٣).

*** لم يختلف علماء الإماميّة في أنَّ تصرُّف الوكيل بعد موت الموكِّل يكون باطلاً، بلا فرق بين علم الوكيل بموته وعدمه. واستدلوا له بالإجماع، وبأنّ التوكيل ينصرف إلى حال الحياة. هذا وقال النجفي: ولا يقاس الموت على مسألة العزل؛ لحرمة القياس عندنا. (مسالك الأفهام ٥: ٢٤٦، جواهر الكلام ٢٧: ٣٦٠).

---

١. الظاهر أنّ القائل بالاشتراط هو (أبو حنيفة). راجع: حلية العلماء ٥: ١٢٢ ـ ١٢٣، مختصر اختلاف العلماء ٤: ٦٨.

٢. المقدّمات الممهّدات ٣: ٥٣ ـ ٥٤، البيان والتحصيل ٨: ٢٢٤.

٣. المقدّمات الممهّدات ٣: ٥٤ ـ ٥٥، عقد الجواهر الثمينة ٢: ٨٣٢ ـ ٨٣٣.

وأمّا أحكام الوكيل، ففيها مسائل مشهورة:

أحدها: إذا وُكِّل على بيع شيء هل يجوز له أنْ يشتريه لنفسه؟ فقال مالك: يجوز، وقد قيل عنه: لايجوز[١]. وقال الشافعي: لايجوز[٢]*، وكذلك عند مالك الأب والوصي[٣]**.

ومنها: إذا وكَّله في البيع وكالةً مطلقة لم يجز له عند مالك أن يبيع إلّا بثمن مثله نقداً بنقد البلد، ولايجوز إن باع نسيئة، أو بغير نقد البلد، أو بغير ثمن المثل، وكذلك الأمر عنده في الشراء[٤]***.

---

* المشهور بين فقهاء الإماميّة عدم جواز بيع الوكيل مال الموكِّل لنفسه عند الإطلاق. وذهب بعض إلى جوازه مطلقاً أو مع الأمن من التهمة. واستدلّ المشهور بإنّ الأصل عدم جواز التصرّف في مال الغير عقلاً ونقلاً إلّا مع الإذن، والمفرض عدمه، فإن الاطلاق لايدل عليه. (الحدائق الناضرة ٢٢: ٩٨ ـ ١٠٢، مختلف الشيعة ٦: ٣١).

** اجمع فقهاء الإماميّة علىٰ جواز بيع الأب لنفسه؛ للسيرة، والنصوص. وأمّا الوصي فالمشهور عندهم جوازه. وذهب الشيخ الطوسي وابن ادريس إلى المنع. واستدلّ للمشهور بوجود المقتضي الذي هو صدور العقد من أهله في محلّه، فتشمله العمومات والاطلاقات، وانتفاء المانع، إذ لم يثبت اشتراط التغاير الحقيقي بين الموجب والقابل، بل مقتضىٰ العمومات نفيه. (جواهر الكلام ٢٨: ٤٢٣، كتاب الخلاف ٣: ٣٤٦ ـ ٣٤٧، مختلف الشيعة ٦: ٣١).

*** أجمعت الإماميّة على أنّ إطلاق الوكالة في البيع ينصرف إلى البيع المعتاد بين الناس، وهو البيع بالنقد، ومن نقد البلد الذي يقع فيه البيع، وبثمن المثل، وأنّه ←

---

١. الإشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٠٩، عقد الجواهر الثمينة ٢: ٨٢٨.

٢. التهذيب للبغوي ٤: ٢١٩، البيان للعمراني ٦: ٣٧٤.

٣. الإشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٠٩، وانظر: عقد الجواهر الثمينة ٢: ٨٢٨.

٤. عيون المجالس ٤: ١٦٩٠ ـ ١٦٩١، المعونة ٢: ١٢٣٩.

وفرَّق أبو حنيفة بين البيع والشراء لمعيَّن، فقال: يجوز في البيع أن يبيع بغير ثمن المثل، وأنْ يبيع نسيئة، ولم يُجز إذا وكَّله في شراء عبدٍ بعينه أنْ يشتريه إلّا بثمن المثل نقداً[١]. ويشبه أنْ يكون أبو حنيفة إنّما فرَّق بين الوكالة على شراء شيء بعينه؛ لأنّ من حجّته أنّه كما أنّ الرجل قد يبيع الشيء بأقلَّ من ثمن مثله ونساء لمصلحة يراها في ذلك كلّه، كذلك حكم الوكيل إذْ قد أنزله منزلته[٢]، وقول الجمهور أبين. وكلّ ما يعتدي فيه الوكيل ضمنَ عند مَن يرىٰ أنّه تعدَّىٰ[٣]*.

وإذا اشترىٰ الوكيل شيئاً وأعلمَ أنّ الشراء للموكِّل فالملك ينتقل إلى الموكِّل[٤]. وقال أبو حنيفة: إلى الوكيل أوّلاً ثم إلى الموكِّل[٥]**. وإذا دفع الوكيل ديناً عن الموكِّل ولم يُشهِد فأنكر الذي له الدَّين القبضَ ضمنَ الوكيل[٦]***.

← لايجوز للوكيل تجاوز ذلك. واستدلّوا لذلك بعد الإجماع، بأنَّ العرف يقتضي انصراف اللفظ إلى المعتاد المتظاهر بين الناس، وهو البيع المذكور. (تذكرة الفقهاء ١٥: ٦١، مفتاح الكرامة ١٦: ٩٠٠).

* اجمع فقهاء الإماميّة على أنّه إذا تعدّىٰ الوكيل أو فرّط ضمن. (تذكرة الفقهاء ١٥: ١٣٥، الحدائق الناضرة ٢٢: ٩٦).

** أجمعت الإماميّة على أنّه إذا ابتاع الوكيل وقع الشراء عن الموكِّل ولايدخل في ملك الوكيل. (مسالك الأفهام ٥: ٢٧٢ ـ ٢٧٣، جواهر الكلام ٢٧: ٤٠١).

*** ذهب علماء الإماميّة إلى ضمان الوكيل في قضاء الدَّين لو لم يُشهد؛ لأنّه ←

---

١. الهداية للمرغيناني ٣: ١٦٢، مختصر القدوري ١١٧، مختصر اختلاف العلماء ٤: ٧١.

٢. أنظر: المبسوط للسرخسي ١٩: ٤٢.

٣. المعونة ٢: ١٢٤٢، الكافي في فقه أهل المدينة ٣٩٦ ـ ٣٩٧.

٤. عقد الجواهر الثمينة ٢: ٨٢٨، الإشراف لعبدالوهاب ٢: ٦١١.

٥. أنظر: تحفة الفقهاء ٣: ٢٣٥، الهداية للمرغيناني ٣: ١٥٤، الإشراف لعبدالوهاب ٢: ٦١١.

٦. المعونة ٢: ١٢٤١ ـ ١٢٤٢، التلقين ٢: ٤٤٧.

الباب الثالث في مخالفة الموكّل للوكيل

وأمّا اختلاف الوكيل مع الموكِّل، فقد يكون في ضياع المال الذي استقرَّ عند الوكيل، وقد يكون في دفعه إلى الموكِّل، وقد يكون في مقدار الثمن الذي باع به، أو اشترىٰ إذا أمره بثمن محدود، وقد يكون في المثمون، وقد يكون في تعيين مَن أمره بالدفع إليه، وقد يكون في دعوىٰ التعدِّي.

فإذا اختلفا في ضياع المال، فقال الوكيلُ: ضاع منّي، وقال الموكِّل: لم يضع، فالقولُ قول الوكيل إنْ كان لم يقبضْه ببيِّنةٍ، فإن كان المال قد قبضه الوكيل من غريم الموكِّل ولم يُشهد الغريمُ على الدفع لم يبرأ الغريم بإقرار الوكيل عند مالك وغرم ثانية. وهل يرجع الغريمُ علىٰ الوكيل؟ فيه خلاف. وإن كان قد قبضه ببيِّنة برئ ولم يلزم الوكيل شيء[1]*.

وأمّا إذا اختلفا في الدفع، فقال الوكيل: دفعته إليك، وقال الموكِّلُ: لا، فقيل: القول قول الوكيل، وقيل: القول قول الموكِّل، وقيل: إنْ تباعد ذلك فالقول قول الوكيل[2]**.

← فرّط، حيث دفع دفعاً غير مبرئ. واحتمل بعضهم عدم الضمان؛ لأنّه امتثل ما أُمر به. (تذكرة الفقهاء ١٥: ١٩٢، الحدائق الناضرة ٢٢: ٩٥ ـ ٩٦، مختلف الشيعة ٦: ٦٧).

* أجمعت الإماميّة على أنّ القول قول الوكيل عند اختلاف الوكيل والموكِّل في التلف؛ لكونه أميناً. (مسالك الأفهام ٥: ٢٩٧، تحرير الأحكام ٣: ٤١).

** المشهور بين فقهاء الامامية أنّه إذا اختلف في دفع المال إلى الموكل يكلَّف الوكيل بالبيّنة إن كانت وكالته بجُعْلٍ. وإن كانت بغير جُعْل فالقول قوله. وذهب ←

---

١. الكافي في فقه أهل المدينة ٣٩٧، المعونة ٢: ١٢٤١.

٢. النوادر والزيادات ٧: ٢٢٨ ـ ٢٢٩، البيان والتحصيل ٨: ١٠٨ ـ ١٠٩.

وأمّا اختلافهم في مقدار الثمن الذي به أمَرَه بالشراء، فقال ابنُ القاسم: إن لم تفت السلعة فالقول قول المشتري، وإنْ فاتت فالقول قول الوكيل، وقيل: يتحالفان وينفسخ البيع ويتراجعان وإنْ فاتت بالقيمة[١]*.

وإن كان اختلافهم في مقدار الثمن الذي أمَرَه به في البيع، فعند ابن القاسم: إنّ القول فيه قول الموكِّل؛ لأنّه جَعَلَ دفع الثمن بمنزلة فوات السلعة في الشراء[٢]**.

← البعض إلى تقديم قول المالك مطلقاً سواء كانت بجعل أو بغير جعل. (كفاية الفقه ١: ٦٨٤، جواهر الكلام ٢٧: ٤٣٢ ـ ٤٣٣).

* اختلف علماء الإماميّة في ما لو اختلفا في قدر الثمن المشترىٰ به، فقال الشيخ الطوسي في المبسوط: إن القول قول الوكيل؛ لأنّه أمين، فيقبل قوله. وقال الفاضلان: إنّ القول قول الموكّل؛ لأنّه غارم ومنكر، ولأصالة عدم الزيادة. واحتمل الشهيد الأوّل في غاية المراد أنّ القول قول الموكل إن كان الشراء في الذمّة، وقول الوكيل إن كان الشراء بالعين. ونقله عن القواعد. وذكر الشهيد الثاني في المسالك القولين، ولم يفرق بين كون الشراء بالعين أو في الذمة. (غاية المراد ٢: ٢٩٨، ٢٩٩، مسالك الأفهام ٥: ٣٠٢، الحدائق الناضرة ٢٢: ١٠٦).

** المشهور بين فقهاء الإماميّة ـ في انّه لو ادّعىٰ الوكيل الإذنَ بالبيع بثمن معيَّن وأنكر الموكِّل الإذنَ في ذلك القدر ـ هو تقديم قول الموكِّل مع يمينه؛ وجهُهُ أنّ القول قوله في أصل الوكالة فكذلك في صفتها، لأنّها فعله وهو أعرف بحاله ومقاصده الصادرة عنه، ولأنّ الأصل عدم صدور التوكيل على الوجه الذي يدّعيه الوكيل. (الحدائق الناضرة ٢٢: ١١٢، قواعد الأحكام ٢: ٣٦٨ ـ ٣٦٩).

---

١. أنظر: النوادر والزيادات ٧: ٢٠٤، ومنتخب الأحكام ٢: ٢٨٢.

٢. المدوّنة الكبرىٰ ٤: ٢٥٥، الكافي في فقه أهل المدينة ٣٩٧.

وأمّا إذا اختلفا فيمن أمَرَه بالدفع، ففي المذهب فيه قولان: المشهور أنّ القول قول المأمور، وقيل: القول قول الآمر[١].

وأمّا إذا فَعَلَ الوكيلُ فعلاً هو تعدٍّ وزعم أنّ الموكِّلَ أمره، فالمشهور أنّ القول قول الموكِّل، وقد قيل: إنّ القول قول الوكيل إنّه قد أمره؛ لأنّه قد ائتمنه على الفعل[٢].

١. فصول الأحكام: ٢٨٧، منتخب الأحكام ٢: ٢٦٨ ـ ٢٦٩.

٢. أنظر: المعونة ٢: ١٢٤٣.

كتاب اللقطة

كتاب اللقطة

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلّى الله علىٰ سيّدنا محمّد وآله وصحبه وسلّم تسليماً

والنظر في اللقطة في جملتين: الجملة الأولىٰ: في أركانها، والثانية: في أحكامها.

الجملة الأولىٰ

والأركان ثلاثة: الالتقاط، والملتقِط، واللقَطة: فأمّا الالتقاط، فاختلف العلماء هل هو أفضل أم الترك؟ فقال أبو حنيفة: الأفضل الالتقاط؛ لأنّه من الواجب على المسلم أن يحفظ مال أخيه المسلم[1]، وبه قال الشافعي[2]. وقال مالك[3] وجماعة بكراهية الالتقاط، وروي عن

---

١. تحفة الفقهاء ٣: ٣٥٤، المبسوط للسرخسي ١١: ٣.

٢. مختصر المزني: ١٤٧، البيان للعمراني ٧: ٤٤٣ ـ ٤٤٤، الوسيط ٤: ٢٨١.

٣. عارضة الاحوذي ٦: ١٣٦، الاستذكار ٢٢: ٣٣٠. وفي مصادر أخرىٰ ذكروا تفصيلاً للمسألة عن مالك، حيث قال: لا أحبّ أن يأخذها من وجدها إلّا أن يكون لها قدر. وقال في موضع آخر: أو لذي رحمه، وأمّا الشيء الذي له بال فأرىٰ له أخذه. وروىٰ عنه أشهب: أمّا الدنانير وشيء له بال فأحبّ إليَّ أن يأخذه وليس كالدرهم وما لا بال له.المنتقىٰ للباجي ٦: ١٣٤، النوادر والزيادات ١٠: ٤٦٧.

ابن عمر وابن عباسَ، وبه قال أحمد[١]*. وذلك لأمرين: أحدهما ما روي أنّه ﷺ قال: «ضالّة المؤمن حرق النار»[٢و٣] ولما يُخاف أيضاً من التقصير في القيام بما يجب لها من التعريف وترك التعدي عليها[٤]. وتأوّل الذين رأوا الالتقاط أوّلَ الحديث، وقالوا: أراد بذلك الانتفاع بها لا أخذها للتعريف[٥].

وقال قوم: بل لقطها واجب[٦]. وقد قيل: إن هذا الاختلاف إذا كانت اللقطة بين قوم مأمونين والإمام عادل. قالوا: وإن كانت اللقطة بين قوم غير مأمونين والإمام عادل فواجب التقاطها[٧]. وإن كانت بين قوم مأمونين والإمام جائر فالأفضل أن لا يلتقطها. وإن كانت بين قوم غير مأمونين والإمام غير عادل فهو مخيّر بحسب ما يغلب علىٰ ظنّه من سلامتها أكثر من أحد الطرفين[٨].

وهذا كلّه ما عدا لقطة الحاجّ، فإنّ العلماء أجمعوا علىٰ أنّه لا يجوز التقاطها[٩]؛ لنهيه عليه

---

* الظاهر إجماع فقهاء الإماميّة علىٰ أنّ أخذ اللقطة (الالتقاط) مكروه؛ واستدلّوا على الكراهية بعد الإجماع المفهوم من التذكرة بالأخبار منها ما روي عن أمير المؤمنين ﷺ: «إيّاكم واللقطة؛ فإنّها ضالة المؤمن، وهي حريق من حريق جهنم». (مفتاح الكرامة ١٣: ٢٥٩، تذكرة الفقهاء ٢: ٢٥١ (حجري)، تحرير الأحكام ٤: ٤٦٢).

---

١. الاستذكار ٢٢: ٣٣١، المصنف لعبدالرزاق ١٠: ١٣٧ ـ ١٣٨، الاشراف لابن المنذر ٢: ١٥١، المغني لابن قدامة ٦: ٣٤٦.

٢. سنن الدارمي ٢: ٢٦٦، كتاب البيوع، باب في الضالة، شرح معاني الآثار ٤: ١٣٣، باب اللقطة والضوال.

٣. المصنف لعبدالرزاق ٢: ٢٥١، الاستذكار ٢٢: ٣٣٣ ـ ٣٣٤، شرح معاني الآثار ٤: ١٣٣.

٤. التمهيد ٣: ١١١ ـ ١١٢، المغني لابن قدامة ٦: ٣٤٧، تحفة الفقهاء ٣: ٣٥٤، الاستذكار ٢٢: ٣٣٠.

٥. القبس لابن العربي ٣: ٤٨٥، التمهيد ٣: ١١٢، شرح معاني الآثار ٤: ١٣٣.

٦. البيان للعمراني ٧: ٤٤٣، الوسيط ٤: ٢٨١، الاستذكار ٢٢: ٣٣٢، الاشراف لابن المنذر ٢: ١٥١.

٧. المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٧٨، البيان والتحصيل ١٥: ٣٥٤ ـ ٣٥٥.

٨. المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٧٨ ـ ٤٧٩، البيان والتحصيل ١٥: ٣٥٥.

٩. انظر: المقدّمات الممهدّات ٢: ٤٧٧ ـ ٤٧٩، المحلّىٰ بالآثار ٨: ٢٥٨، المغني ٦: ٣٦٠، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٨٠ ـ ٦٨١.

الصلاة والسلام عن ذلك[١]. ولقطة مكّة أيضاً لايجوز التقاطها إلّا لمنشد؛ لورود النصّ في ذلك. والمروي في ذلك لفظان: أحدهما لاتُرفع لقطتها إلّا لمنشد. الثاني: لايرفع لقطَتَها إلّا منشدٌ. فالمعنى الأوّل أنّها لاترفع إلّا لمن ينشدها، والمعنى الثاني لايلتقطها إلّا من ينشدها ليعرّف الناس[٢]*. وقال مالك: تُعرّف هاتان اللقطتان أبداً[٣].

فأمّا الملتقِط فهو: كل حرّ مسلم بالغ؛ لأنّها ولاية[٤]**. واختلف عن الشافعي في جواز

---

* اختلفت الأقوال لدىٰ فقهاء الإماميّة حول لقطة الحرم. أمّا الأقلّ من الدرهم فقد جوّز البعض التقاطه ولو بنيّة التملّك. ومنع منه آخرون، وهم الأكثر. ولم يوجب البعض التعريف وجوّز البعض تملّكه كغيره. فيما خالف آخرون.

وأمّا الأزيد فلا اشكال في الحرمة مع نيّة التملّك قبل التعريف أو بعده. أمّا لا معه فالظاهر شدة الكراهة ـ وإن قال بعض بالتحريم ـ ونُفي الخلاف عن الجواز بنيّة الانشاد. بل لعلّه علىٰ ذلك تجتمع النصوص من الطرفين. ففي النبوي: «لاتحلّ لقطتها ـ أي مكّة ـ إلّا لمنشد» أي معرّف، وفي آخر: «لايحل ساقطها إلّا لمنشد» وفي حسن الفضيل بن يسار «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يجد اللقطة في الحرم، قال: لايمسّها، وأمّا أنت فلابأس لأنّك تُعرّفها». (جواهر ال لام ٣٨: ٢٨٤ ـ ٢٨٥، تذكرة الفقهاء ٢: ٢٥٦ (حجري)، مسالك الأفهام ١٢: ٥١٠ـ٥١٥).

** المشهور بين فقهاء الإماميّة أنّ من له أهلية الاكتساب يجوز له التقاط اللقطة (المال الصامت)، فلو التقط الصبي أو المجنون جاز ـ في غير الحرم ـ. وزاد المحقّق الحلّي في شرائع الإسلام في تعريف الملتقِط بأنّه مَن له أهلية الحفظ. وتردّد في التقاط الصبي والمجنون للضالة. (رياض المسائل ١٢: ٤٢٥ ـ ٤٢٧، تحرير الأحكام ٤: ٤٦٥ ـ ٤٦٦).

---

١. صحيح مسلم ٣: ١٣٥١، كتاب اللقطة، باب في لقطة الحاج، الحديث ١٧٢٤/١١، سنن أبي داود ٢: ١٣٩، كتاب اللقطة، الحديث ١٧١٩.

٢. المنتقىٰ للباجي ٦: ١٣٨، الاشراف لابن المنذر ٢: ١٥٧، الوسيط ٤: ٢٩٨، الافصاح ٢: ٥٧.

٣. المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٧٧ ـ ٤٧٨، المنتقىٰ للباجي ٦: ١٣٨.

٤. الوجيز ١: ٢٥١.

التقاط الكافر، قال أبو حامد: والأصحّ جواز ذلك في دار الإسلام[١]*. قال: وفي أهلية العبد والفاسق له قولان: فوجه المنع عدم أهلية الولاية، ووجه الجواز عموم أحاديث اللقطة[٢]**.

وأمّا اللقطة بالجملة فإنّها كلّ مال لمسلم معرّض للضياع كان ذلك في عامر الأرض أو غامرها[٣]***، والجماد والحيوان في ذلك سواء إلّا الإبل باتفاق[٤]****.

والأصل في اللقطة حديث زيد بن خالد الجهني، وهو متفق علىٰ صحّته، أنّه قال: «جاء

---

* لم يُنقل خلاف بين فقهاء الإماميّة في جواز أخذ الكافر اللقطة في غير الحرم. وذكر العلّامة الحلّي أنّه يجوز ذلك في دار الحرب أو دار الإسلام. (مفتاح الكرامة ١٣: ٢٦٣، تذكرة الفقهاء ٢: ٢٥٢ حجري).

** لم يُنقل خلاف بين فقهاء الإماميّة في جواز أخذ الفاسق اللقطة؛ واستدلّوا بأنّ الالتقاط جهة من جهات الكسب وهو من أهله، أمّا العبد فإن كان المولىٰ أذن له في الالتقاط فهو جائز بلا خلاف. وإن كان المولىٰ قد نهاه عن الالتقاط حرم عليه كذلك، وإن كان المولىٰ لم يأمره بالالتقاط ولا نهاه عنه فإنّه يصحّ التقاطه بلا خلاف أيضاً. (تذكرة الفقهاء ٢: ٢٥٢ ـ ٢٥٣ (حجري)، مفتاح الكرامة ١٣: ٢٦٢ ـ ٢٦٣).

*** نص كثير من فقهاء الإماميّة علىٰ أنّ اللقطة هي كلّ مال ضائع أُخذ ولا يد لأحد عليه. (مسالك الأفهام ١٢: ٥١٠، جامع المقاصد ٦: ١٥٦، جواهر الكلام ٣٨: ٢٧١ ـ ٢٧٢).

**** أجمع فقهاء الإماميّة علىٰ عدم جواز أخذ ضالّة الإبل إذا كان صحيحاً، أو كان في كلأ وماء وإن كان غير صحيح. (مفتاح الكرامة ١٣: ٢٦٤، تحرير الأحكام ٤: ٤٥٧ ـ ٤٥٨).

---

١. الوجيز ١: ٢٥١.

٢. الوسيط ٤: ٢٨٣ ـ ٢٨٥، الوجيز ١: ٢٥١.

٣. الوجيز ١: ٢٥٢، عقد الجواهر الثمينة ٣: ٩٨٩.

٤. الافصاح ٢: ٥٦، الوجيز ١: ٢٥٢، عقد الجواهر الثمينة ٣: ٩٨٩. وأمّا الحنفية فجوّزوا التقاط الإبل، أنظر: الهداية للمرغيناني ٢: ٤٧١، تحفة الفقهاء ٣: ٣٥٦.

رجل إلىٰ رسول الله ﷺ فسأله عن اللقطة، فقال: اعرِف عفاصها ووكاءها ثم عرّفها سنة، فإن جاء صاحبها وإلّا فشأنك بها. قال: فضالّةُ الغنم يارسول الله؟ قال: هي لك أو لأخيك أو للذئب، قال: فضالّة الإبل؟ قال: مالكَ ولها معها سقاؤها وحذاؤها، ترد الماءَ وتأكل الشجر حتّىٰ يلقاها ربّها»[1]*. وهذا الحديث يتضمن معرفة ما يُلتقط ممّا لايلتقط، ومعرفة حكم ما يُلتقط كيف يكون في العام وبعده، وبما يستحقها مدّعيها. فأمّا الإبل فاتفقوا علىٰ أنّها لاتلتقط واتفقوا على الغنم أنها تُلتقط[2]**، وتردّدوا في البقر، والنصّ عن الشافعي أنّها كالإبل، وعن مالك أنّها كالغنم، وعنه خلاف[3]***.

---

* روىٰ الإماميّة عن الحلبي عن أبي عبدالله الصادق ﷺ قال: جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال: يارسول الله إنّي وجدت شاة فقال: «هي لك أو لأخيك أو للذئب»، فقال: إني وجدت بعيراً فقال رسول الله ﷺ: «خفه حذاؤه وكرشه سقاؤه فلا تهجه». (تهذيب الأحكام ٦: ٣٩٤ الحديث ١١٨٤).

** أجمع علماء الإماميّة علىٰ جواز أخذ الشاة في الفلاة؛ لما رواه الفريقان حين سئل عن ضالة الغنم قال: «خذها فإنّما هي لك أو لأخيك أو للذئب». (مفتاح الكرامة ١٣: ٢٧١، تذكرة الفقهاء ٢: ٢٦٧ حجري).

*** ذهب أكثر فقهاء الإماميّة إلىٰ إلحاق البقرة الصحيحة بالبعير في عدم أخذها حيث لايؤخذ. إلّا أنّ السبزواري قرّب عدم الإلحاق؛ وقوفاً على موضع النص. (مفتاح الكرامة ١٣: ٢٧١، كفاية الفقه ٢: ٥٢٥، تحرير الأحكام ٤: ٤٥٨).

---

١. صحيح البخاري ٣: ٢٤٩ ـ ٢٥٠، كتاب في اللقطة، باب في ضالّة الإبل، الحديث ٢، صحيح مسلم ٣: ١٣٤٦ ـ ١٣٤٨، كتاب اللقطة، الحديث ١٧٢٢/١.

٢. الاشراف لابن المنذر ٢: ١٥٩ ـ ١٦٠، الاستذكار ٢٢: ٣٤٣ ـ ٣٤٥، الافصاح ٢: ٥٧.

٣. الاشراف لابن المنذر ٢: ١٥٩ ـ ١٦٠، الافصاح ٢: ٥٦، الاستذكار ٢٢: ٣٥٠، النوادر والزيادات ١٠: ٤٧٩، المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٨١.

الجملة الثانية

وأمّا حكم التعريف، فاتفق العلماء علىٰ تعريف ما كان منها له بال سنةً ما لم تكن من الغنم[١]*. واختلفوا في حكمها بعد السنة، فاتفق فقهاء الأمصار مالك، والثوري والأوزاعي، وأبو حنيفة، والشافعي، وأحمد، وأبو عبيد، وأبو ثور، إذا انقضت كان له أن يأكلها إن كان فقيراً، أو يتصدّق بها إن كان غنياً، فإن جاء صاحبها كان مخيّراً بين أن يجيز الصدقة فينزل علىٰ ثوابها أو يَضمنه إيّاها[٢]**.

واختلفوا في الغني هل له أن يأكلها أو ينفقها بعد الحول؟ فقال مالك والشافعي: له ذلك[٣].

---

* أجمع علماء الإماميّة علىٰ وجوب تعريف اللقطة ـ إذا بلغت درهماً فما زاد ـ سنةً كاملة والانشاد بها ليظهر خبرها لصاحبها؛ للأخبار، منها: ما رواه داود بن سرحان عن الصادق عليه السلام أنّه قال في اللقطة: «يعرّفها سنة ثم هي كسائر ماله». (مفتاح الكرامة ١٣: ٣٣١، تذكرة الفقهاء ٢: ٢٥٧ ـ ٢٥٨ حجري).

** أجمع فقهاء الإماميّة علىٰ أنّ الملتقط إذا عرّف سنة ولم تكن من لقطة الحرم، فإنّه يتخيّر بين أمور ثلاثة: التملك مع الضمان، والصدقة بها عن صاحبها ويضمن إذا جاء صاحبها، والحفظ إلى أن يظهر مالكها فيسلّمها إليه ولا ضمان عليه إلّا مع التفريط أو التعدي، سواء كان الملتقط غنياً أو فقيراً؛ واستدلّوا ـ بعد الاجماع ـ بالأخبار. (مفتاح الكرامة ١٣: ٣٥٥، تذكرة الفقهاء ٢: ٢٦٠ (حجري)، كفاية الفقه ٢: ٥٣٣).

---

١. الاستذكار ٢٢: ٣٣٧، مختصر اختلاف العلماء ٤: ٣٣٥، الافصاح ٢: ٥٤، فتح المالك ٨: ٣٦٧.

٢. الافصاح ٢: ٥٤ ـ ٥٦، الاستذكار ٢٢: ٣٣٧، الاشراف لابن المنذر ٢: ١٥٣.

٣. الاستذكار ٢٢: ٣٣٧ ـ ٣٣٨، الكافي في فقه أهل المدينة: ٤٢٦، المهذّب للشيرازي ٣: ٦٣٩، الاشراف لابن المنذر ٢: ١٥٣.

وقال أبو حنيفة: ليس له إلّا أن يتصدّق بها[١]. وروي مثل قوله عن علي، وابن عباس، وجماعة من التابعين[٢]. وقال الأوزاعي: إن كان مالاً كثيراً جعله في بيت المال[٣]. وروي مثل قول مالك والشافعي، عن عمر وابن مسعود وابن عمر وعائشة[٤]. وكلّهم متفقون على أنّه إن أكلها ضمنها لصاحبها إلّا أهل الظاهر[٥]*.

واستدلّ مالك والشافعي بقوله عليه الصلاة والسلام: «فشأنك بها» ولم يفرق بين غني وفقير[٦]. ومن الحجّة لهما ما رواه البخاري والترمذي عن سويد بن غفلة قال: «لقيت أوس بن كعب، فقال: وجدت صرة فيها مائة دينار، فأتيت النبي ﷺ فقال: عرّفها حولاً، فعرّفتها فلم أجد، ثم أتيته ثلاثاً، فقال: احفظ وعاءها ووكاءها، فإن جاء صاحبها، وإلّا فاستمتع بها». وخرّج الترمذي وأبو داود «فاستنفقها»[٧]. فسبب الخلاف معارضة ظاهر لفظ حديث اللقطة لأصل الشرع، وهو أنّه لايحلّ مال امرئ مسلم إلّا عن طيب نفس منه. فمن غلّب هذا الأصل على ظاهر الحديث، وهو قوله بعد التعريف «فشأنك بها» قال لايجوز فيها تصرف إلّا بالصدقة فقط على أن يضمن إن لم يجز صاحب اللقطة الصدقة.

---

* ظاهر فقهاء الإماميّة ثبوت الضمان إن تملّكها؛ للأخبار، منها: «... خيّره إذا جاءك بعد سنة بين أجرها وبين أن تغرمها إذا كنت أكلتها». (رياض المسائل ١٢: ٤١٠، كفاية الفقه ٢: ٥٣٨، تحرير الأحكام ٤: ٤٦٣).

---

١. مختصر اختلاف العلماء ٤: ٣٣٥، مختصر القدوري: ١٣٦.

٢. الاستذكار ٢٢: ٣٣٨، الاشراف لابن المنذر ٢: ١٥٣.

٣. الاستذكار ٢٢: ٣٣٨، مختصر اختلاف العلماء ٤: ٣٣٦، فتح الملك ٨: ٣٧٣.

٤. الاستذكار ٢٢: ٣٣٩، الاشراف لابن المنذر ٢: ١٥٣.

٥. المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٧٦ ـ ٤٧٧، فتح المالك ٨: ٣٧٣، عيون المجالس ٤: ١٨٤٣، الوجيز ١: ٢٥٠، المحلّى بالآثار ٨: ٢٦٦، مختصر اختلاف العلماء ٤: ٣٣٥، الافصاح ٢: ٥٦.

٦. الاشراف لابن المنذر ٢: ١٥٣ ـ ١٥٤، الاستذكار ٢٢: ٣٣٧، فتح المالك ٨: ٣٧٣.

٧. صحيح البخاري ٣: ٢٤٩، كتاب في اللقطة، باب إذا أخبره ربُّ اللقطة بالعلامة دفع إليه، الحديث ١، سنن الترمذي ٣: ٦٥٨، كتاب الاحكام، باب ما جاء في اللقطة وضالّة الإبل والغنم، الحديث ١٣٧٤.

ومن غلّب ظاهر الحديث علىٰ هذا الأصل ورأىٰ أنّه مستثنى منه قال تحلّ له بعد العام، وهي مال من ماله، لايضمنها إن جاء صاحبها، ومن توسّط قال يتصرّف بعد العام فيها، وإن كانت عيناً علىٰ جهة الضمان.

وأمّا حكم دفع اللقطة لمن ادعاها، فاتفقوا علىٰ أنّها لاتدفع إليه إذا لم يعرف العفاص ولا الوكاء[1]*. واختلفوا إذا عرف ذلك: هل يحتاج مع ذلك إلىٰ بيّنة أم لا؟ فقال مالك: يستحقّ بالعلامة ولايحتاج إلىٰ بيّنة.

وقال أبو حنيفة والشافعي: لايستحق إلّا ببيّنة[2]**.

وسبب الخلاف معارضة الأصل في اشتراط الشهادة في صحّة الدعوىٰ؛ لظاهر الحديث. فمن غلّب الأصل قال لابد من البينة. ومن غلّب ظاهر الحديث قال لايحتاج إلىٰ بينة[3].

وإنّما اشترط الشهادة في ذلك الشافعي وأبو حنيفة؛ لأنّ قوله عليه الصلاة والسلام: «اعرف عفاصها ووكاءها فإن جاء صاحبهاوإلّا فشأنك بها» يحتمل أن يكون إنّما أمره بمعرفة

---

* ذهب علماء الإماميّة إلىٰ أنّه إذا جاء من يدّعيها ولم يصفها ـ مع فقدانه البيّنة ـ لم تُدفع إليه. وذكر البعض أنّه إذا حصل له العلم أنّها له وجب عليه دفعها له. (جواهر الكلام ٣٨: ٣٨٣، مفتاح الكرامة ١٣: ٣٨٣، تذكرة الفقهاء ٢: ٢٦٤ - ٢٦٥ حجري).

** المشهور عند فقهاء الإماميّة جواز الدفع له بالوصف إذا حصل الظنّ بصدقه. وقال ابن إدريس: الأقوىٰ أنّه إذا لم تقم البيّنة لايعطيه إيّاها، سواء غلب علىٰ ظنّه صدقة أم لا؛ واستدلّ المشهور بقول الإمام الرضا عليه السلام: «وإن جاءك طالب لاتتّهمه ردّه عليه». (مفتاح الكرامة ١٣: ٣٨٢، ٣٨٣، تذكرة الفقهاء ٢: ٢٦٤ حجري).

---

١. مختصر اختلاف العلماء ٤: ٣٤٣، المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٨٣، الاشراف لابن المنذر ٢: ١٥٥.

٢. الافصاح ٢: ٥٨، مختصر اختلاف العلماء ٤: ٣٤٣، الاستذكار ٢٢: ٣٣٩ـ ٣٤٠، الوجيز ١: ٢٥٣.

٣. الاستذكار ٢٢: ٣٣٩، ٣٤٠، المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٨٢.

العفاص والوكاء، لئلّا تختلط عنده بغيرها، ويحتمل أن يكون إنّما أمره بذلك ليدفعها لصاحبها بالعفاص والوكاء[١]، فلمّا وقع الاحتمال وجب الرجوع إلى الأصل، فإنّ الأصول لاتعارض بالاحتمالات المخالفة لها إلّا أن تصحّ الزيادة التي نذكرها بعد.

وعند مالك وأصحابه أنّ علىٰ صاحب اللقطة أن يصف مع العفاص والوكاء صفة الدنانير والعدد، وقالوا: وذلك موجود في بعض روايات الحديث ولفظه «فإن جاء صاحبها ووصف عفاصها ووكاءها وعددها فادفعها إليه» قالوا: ولكن لايضرّه الجهل بالعدد إذا عرف العفاص والوكاء، وكذلك إن زاد فيه[٢].

واختلفوا إن نقص من العدد علىٰ قولين، وكذلك اختلفوا إذا جهل الصفة وجاء بالعفاص والوكاء. وأمّا إذا غلط فيها فلا شيء له[٣]. وأمّا إذا عرف إحدىٰ العلامتين اللتين وقع النص عليهما وجهل الأخرىٰ، فقيل: إنّه لا شيء له إلّا بمعرفتهما جميعاً، وقيل يدفع إليه بعد الاستبراء، وقيل إن ادعى الجهالة استُبرئ، وإن غلط لم تدفع إليه[٤]. واختلف المذهب إذا أتىٰ بالعلامة المستحِقة هل يدفع إليه بيمين أو بغير يمين؟ فقال ابن القاسم: بغير يمين، وقال أشهب: بيمين[٥].

وأمّا ضالّة الغنم، فإنّ العلماء اتفقوا علىٰ أنّ لواجد ضالة الغنم في المكان القفر البعيد من العمران أن يأكلها؛ لقوله عليه الصلاة والسلام في الشاة: «هي لك أو لأخيك أو للذئب»[٦]،

---

١. مختصر اختلاف العلماء ٤: ٣٤٤، المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٨٢، الاستذكار ٢٢: ٣٣٩ـ ٣٤٠. والعفاص: هو الوعاء الذي تكون فيه النفقة من جلد أو خرقة أو غير ذلك، الوكاء: الخيط الذي يشدّ به الصّرة والكيس ونحوهما. أنظر: الاستذكار ٢٢: ٣٢٩، النهاية لابن الأثير، مادتي: عفص، وكا.

٢. المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٨٣، الكافي في فقه أهل المدينة: ٤٢٥، المنتقىٰ للباجي ٦: ١٣٧، النوادر والزيادات ١٠: ٤٧١ ـ ٤٧٣.

٣. المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٨٣، الكافي في فقه أهل المدينة: ٤٢٥، المنتقىٰ للباجي ٦: ١٣٧.

٤. المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٨٣ ـ ٤٨٤، النوادر والزيادات ١٠: ٤٧١ ـ ٤٧٢، المنتقىٰ للباجي ٦: ١٣٧.

٥. المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٨٢، المنتقىٰ للباجي ٦: ١٣٧، النوادر والزيادات ١٠: ٤٧٢.

٦. المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٨٠ ـ ٤٨١، الاستذكار ٢٢: ٣٤٣.

واختلفوا هل يضمن قيمتها لصاحبها أو لا؟ فقال جمهور العلماء: إنّه يضمن قيمتها[1]*. وقال مالك في أشهر الأقاويل عنه: إنّه لايضمن. وسبب الخلاف معارضة الظاهر كما قلنا للأصل المعلوم من الشريعة، إلّا أن مالكاً هنا غلّب الظاهر فجرىٰ علىٰ حكم الظاهر، ولم يجز كذلك التصرّف فيما وجب تعريفه بعد العام لقوة اللفظ ههنا. وعنه رواية أخرىٰ أنّه يضمن[2]. وكذلك كل طعام لايبقىٰ إذا خشي عليه التلف إن تركه[3]**.

وتحصيل مذهب مالك عند أصحابه في ذلك أنّها علىٰ ثلاثة أقسام: قسم يبقىٰ في يد ملتقطه ويخشىٰ عليه التلف إن تركه، كالعين والعروض. وقسم لايبقىٰ في يد ملتقطه ويخشى عليه التلف إن تُرك، كالشاة في القفر، والطعام الذي يسرع إليه الفساد. وقسم لايُخشىٰ عليه التلف[4].

---

* أجمع علماء الإماميّة علىٰ عدم الضمان إذا حفظها لمالكها أو دفعها إلىٰ الحاكم. وأمّا إذا تملّكها ففي الضمان قولان:

الأوّل: الضمان مطلقاً أو مع ظهور المالك ـ وهو الاشهر بل المشهور بينهم ـ استصحاباً للملكية السابقة، ولقوله: على اليد ما أخذت حتّىٰ تؤدي ولبعض الاخبار.

الثاني: عدم الضمان؛ استناداً إلى الرواية الصحيحة: هي لك أو لأخيك أو للذئب، فإنّ ظاهر «اللام» الاختصاص بطريق الملك. (جواهر الكلام ٣٨: ٢٣٣ ـ ٢٣٤، فقه الصادق ١٩: ٣٧٥ ـ ٣٧٦، كفاية الفقه ٢: ٥٢٦).

** لا خلاف بين علماء الإماميّة أنّه يضمن للمالك القيمة؛ للأخبار. (رياض المسائل ١٢: ٤١٢ ـ ٤١٣، مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٤٦٩، فقه الصادق ١٩: ٣٩٤ـ٣٩٥).

---

١. الاشراف لابن المنذر ٢: ١٦٠، تحفة الفقهاء ٣: ٣٥٦، الحاوي الكبير ٨: ٥ ـ ٦، الاستذكار ٢٢: ٣٤٣، الإقناع لابن القطّان ٢: ١٧٦.

٢. المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٨٠ ـ ٤٨١، الاستذكار ٢٢: ٣٤٣ ـ ٣٤٥، الكافي في فقه أهل المدينة: ٤٢٦، الافصاح ٢: ٥٦، الحاوي الكبير ٨: ٦.

٣. المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٨٠ ـ ٤٨١، المنتقىٰ للباجي ٦: ١٣٩.

٤. المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٧٩ – ٤٨٠، الكافي في فقه أهل المدينة: ٤٢٥ ـ ٤٢٦، المنتقىٰ للباجي ٦: ١٣٩.

فأما القسم الأوّل، وهو ما يبقىٰ في يد ملتقطه ويُخشى عليه التلف فإنّه ينقسم ثلاثة أقسام: أحدها: أن يكون يسيراً لا بال له ولا قدر لقيمته ويعلم أنّ صاحبه لايطلبه لتفاهته، فهذا لايعرّف عنده وهو لمن وجده[١]*.

والأصل في ذلك ما روي «من أن رسول الله ﷺ مرّ بتمرة في الطريق، فقال: لولا أن تكون من الصدقة لأكلتها»[٢] ولم يذكر فيها تعريفاً. وهذا مثل العصا والسوط، وإن كان أشهب قد استحسن تعريف ذلك.

والثاني: أن يكون يسيراً إلّا أنّ له قدراً ومنفعة، فهذا لا اختلاف في المذهب في تعريفه. واختلفوا في قدر ما يعرّف، فقيل سنة: وقيل أياماً.

وأمّا الثالث فهو أن يكون كثيراً أو له قدر، فهذا لا اختلاف في وجوب تعريفه حولاً[٣].

وأمّا القسم الثاني وهو ما لايبقىٰ بيد ملتقطه ويُخشىٰ عليه التلف، فإنّ هذا يأكله كان غنياً أو فقيراً، وهل يضمن؟ فيه روايتان كما قلنا الأشهر أنّ لاضمان. واختلفوا إن وجد ما يسرع إليه الفساد في الحاضرة، فقيل: لا ضمان عليه، وقيل عليه الضمان، وقيل بالفرق بين أن يتصدّق به فلا يضمن، أو يأكله فيضمن[٤].

---

* أجمع فقهاء الإماميّة علىٰ أنّ اللقطة ـ في غير الحرم ـ إن كانت قليلة جاز تملّكها في الحال ولايجب تعريفها، بل ذكر العلّامة الحلّي أنّه لاخلاف بين أهل العلم في إباحة أخذ القليل والانتفاع به من غير تعريف وإن اختلفوا في قدر القليل؛ واستدلّ الإماميّة ـ بعد الإجماع ـ بالأخبار، منها قول الصادق ﷺ: «... وما كان دون الدرهم فلا يُعرّف». (تذكرة الفقهاء ٢: ٢٥٦، جواهر الكلام ٣٨: ٢٧٨، مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٤٤٩).

---

١. المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٨٠، الكافي في فقه أهل المدينة: ٤٢٦، المنتقىٰ للباجي ٦: ١٣٨.

٢. صحيح البخاري ٣: ٢٥١، كتاب في اللقطة، باب إذا وجد تمرة في الطريق، الحديث ٥، صحيح مسلم ٢: ٧٥٢، كتاب الزكاة، باب تحريم الزكاة على رسول الله، الحديث ١٠٧١/١٦٥.

٣. المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٨٠، الكافي في فقه أهل المدينة: ٤٢٥ ـ ٤٢٦، المنتقىٰ للباجي ٦: ١٣٨.

٤. المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٨٠ ـ ٤٨١، الكافي في فقه أهل المدينة: ٤٢٦، المنتقىٰ للباجي ٦: ١٣٩.

وأمّا القسم الثالث فهو كالإبل، أعني: إنّ الاختيار عنده فيه الترك؛ للنص الوارد في ذلك فإن أخذها وجب تعريفها والاختيار تركها. وقيل في المذهب هو عام في جميع الأزمنة، وقيل إنّما هو زمان العدل، وإنّ الأفضل في زمان غير العدل التقاطها[١]. وأمّا ضمانها من الذي تعرّف فيه، فإنّ العلماء اتفقوا علىٰ أنّ من التقطها وأشهد على التقاطها فهلكت عنده أنّه غير ضامن[٢].

واختلفوا إذا لم يشهد، فقال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد بن الحسن: لا ضمان عليه إن لم يضيع وإن لم يشهد، وقال أبو حنيفة وزفر: يضمنها إن هلكت ولم يُشهِد[٣]*.

استدلّ مالك والشافعي بأنّ اللقطة وديعة فلا ينقلها ترك الاشهاد من الأمانة إلى الضمان. قالوا: وهي وديعة بما جاء من حديث سليمان بن بلال وغيره أنّه قال: إن جاء صاحبها وإلّا فلتكن وديعة عندك[٤]. واستدلّ أبو حنيفة وزفر بحديث مطرّف بن الشخير عن عياض بن حمار قال رسول الله ﷺ: «من التقط لقطة فليشهد ذوي عدل عليها ولايكتم ولايُعنِت، فإن جاء صاحبها فهو أحقّ بها، وإلّا فهو مال الله يؤتيه من يشاء»[٥].

---

* أجمع فقهاء الإماميّة علىٰ استحباب الاشهاد على اللقطة وليس هو واجباً عندهم، فإن لم يشهد عليها لم يكن ضامناً؛ وذلك لأصالة عدم الوجوب. (تذكرة الفقهاء ٢: ٢٥١، جواهر الكلام ٣٨: ٣٠٧).

---

١. المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٨١، الكافي في فقه أهل المدينة: ٤٢٧، المنتقىٰ للباجي ٦: ١٣٩، ١٤٢.

٢. الاستذكار ٢٢: ٣٤٢، تحفة الفقهاء ٣: ٣٥٤ ـ ٣٥٥، البيان للعمراني ٧: ٤٤٧، المبسوط للسرخسي ١١: ١٣، الافصاح ٢: ١٧٧.

٣. تحفة الفقهاء ٣: ٣٥٥، الاستذكار ٢٢: ٣٤١، فتح المالك ٨: ٣٧٥، البيان للعمراني ٧: ٤٤٧، مختصر اختلاف العلماء ٤: ٣٤٤، الافصاح ٢: ١٧٧.

٤. المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٨٤ ـ ٤٨٥، فتح المالك ٨: ٣٧٥ ـ ٣٧٦، الاستذكار ٢٢: ٣٤١، البيان للعمراني ٧: ٤٤٧.

٥. الاستذكار ٢٢: ٣٤١، المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٨٥، فتح المالك ٨: ٣٧٥، مختصر اختلاف العلماء ٤: ٣٤٤.

وتحصيل المذهب في ذلك أنّ واجد اللقطة عند مالك لايخلو التقاطه لها من ثلاثة أوجه: أحدها أن يأخذها علىٰ جهة الاغتيال لها. والثاني أن يأخذها علىٰ جهة الالتقاط. والثالث أن يأخذها لا علىٰ جهة الالتقاط ولا على جهة الاغتيال[1]، فإن أخذها علىٰ جهة الالتقاط فهي أمانة عنده عليه حفظها وتعريفها.

فإن ردّها بعد أن التقطها؛ فقال ابن القاسم: يضمن، وقال أشهب: لايضمن إذا ردّها في موضعها، فإن ردّها في غير موضعها ضمن كالوديعة، والقول قوله في تلفها دون يمين إلّا أن يتّهم[2] *. وأمّا إذا قبضها مغتالاً لها فهو ضامن لها، ولكن لايعرف هذا الوجه إلّا من قِبَله[3] **.

وأمّا الوجه الثالث فهو مثل أن يجد ثوباً فيأخذه، وهو يظنّه لقوم بين يديه ليسألهم عنه، فهذا إن لم يعرفوه ولا ادّعوه كان له أن يردّه حيث وجده، ولا ضمان عليه باتفاق عند أصحاب مالك[4].

وتتعلّق بهذا الباب مسألة، اختلف العلماء فيها، وهو العبد يستهلك اللقطة؛ فقال مالك: إنّها في رقبته أمّا أن يسلّمه سيّده فيها، وأمّا أن يفديه بقيمتها، هذا إذا كان استهلاكه قبل

---

* نصّ بعض فقهاء الإماميّة علىٰ أنّه لو أخذ اللقطة ثم ردّها إلىٰ موضعها ضمنها. (المبسوط ٣: ٣٢٠، السرائر ٢: ١٠١، تحرير الأحكام ٤: ٤٧٤).

** لا خلاف بين فقهاء الإماميّة ـ بل في الرياض الإجماع ـ أنّه إذا أخذ اللقطة بقصد الخيانة والتملّك بغير تعريف ضمنها لكون اليد عارية مستعقبة للضمان. (مسالك الأفهام ١٢: ٥٤٧، تذكرة الفقهاء ٢: ٢٥٧، رياض المسائل ١٣: ٤٣١، ٤٣٢).

---

١. المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٨٤، الكافي في فقه أهل المدينة: ٤٢٥، المنتقىٰ للباجي ٦: ١٣٥.

٢. المنتقىٰ للباجي ٦: ١٣٥، المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٨٤.

٣. المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٨٤، أنظر المنتقىٰ للباجي ٦: ١٣٥.

٤. المصدران السابقان.

الحول. فإن استهلكها بعد الحول كانت ديناً عليه ولم تكن في رقبته[١] *. وقال الشافعي: إن علم بذلك السيد فهو الضامن، وإن لم يعلم بها السيد كانت في رقبة العبد[٢].

واختلفوا هل يرجع الملتقط بما أنفق علىٰ اللقطة علىٰ صاحبها أم لا؟ فقال الجمهور: ملتقط اللقطة متطوّع بحفظها، فلايرجع بشيء من ذلك علىٰ صاحب اللقطة[٣] **. وقال الكوفيون: لايرجع بما أنفق إلّا أن تكون النفقة عن إذن الحاكم، وهذه المسألة هي من أحكام الالتقاط[٤]. وهذا القدر كاف بحسب غرضنا في هذا الباب.

---

* لا خلاف ولا إشكال عند فقهاء الإماميّة أنّه إذا التقط العبد ولم يعلم المولىٰ ثم أتلفها تعلّق الضمان بذمته فيتّبع بذلك إذا أُعتق. (جواهر الكلام ٣٨: ٣٧٨، تحرير الاحكام ٤: ٤٦٦، مسالك الأفهام ١٢: ٥٥٠).

** ذكر غير واحد من فقهاء الإماميّة أنّه يجب أن ينفق الواجد على الضالّة ـ إن لم يوجد سلطان ـ لوجوب الحفظ ولايتم إلّا به. ويرجع بالنفقة على المالك حيث يجوز له أخذها، وعليه الأكثر. وإذا لم يجز أخذها فلا رجوع بالنفقة قطعاً؛ لعدم الاذن له في الأخذ. ولاخلاف بينهم أنّه لو كان للضالّة نفع كالركوب أو اللبن جاز الانتفاع به في مقابلة الإنفاق. (رياض المسائل ١٢: ٣٩٨، مفتاح الكرامة ١٣: ٢٩١ ـ ٢٩٣).

---

١. الاستذكار ٢٢: ٣٤٦، المنتقىٰ للباجي ٦: ١٤١.

٢. الاشراف لابن المنذر ٢: ١٦١، الاستذكار ٢٢: ٣٤٦، البيان للعمراني ٧: ٤٧٠ ـ ٤٧١.

٣. فتح المالك ٨: ٣٧٩، الكافي في فقه أهل المدينة: ٤٢٧، المنتقىٰ للباجي ٦: ١٤٤، مختصر اختلاف العلماء ٤: ٣٤٩، والمنقول فيها جميعاً عن مالك عكس ذلك، أي إنّه يرجع علىٰ صاحبها.

٤. مختصر اختلاف العلماء ٤: ٣٤٩، تحفة الفقهاء ٣: ٣٥٥.

باب في اللقيط

والنظر في أحكام الالتقاط وفي الملتقط واللقيط وفي أحكامه. قال الشافعي: كل شيء ضائع لا كافل له، فالتقاطه من فروض الكفايات[1]*، وفي وجوب الإشهاد عليه خيفة الاسترقاق خلاف، والخلاف فيه مبني على الاختلاف في الإشهاد على اللقطة[2]**.

واللقيط: هو الصبي الصغير غير البالغ[3]، وإن كان مميزاً ففيه في مذهب الشافعي تردّد[4]***.

---

* ذهب أكثر فقهاء الإماميّة إلىٰ أنّ أخذ اللقيط واجب على الكفاية؛ لأنّه تعاون علىٰ البر المأمور به في الكتاب، ولأنّه دفع لضرورة المضطر. وذهب المحقق الحلّي إلىٰ استحبابه عملاً بالأصل. وذهب الشهيد الأوّل إلىٰ اختصاص الوجوب بصورة الخوف عليه من الضرر. (كفاية الفقه ٢: ٥٢٢، جواهر الكلام ٣٨: ١٧٣ ـ ١٧٤، مفتاح الكرامة ١٣: ١٨٦ ـ ١٨٧).

** أجمع فقهاء الإماميّة علىٰ عدم وجوب الإشهاد عند أخذ اللقيط؛ للأصل، ولأنّه أمانة فهو كالاستيداع. (جواهر الكلام ٣٨: ١٧٩، مفتاح الكرامة ١٣: ١٨٧).

*** أجمع فقهاء الإماميّة علىٰ أنّ اللقيط هو الصبي الضائع، الذي لا كافل له حال الالتقاط إذا لم يكن مميزاً. وأمّا المميّز فالمشهور أنّه كذلك إذا لم يبلغ حدّاً يدفع عن نفسه. وصرّح البعض بعدم الجواز لاسيما إذا بلغ حداً يحفظ نفسه عن الهلاك. (رياض المسائل ١٢: ٣٧٥ ـ ٣٧٦، جواهر الكلام ٣٨: ١٤٧ ـ ١٤٩).

---

١. الوجيز ١: ٢٥٤، عقد الجواهر الثمينة ٣: ٩٩٧: وفيهما كلّ صبيّ ضائع.

٢. الوجيز ١: ٢٥٤، الوسيط ٤: ٢٨٢، الكافي لابن قدامة ٢: ٢٠٤، البيان للعمراني ٨: ٩.

٣. البيان للعمراني ٨: ٣، الوسيط ٤: ٣٠٣، الكافي لابن قدامة ٢: ٢٠٣، تحفة الفقهاء ٣: ٣٥١.

٤. الوجيز ١: ٢٥٤، الوسيط ٤: ٣٠٣، وانظر: الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٨٣.

والملتقط: هو كلّ حرّ عدل رشيد[١] *، وليس العبد والمكاتب بملتقط[٢] **. والكافر يلتقط الكافر دون المسلم؛ لأنّه لا ولاية له عليه[٣]، ويلتقط المسلم الكافر[٤]، وينزع من يد الفاسق والمبذر[٥]، وليس من شرط الملتقط الغنىٰ[٦]، ولاتلزم نفقة الملتقَط علىٰ

---

* ذكر فقهاء الإماميّة جملة شروط في مَن يلتقط اللقيط بالتفصيل التالي:

اشترطوا في الملتقط البلوغ والعقل بلا خلاف؛ لاستلزام الصحّة الولاية والحضانة والإنفاق.

وذهب الأكثر إلىٰ عدم اشتراط العدالة؛ للأصل، ولأنّ المسلم محلّ الأمانة. واشترطها البعض؛ لأنّه لايؤمن أن يسترقّه ويأخذ ماله.

وذهب الأكثر إلىٰ اشتراط الإسلام في التقاط المحكوم بإسلامه؛ لانتفاء سبيل الكافر علىٰ المسلم، وأنّه لايؤمن أن يفتنه عن دينه.

فيما ذهب البعض إلىٰ عدم اشتراطه؛ لأصالتي الجواز وعدم الاشتراط. وأمّا المحكوم بكفره فللكافر التقاطه بلا خلاف. (رياض المسائل ١٢: ٣٧٨ ـ ٣٨١، جواهر الكلام ٣٨: ١٥٨ ـ ١٦٣، تحرير الأحكام ٤: ٤٤٧ ـ ٤٤٩).

** لا خلاف بين علماء الإماميّة في أنّ المملوك لايجوز له أن يلتقط إلّا بإذن مولاه؛ بل ادعي عليه الإجماع بينهم، ولأنّ منافعه لمولاه، وحقّه مضيّق ولايتفرّغ للحضانة. ولا فرق بين القن وغيره. (رياض المسائل ١٢: ٣٨١ ـ ٣٨٢، جواهر الكلام ٣٨: ١٥٩، ١٦٠).

---

١. الوجيز ١: ٢٥٤، الوسيط ٤: ٣٠٤، الكافي لابن قدامة ٢: ٢٠٤.

٢. الوجيز ١: ٢٥٤، عقد الجواهر الثمينة ٣: ٩٩٧، الوسيط ٤: ٣٠٤.

٣. الوجيز ١: ٢٥٤، المغني لابن قدامة ٦: ٤١٢، ٤١٦، المهذّب للشيرازي ٣: ٦٥٥.

٤. الوجيز ١: ٢٥٤، المغني لابن قدامة ٦: ٤١٣، المهذّب للشيرازي ٣: ٦٥٥.

٥. الوجيز ١: ٢٥٤، المغني لابن قدامة ٦: ٤١٣، ٤١٤، المهذّب للشيرازي ٣: ٦٥٥.

٦. الوجيز ١: ٢٥٤، المهذّب للشيرازي ٣: ٦٥٧.

من التقطه، وإن أنفق لم يرجع عليه بشيء[١]*.

وأمّا أحكامه فإنّه يحكم له بحكم الإسلام إن التقطه في دار المسلمين[٢]**، ويحكم للطفل بالإسلام بحكم أبيه عند مالك[٣]، وعند الشافعي بحكم من أسلم منهما،

---

* أجمع فقهاء الإماميّة على عدم وجوب النفقة على اللقيط من قبل الملتقط. واستدلوا ـ بعد الإجماع ـ بالأصل، والحصر في صحيحة الحلبي.

فإذا وجد الملتقط سلطاناً ينفق عليه استعان به وجوباً مع عدم مال للّقيط ولا متبرع بلا خلاف بينهم.

وإلّا استعان بالمسلمين بلا خلاف. وإن تعذّر الأمران أنفق عليه الملتقط ورجع بما أنفق إذا أيسر اللقيط إذا نوى الرجوع بلا خلاف، إلّا من ابن إدريس. بل ادّعى البعض الإجماع عليه؛ ويدلّ عليه أيضاً قول الصادق عليه السلام في صحيحة عبدالرحمن العرزمي: «المنبوذ حرّ، فإذا كبر فإن شاء توالى الذي التقطه، وإلّا فليردّ عليه النفقة وليذهب فليتوالى من شاء».

وأمّا لو أنفق تبرعاً مع إمكان الاستعانة فليس له الرجوع بالنفقة. (مفتاح الكرامة ١٣: ٢١٢، ٢٢٠، جواهر الكلام ٣٨: ١٦٥ ـ ١٧٢، جامع المقاصد ٦: ١١٤ـ١١٥).

** لا خلاف بين علماء الإماميّة أنّه يحكم بإسلام كل لقيط في دار الإسلام، إلّا أن يملكها الكفار ولم يوجد فيها مسلم واحد فيحكم بكفره. (رياض المسائل ١٢: ٣٨٤، مفتاح الكرامة ١٣: ٢٣٦، كفاية الفقه ٢: ٥٢٤).

---

١. عقد الجواهر الثمينة ٣: ٩٩٨ ـ ٩٩٩، الوجيز ١: ٢٥٤، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٨٤، فتح المالك ٨: ٣٧٨، الاشراف لابن المنذر ٢: ١٦٣ ـ ١٦٤، تحفة الفقهاء ٣: ٣٥٢.

٢. الافصاح ٢: ٥٨، عقد الجواهر الثمينة ٣: ١٠٠٠، الوجيز ١: ٢٥٦، المنتقى للباجي ٦: ٣، المغني لابن قدامة ٦: ٤٠٣.

٣. عقد الجواهر الثمينة ٣: ٩٩٩، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٨٣.

وبه قال ابن وهب من أصحاب مالك[١]*.

وقد اختلف في اللقيط فقيل: إنّه عبد لمن التقطه[٢]، وقيل: إنّه حرّ وولاؤه لمن التقطه[٣]، وقيل: إنّه حرّ وولاؤه للمسلمين، وهو مذهب مالك[٤]**، والذي تشهد له الأُصول. إلّا أن يثبت في ذلك أثر تخصص به الأصول مثل قوله عليه الصلاة والسلام: «ترث المرأة ثلاثة: لقيطها وعتيقها وولدها الذي لاعنتْ عليه»[٥].

---

* أجمعت الإماميّة علىٰ أنّ الولد يحكم بإسلامه إذا كان أبواه أو أحدهما مسلماً بالأصالة أو تجدد إسلامه حال الولادة. (مفتاح الكرامة ١٣: ٢٢٨، جامع المقاصد ٦: ١٢٠).

** لا خلاف بين فقهاء الإماميّة أنّ اللقيط في دار الإسلام حرّ لايجوز تملّكه؛ لأصالة الحرّية في الناس، وللنصوص المستفيضة، منها الخبر الصحيح: «المنبوذ حر». (رياض المسائل ١٢: ٣٨٤، تذكرة الفقهاء ٢: ٢٨١).

---

١. البيان للعمراني ٨: ٦ ـ ٧، عقد الجواهر الثمينة ٣: ٩٩٩، الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٨٣، الوجيز ١: ٢٥٥ ـ ٢٥٦.

٢. المغني لابن قدامة ٦: ٤٠٣، ٤١١، المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٧٥ ـ ٤٧٦، المحلّىٰ بالآثار ٨: ٢٧٤.

٣. المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٧٥ ـ ٤٧٦، ٤٧٨، الاشراف لابن المنذر ٢: ١٦٣.

٤. المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٧٥ ـ ٤٧٦، المغني لابن قدامة ٦: ٤٠٣، ٤١١، المنتقىٰ للباجي ٦: ٤، الوجيز ١: ٢٥٨ ـ ٢٥٩، الاشراف لابن المنذر ٢: ١٦٣.

٥. سنن أبي داود ٣: ١٢٥، كتاب الفرائض، باب ميراث ابن الملاعنة، الحديث ٢٩٠٦، سنن الترمذي ٤: ٤٢٩، كتاب الفرائض، باب ما جاء ما يرث النساء من الولاء، الحديث ٢١١٥.

كتاب الوديعة

كتاب الوديعة

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلَّى الله على سيّدنا محمّد وآله وصحبه وسلَّم تسليماً.

وجُلُّ المسائل المشهورة بين فقهاء الأمصار في هذا الكتاب هي في أحكام الوديعة، فمنها: أنّهم اتّفقوا على أنّها أمانة لا مضمونة[1]*، إلّا ما حُكي عن عمر بن الخطَّاب[2].

قال المالكيّون: والدليل على أنّها أمانة أنّ الله أمر بردّ الأمانات ولم يأمر بالإشهاد، فوجب أن يُصدَّق المستودَع في دعواه ردّ الوديعة مع يمينه إن كذَّبه المُودِع، قالوا: إلّا أن يدفعها إليه ببيّنة فإنّه لايكون القولُ قوله، قالوا: لأنّه إذا دفعها إليه ببيّنة فكأنّه ائتمنه على حفظها ولم يأتمنه على ردّها، فيُصدَّق في تلفها ولايصدّق على ردّها، هذا هو المشهور عن مالك وأصحابه[3]. وقد قيل عن ابن القاسم: إن القول قوله وإن دفعها إليه ببيّنة[4]، وبه قال

---

* أجمع فقهاء الإماميّة علىٰ أنّ الوديعة أمانة بيد المستودَع، وأنّه لايضمنها لو تلفت من غير تعدّ ولاتفريط، أو أخذت منه قهراً. (رياض المسائل ٩: ١٥٥، جواهر الكلام ٢٧: ١٠٢).

---

١. الإفصاح ٢: ١٨، المهذَّب للشيرازي ٣: ٣٨٢.

٢. الإجماع لابن المنذر: ١٧٣، المصنَّف لعبدالرزاق ٨: ١٨٢ الحديث ١٤٧٩٩.

٣. المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٥٩، ٤٦١، الإشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٢٤، المعونة ٢: ١٢٠٤ـ١٢٠٥، التفريع ٢: ٢٧٠.

٤. المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٦١ ـ ٤٦٢، المدوّنة الكبرىٰ ٦: ١٤٨.

الشافعي وأبو حنيفة[١]، وهو القياس؛ لأنّه فرَّق بين التلف ودعوىٰ الردّ، ويبعد أن تنتقض الأمانة *، وهذا في من دفع الأمانة إلى اليد التي دفعتها إليه.

وأمّا مَن دفعها إلى غير اليد التي دفعتها إليه، فعليه ما علىٰ وليّ اليتيم من الإشهاد عند مالك، وإلّا ضمن، يريد قول الله عزّ وجلّ: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ﴾[٢]. فإن أنكر القابضُ القبضَ فلايُصدَّق المستودَع في الدفع عند مالك وأصحابه إلّا ببيّنة. وقد قيل: إنّه يتخرّج من المذهب أنّه يصدَّق في ذلك، وسواء عند مالك أمر صاحب الوديعة بدفعها إلى الذي دفعها أو لم يأمر[٣].

وقال أبو حنيفة: إن كان ادّعىٰ دفعها إلى مَن أمره بدفعها فالقول قول المستودَع مع يمينه[٤]. فإن أقرّ المدفوع إليه بالوديعة ـ أعني: إذا كان غير المودِع ـ وادّعىٰ التلف فلا يخلو أن يكون المستودَع دفعها إلى أمانة ـ وهو وكيل المستودَع ـ أو إلى ذمّة، فإن كان القابضُ أميناً: فاختلف في ذلك قول ابن القاسم، فقال مرّة: يبدأ الدافع بتصديق القابض، وتكون المصيبة من الآمر الوكيل بالقبض، ومرّة قال: لايبدأ الدافع إلّا بإقامة البيّنة على الدفع، أو يأتي القابض بالمال.

وأمّا إن دفع إلى ذمّة، مثل أن يقول رجل للذي عنده الوديعة: إدفعها إليَّ سلفاً أو تسلُّفاً في سلعة، أو ما أشبه ذلك، فإن كانت الذمّة قائمة برئ الدافع في المذهب من

---

* أجمعت الإماميّة علىٰ أنّه لو ادّعىٰ الردّ إلىٰ المالك أو وكيله فالقول قوله. (جواهر الكلام ٢٧: ١٤٨، رياض المسائل ٩: ١٦٩).

---

١. حلية العلماء ٥: ١٧٥، المهذّب للشيرازي ٣: ٣٩٣، تحفة الفقهاء ٣: ١٧٣، المبسوط للسرخسي ١١: ١٢١، بدائع الصنائع ٨: ٣٦٣.

٢. سورة النساء: الآية ٦.

٣. المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٦١ ـ ٤٦٢، الإشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٢٦.

٤. المبسوط للسرخسي ١١: ١٣٠، وحكاه عبدالوهاب في الإشراف ٢: ٦٢٦.

غير خلاف، وإن كانت الذمّة خربة فقولان[1]*.

والسبب في هذا الاختلاف كلِّه: أنّ الأمانة تقوِّي دعوىٰ المدِّعي حتى يكون القول قوله مع يمينه. فمَن شبَّه أمانة الذي أمره المودِع أنْ يدفعها اليه ـ أعني: الوكيل ـ بأمانة المودَع

---

* قال صاحب الحدائق: لو ادّعىٰ المستودَع الردّ على غير المالك ووكيله بإذن المالك، ولا يخلو الحال هنا، إمّا أن يوافق المالك على دعوىٰ الإذن، أو يُنكر ذلك، فهنا مقامان:

الأول: أن يوافق المالك، ولكن المدفوع إليه يُنكر ذلك والدافع لم يُشهد عليه، وقد اختلف كلامهم في هذا المقام، ومثله ما لو أمره بقضاء دينه فقضاه عنه ولم يُشهد علىٰ الدفع مع إنكار المدفوع اليه.

والأقوال هنا ثلاثة، فقيل: يضمن الدافع في الموضعين، وقيل: لا يضمن فيهما، وقيل: بالتفصيل، فيضمن في القرض، ولا يضمن في الوديعة...

والثاني: أن ينكر المالك الإذن وحينئذٍ فالقول قوله بيمينه إذا لم يكن بيّنة، واحتمل بعض المحقّقين كون القول قول المستودع بيمينه...

بقي الكلام في أنّه متىٰ حلف المالك فلا يخلو إمّا أن يكون مَن ادّعىٰ عليه القبض مقرّاً بذلك أو مُنكراً، وعلى تقدير الأوّل إمّا أن تكون ـ أي الوديعة ـ موجودة أو تلفت، فهاهنا صور ثلاثة:

أحدها: أن يقرّ بالقبض والعين موجودة، ولا إشكال في وجوب ردّها إلى المالك...

والثانية: الصورة المذكورة مع تلف العين، والحكم عندهم أنّه يتخيَّر المالك في الرجوع على مَن شاء منهما...

والثالثة: أن ينكر القبض الذي ادّعاه المستودَع، وحينئذٍ فالقول قوله بيمينه مع عدم البيّنة فيختصّ الغرم بالمستودع. (الحدائق الناضرة ٢١: ٤٥٩ ـ ٤٦١، جواهر الكلام ٢٧: ١٤٨ ـ ١٤٩).

---

١. المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٦٢ ـ ٤٦٣.

عنده قال: يكون القول قوله في دعواه التلف، كدعوىٰ المستودَع عنده. ومَن رأىٰ أنّ تلك الأمانة أضعف قال: لا يبدأ الدافع بتصديق القابض مع دعوىٰ التلف، ومَن رأىٰ المأمور بمنزلة الآمر قال: القول قول الدافع للمأمور، كما كان القول قوله مع الآمر، وهو مذهب أبي حنيفة[١]. ومن رأىٰ أنّه أضعف منه قال: الدافع ضامن، إلّا أنْ يُحضِر القابض المالَ. وإذا أودعها بشرط الضمان: فالجمهور على أنّه لا يضمن[٢]*، وقال الغير: يضمن[٣]. وبالجملة فالفقهاء يرون بأجمعهم أنّه لا ضمان على صاحب الوديعة إلّا أن يتعدَّىٰ[٤]**، ويختلفون في أشياء هل هي تعدٍّ أم ليس بتعدّ.

فمن مسائلهم المشهورة في هذا الباب: إذا أنفق الوديعة ثم ردّ مثلها أو أخرجها لنفقته ثم ردَّها: فقال مالك: يسقط عنه الضمان بحالة مثل إذا ردَّها[٥]. وقال أبو حنيفة: إن ردَّها بعينها قبل أن ينفقها لم يضمن، وإن ردَّ مثلها ضمن[٦]. وقال عبدالملك والشافعي: يضمن في الوجهين جميعاً[٧]***. فمَن غلَّظ الأمر ضمنه إيّاها بتحريكها ونية استنفاقها[٨]،

---

* أجمعت الإماميّة علىٰ عدم الضمان. (كتاب الخلاف ٤: ١٧١، تحرير الأحكام ٣: ١٩٩).

** أجمعت الإماميّة على ذلك كما تقدم. (جواهر الكلام ٢٧: ١٠٢، رياض المسائل ٩: ١٥٥).

*** أجمعت الإماميّة على أنّ الوديعة إذا صارت مضمونة على المستودَع إمّا بنقل الوديعة أو إخراجها من الحرز أو باستعمالها أو غير ذلك من أسباب الضمان، ثم إنّه ←

---

١. المبسوط للسرخسي ١١: ١٣٠.

٢. الإفصاح ٢: ٢٢، الإشراف لابن المنذر ٢: ١٤٤، المغني لابن قدامة ٧: ٢٨١.

٣. الإشراف لابن المنذر ٢: ١٤٤، الإشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٢٦.

٤. الإفصاح ٢: ١٨، الاشراف لابن المنذر ٢: ١٣٤.

٥. المعونة ٢: ١٢٠٦، الكافي في فقه أهل المدينة: ٤٠٤.

٦. الهداية للمرغيناني ٣: ٢٤١، مختصر القدوري ١٣١، مختصر اختلاف العلماء ٤: ١٨٩.

٧. المعونة ٢: ١٢٠٦، الإشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٢٤، الأُم ٤: ١٧٣، المهذَّب للشيرازي ٣: ٣٩٢.

٨. أنظر: الأم ٤: ١٧٣، المهذَّب للشيرازي ٣: ٣٩٢.

ومَن رخَّص لم يضمنها إذا أعاد مثلها[١].

ومنها: اختلافهم في السفر بها: فقال مالك: ليس له أن يسافر بها إلّا أن تُعطىٰ له في سفر[٢]*. وقال أبو حنيفة: له أن يسافر بها إذا كان الطريق آمناً، ولم ينهه صاحبُ الوديعة[٣]. ومنها: أنّه ليس للمودَع عنده أن يُودع الوديعة غيره من غير عذر، فإن فَعَلَ ضمن[٤]**. وقال أبو حنيفة: إن أودعها عند مَن تلزمه نفقته لم يضمن، لأنّه شبهه بأهل بيته[٥]. وعند مالك له أن يستودع ما أودع عند عياله الذين يأمنهم، وهم تحت غلقه من زوج أو ولد أو أمة أو مَن أشبههم[٦].

وبالجملة: فعند الجميع أنّه يجب عليه أن يحفظها ممّا جرت به عادة الناس أن تُحفظ

← ترك الخيانة وردَّ الوديعة إلى مكانها فإنّه لايزول عنه الضمان بذلك، واستدلوا لذلك بصيرورة يد المستودَع بالتعدّي يد عدوان وأنّه لايزول إلّا بالاستئمان من المالك. (تذكرة الفقهاء ١٦: ١٦٠، جامع المقاصد ٦: ١٤، تحرير الأحكام ٣: ١٩٣).

* أجمع علماء الإماميّة علىٰ أنّه إن سافر بها لغير ضرورة مع القدرة على الردّ على صاحبها أو وكيله أو الحاكم أو الأمين فإنّه يضمن، سواء كان السفر مخوفاً أو غير مخوف. (تذكرة الفقهاء ١٦: ١٧١، جامع المقاصد ٦: ١٩، الحدائق الناضرة ٢١: ٤٣٣ ـ ٤٣٤).

** أجمعت الإماميّة على أنّه لو أودع المستودَع الوديعة عند غيره من دون عذر أو لعذر لكن من دون إذن المالك ضمن، بلا فرق بين أن يكون ذلك الغير عبده أو جاريته أو زوجته أو ولده أو أجنبياً. (تذكرة الفقهاء ١٦: ١٦٤، مسالك الأفهام ٥: ١٠٢).

---

١. أنظر: الإشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٢٤، الهداية للمرغيناني ٣: ٢٤١.

٢. الكافي في فقه أهل المدينة ٢: ٤٠٣، المعونة ٢: ١٢٠٥ ـ ١٢٠٦.

٣. الهداية للمرغيناني ٣: ٢٤٢، المبسوط للسرخسي ١١: ١٣٠ ـ ١٣١.

٤. التفريع ٢: ٢٧٠، الإشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٢٥.

٥. بدائع الصنائع ٨: ٣٥٤، مختصر القدوري: ١٣١، المبسوط للسرخسي ١١: ١١٨.

٦. المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٦٦، التفريع ٢: ٢٧١.

أموالهم[١]*، فما كان بيّناً من ذلك أنّه حفظ أتّفق عليه، وما كان غير بيِّن أنّه حفظ اختلف فيه، مثل اختلافهم في المذهب فيمن جَعَلَ وديعةً في جيبه فذهبت والأشهر أنّه يضمن[٢]. وعند ابن وهب أنَّ مَن أُودع وديعة في المسجد فجَعَلَها على نعله فذهبت أنّه لا ضمان عليه[٣]، ويُختلف في المذهب في ضمانها بالنسيان، مثل أن ينساها في موضع أو ينسىٰ مَن دفعها اليه، أو يدّعيها رجلان: فقيل يحلفان وتقسم بينهما، وقيل: إنّه يضمن لكلٍّ واحد منهما[٤]**.

---

* ذكر أكثر فقهاء الإماميّة أنّه يجب على المستودَع حفظ الوديعة بما جرت به العادة والعرف. وقال قدماؤهم: يجب عليه حفظها كما يحفظ ماله. (مفتاح الكرامة ١٣: ٨١، مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٢٧٩ ـ ٢٨٠، الحدائق الناضرة ٢١: ٤١٣ ـ ٤١٤).

** ذكر بعض علماء الإماميّة أنّه لو حصل تضييع الوديعة بسبب نسيانها فإنّه يضمن؛ لأنّه فرّط بنسيانه لقدرته علىٰ التكرار الموجب للتذكار. ولأنّ التضييع موجب للتفريط، المقتضي لكون يد المستودع يد عدوان؛ لأنّه إنّما أذن له في وضع يده للحفظ، والعدوان موجب للضمان، سواء عُدّ مقصّراً بالنسيان أم لا، فإنّ من وضع يده على مال غيره بغير حق وأتلفه نسياناً ضامن لا محالة. واحتمل هؤلاء العدم لقوله ﷺ: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان».

أمّا لو كان في يده وديعة فادّعاها اثنان واعترف لأحدهما ولايدري من هو على التعيين، فإن صدّقاه خلص منهما وتنازعا، والأقرب أنّه لايجب نقلها إلى عدل غيره.

وإن كذّباه حلف ـ مرة واحدة على المشهور ـ على نفي العلم، فإذا حلف احتمل استعمال القرعة، فمن خرج إسمه حلف، فإن نكل حلف صاحبه، فإن نكلا قسّم بينهما.

واحتمل القسمة بينهما وحينئذ لايضمن المستودع نصفها لتفويت ما استودع بجهله؛ لأنّ الجهل عذر، وإن نكل، فحلفا على علمه، ضمن القيمة، وجعلت القيمة ←

---

١. المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٦٦، المهذّب للشيرازي ٣: ٣٨٣، بدائع الصنائع ٨: ٣٥٥.

٢. المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٦٦.

٣. المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٦٦، البيان والتحصيل ١٥: ٣٠٨.

٤. المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٦٦، البيان والتحصيل ١٥: ٣٠٨ ـ ٣٠٩، ١٠: ٤٤٩ ـ ٤٥٠.

وإذا أراد السفر فله عند مالك أن يودعها عند ثقة من أهل البلد ولا ضمان عليه، قدر على دفعها إلى الحاكم أو لم يقدر[١]. واختلف في ذلك أصحاب الشافعي: فمنهم مَن يقول: إن أودعها لغير الحاكم ضمن[٢]*. وقبول الوديعة عند مالك لايجب في حال، ومن العلماء مَن يرىٰ أنّه واجب إذا لم يجد المودِعُ مَن يودعها عنده[٣]**. ولا أجر للمودَع عنده علىٰ حفظ

← والعين في أيديهما، فإن سلّم العين بحجة لأحدهما ردّ نصف القيمة إلى المودع، ولم يجب على الثاني الردّ؛ لأنّه استحقها بيمينه، ولم يعد عليه البدل.

وقال الشيخ الطوسي: لو حلفا، ففيه قولان: أحدهما القسمة بينهما، والثاني أنّه يوقف حتى يصطلحا.

ولو حلف أحدهما حكم له، ولو نكلا احتمل القسمة والقرعة، ولو كذّبهما معاً، فالقول قوله مع يمينه، ولو كذّب أحدهما وصدّق الآخر فكذلك، ويدفعها إلى من اعترف له بها مع يمينه للمكذّب.

ولو أقرّ لهما معاً، كان إقراراً لكلّ واحد منهما بالنصف، ويكون الحكم في النصف الآخر ما تقدم فيها إذا أقرّ بالجميع لغيره. (تحرير الأحكام ٣: ١٩٤، ٢٠١ ـ ٢٠٢، الحدائق الناضرة ٢١: ٤٦٦ ـ ٤٦٨، مفتاح الكرامة ١٣: ٧٠، جامع المقاصد ٦: ٣٦، ايضاح الفوائد ٢: ١١٨).

* ذهب علماء الإماميّة إلى أنّه يضمن إن دفع إلى أمين وهو يجد الحاكم؛ لأنّ أمانة الحاكم ظاهرة متفق عليها فلايعدل عنها، ولأنّ الحاكم نائب الغائبين فكان كالوكيل، ولأنّ له ولاية فهو يمسكها بالولاية والعدالة بخلاف غيره. (تذكرة الفقهاء ١٦: ١٧٠، مسالك الأفهام ٥: ١١٤، مفتاح الكرامة ١٣: ٣٧).

** أجمعت الإماميّة على جوازها، وذكر بعضهم أنّ قبولها مستحب، وأنّه لو لم يكن هناك غيره فالأقوى أنّه يجب عليه القبول. (تذكرة الفقهاء ٢: ١٩٦، الحدائق الناضرة ٢١: ٣٩٧).

---

١. الإشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٢٥، المعونة ٢: ١٢٠٥.

٢. الحاوي الكبير ٨: ٣٥٩ ـ ٣٦٠، التهذيب للبغوي ٥: ١١٨.

٣. المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٦٧.

الوديعة، وما تحتاج إليه من مسكن أو نفقة فعلىٰ ربّها[١]*.

واختلفوا من هذا الباب في فرع مشهور، وهو فيمن أُودع مالاً فتعدَّىٰ فيه واتّجر به فربح فيه، هل ذلك الربح حلال له أم لا؟ فقال مالك والليث وأبو يوسف وجماعة: إذا ردّ المالَ طاب له الربح، وإن كان غاصباً للمال فضلاً عن أن يكون مستودَعاً عنده[٢]. وقال أبو حنيفة وزفر ومحمد بن الحسن: يؤدّي الأصل ويتصدَّق بالربح[٣]. وقال قوم: لربِّ الوديعة الأصل والربح[٤]**. وقال قوم: هو مخيَّر بين الأصل والربح[٥]. وقال قوم: البيع الواقع في تلك

---

* لا خلاف بين الإماميّة في أنّه لايجب على المستودَع الإنفاق على الدابّة والآدمي المستودعين من ماله؛ لإصالة البراءة، والتضرر المنفي شرعاً. (تحرير الأحكام ٣: ٢٠٤، تذكرة الفقهاء ١٦: ١٩٠).

** المشهور بين علماء الإماميّة أنّه إذا اتجر الودعي بالوديعة بغير إذن المالك كان ضامناً، والربح بأجمعه للمالك.

وقال ابن الجنيد: «إلّا أن يكون صاحبها خيّره على أن ضمّنه إيّاها». ويبدو منه أنّ الربح حينئذ يكون للودعي؛ لأنّه في الحقيقة استدانة.

واستدلوا برواية مسمع قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: إنّي كنت استودعت رجلاً مالاً فجحدنيه، فحلف لي عليه، ثمّ أنّه جاءني بعد ذلك بسنين بالمال الذي كنت استودعته إياه، فقال: هذا مالك فخذه وهذه أربعة آلاف درهم ربحتها في مالك فهي لك مع مالك، واجعلني في حل، فأخذت المال منه، وأبيت أن آخذ الربح منه، وأوقفته المال الذي ←

---

١. المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٦٧، الكافي في فقه أهل المدينة: ٤٠٤، عقد الجواهر الثمينة ٢: ٨٥٥.

٢. النوادر والزيادات ١٠: ٤٣٨، التفريع ٢: ٢٧١، الإشراف لابن المنذر ٢: ١٣٧، الاستذكار ٢٢: ١٣٢ـ١٣٣، المبسوط للسرخسي ١١: ١٢٠.

٣. المبسوط للسرخسي ١١: ١٢٠، الاستذكار ٢٢: ١٣٢، الإشراف لابن المنذر ٢: ١٣٨.

٤. الاستذكار ٢٢: ١٣٢ ـ ١٣٣، الإشراف لابن المنذر ٢: ١٣٧.

٥. الاستذكار ٢٢: ١٣٢.

التجارة فاسد، وهؤلاء هم الذين أوجبوا التصدُّق بالربح إذا مات[١].

فمَن اعتبر التصرُّف قال: الربح للمتصرِّف. ومَن اعتبر الأصل قال: الربح لصاحب المال، ولذلك لمّا أمر عمرُ ﷺ ابنيه عبدالله وعبيدالله أن يصرفا المالَ الذي أسلفهما أبو موسى الأشعري من بيت المال، فاتّجرا فيه فربحا، قيل له: لو جعلته قراضاً، فأجاب إلى ذلك، لأنّه قد رُوي أنّه قد حصل للعامل جزء ولصاحب المال جزء، وأنّ ذلك عدل[٢].

← كنت استودعته، وأتيت حتى استطلع رأيك فماترى؟ قال: فقال: خذ نصف الربح واعطه النصف وحلّله؛ إنّ هذا رجل تائب والله يحب التوابين.

وعلّق البحراني قائلاً: لايخفىٰ ما في كلامهم على إطلاقه هنا من الإشكال؛ لأنّ هذا المتّجر في هذه الصورة غاصب بلا إشكال، ولاريب في ضمانه، إلّا أنّ الشراء متىٰ وقع في الذمّة فإنّه يكون صحيحاً شرعاً بلا إشكال، وإن كان دفع الثمن من الوديعة محرّماً؛ لأنّه تصرف في مال الغير بغير إذن منه، والربح يكون للمشتري، لصحة الشراء المذكور، ولا أعرف للحكم بكونه للمالك وجهاً والحال كما ذكرنا.

وأمّا لو وقع الشراء بالعين، فإنّه يكون باطلاً لايترتب عليه استحقاق ربح لا للمالك، ولا للبائع؛ لأنّ حلّ الربح فرع صحة العقد، بل الواجب هو ردّ كل ملك على مالكه من مبيع وثمن وربح، هذا مقتضىٰ القواعد الشرعية، والضوابط المرعية في البيع، والرواية أيضاً لاتخلو من الإشكال، إلّا أن تحمل على كون الشراء وقع في الذمة والربح حينئذ للمتّجر دون المالك، إلّا أنّه لأجل رضى المالك وطلب التحليل منه بذل له هذا المبلغ، ليرضيه بذلك فيحلّله مما فعل فكأنّه بمنزلة الصلح بينهما. (الحدائق الن ضرة ٢١: ٤٧٠ ـ ٤٧١، رياض المسائل ٩: ١٥٧ ـ ١٥٨، مختلف الشيعة ٦: ٦٤ـ٦٥).

---

١. الإشراف لابن المنذر ٢: ١٣٨ ـ ١٣٩، الاستذكار ٢٢: ١٣٢.

٢. أنظر: الاستذكار ٢٢: ١٣٣ ـ ١٣٤، السنن الكبرى للبيهقي ٦: ١١٠ ـ ١١١ كتاب القراض، الموطّأ ٢: ٦٨٧ـ٦٨٨ كتاب القراض، باب ما جاء في القراض، الحديث ١.

كتاب العارية

كتاب العارية

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلَّى الله على سيّدنا محمّد وآله وصحبه وسلَّم تسليماً.

والنظر في العارية في أركانها وأحكامها، وأركانها خمسة: الإعارة، والمُعير، والمستعير، والمُعار، والصيغة.

أمّا الإعارة: فهي فعل خير ومندوب إليه[1] *، وقد شدَّد فيها قوم من السلف الأول. روي عن عبدالله بن عبّاس وعبدالله بن مسعود أنّهما قالا في قوله تعالى: ﴿وَيَمْنَعُونَ ٱلْمَاعُونَ﴾[2] أنّه متاع البيت الذي يتعاطاه الناس بينهم من الفأس والدلو والحبل والقِدر وما أشبه ذلك[3] **.

---

* لا خلاف بين علماء الأمصار في جميع الأعصار في جواز العارية والترغيب فيها؛ لدلالة الكتاب والسنّة والاجماع. (المبسوط ٣: ٤٩، تذكرةالفقهاء ١٦: ٢٣٤).

** كما روي من طرق الإماميّة عن الرسول ﷺ أنّه قال ـ عندما سأله أصحابه عن قوله تعالى: ﴿وَيَمْنَعُونَ ٱلْمَاعُونَ﴾ ـ: هو القرض يُقرضه والمعروف يصطنعه ومتاع البيت يعيره ومنه الزكاة. (الكافي للكليني ٣: ٤٩٩ الحديث ٩).

---

١. المغني لابن قدامة ٥: ٣٥٤، عقد الجواهر الثمينة ٣: ٨٥٧، التهذيب للبغوي ٤: ٢٧٩، روضة القضاة ٢: ٥٣١.

٢. سورة الماعون: الآية ٧.

٣. المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٦٩، السنن الكبرىٰ للبيهقي ٤: ١٨٣ ـ ١٨٤ كتاب الزكاة، باب ما ورد في تفسير الماعون.

وأمّا المعير: فلايُعتبر فيه إلّا كونه مالكاً للعارية، إمّا لرقبتها، وإمّا لمنفعتها، والأظهر أنّها لاتصحّ من المستعير ـ أعني: أن يعيرها ـ[١]*.

وأمّا العارية: فتكون في الدور والأرضين والحيوان وجميع ما يُعرف بعينه، إذا كانت منفعته مباحة الاستعمال، ولذلك لاتجوز إباحة الجواري للاستمتاع ويكره للاستخدام إلّا أن تكون ذات محرم[٢]**.

وأمّا صيغة الإعارة: فهي كلّ لفظ يدلّ على الإذن[٣]***، وهي عقد جائز عند الشافعي

---

* لا خلاف بين فقهاء الإماميّة في أنّه يُشترط في المُعير كونه جائز التصرُّف؛ وذلك بأن يكون بالغاً عاقلاً غير محجور عليه، كما أنّه لا خلاف بينهم في عدم جواز إعارة المستعير للعين المعارة من دون إذن المالك. (جواهر الكلام ٢٧: ١٦٠، ١٨٢، فقه الصادق ١٩: ٣٤٦).

** إنّ ضابط صحة كون العين عاريةً عند الإماميّة كما يُستفاد من الفتوىٰ ومعقد الإجماع ونفي الخلاف والإقتصار على المتيّقن من إطلاق النصّ إلّا ما خرج بالدليل هو كلّ ما يصحّ الإنتفاع به شرعاً مع بقاء عينه منفعةً معتدّاً بها عند العقلاء ولو غير معتادة من تلك العين.

وأجمعوا على عدم جواز استعارة الجارية للاستمتاع، وأنه لا خلاف بينهم في جواز إعارة الجارية للخدمة (جواهر الكلام ٢٧: ١٦٩، تذكرة الفقهاء ١٦: ٢٤٠ ـ ٢٤٥، مسالك الأفهام ٥: ١٤٥، كفاية الفقه ١: ٧٠٦، رياض المسائل ٩: ١٨٣).

*** نصّ فقهاء الإماميّة علىٰ أنّ عقد العارية يقع بكلّ لفظ يشتمل على الإذن ←

---

١. عقد الجواهر الثمينة ٣: ٨٥٧، الوجيز ١: ٢٠٣، وانظر: مختصر القدوري: ١٣٣، المغني لابن قدامة ٥: ٣٥٩، وفي الأول: ان العارية تصح من المستعير.

٢. المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٧٤، عقد الجواهر الثمينة ٣: ٨٥٧، الوجيز ١: ٢٠٣، التهذيب للبغوي ٤: ٢٧٩ ـ ٢٨٠، تحفة الفقهاء ٣: ١٧٧، المغني لابن قدامة ٥: ٣٥٩.

٣. أنظر: عقد الجواهر الثمينة ٣: ٨٥٨.

وأبي حنيفة[١] ـ أي: للمُعير أن يستردَّ عاريته إذا شاء ـ. وقال مالك في المشهور: ليس له استرجاعها قبل الإنتفاع، وإن شرط مدَّةً ما لزمته تلك المدّة، وإن لم يشترط مدّة لزمته من المدّة ما يرىٰ الناس أنّه مدّةٌ لمثل تلك العارية[٢]*.

وسبب الخلاف ما يوجد فيها من شبه العقود اللازمة وغير اللازمة. وأمّا الأحكام فكثيرة، وأشهرها: هل هي مضمونة أو أمانة. فمنهم مَن قال: إنّها مضمونة، وإن قامت البيّنة على تلفها، وهو قول أشهب والشافعي، وأحد قولي مالك[٣]، ومنهم مَن قال نقيض هذا، وهو أنّها ليست مضمونة أصلاً، وهو قول أبي حنيفة[٤].

ومنهم مَن قال: يضمن فيما يغاب عليه إذا لم يكن على التلف بيّنة، ولايضمن فيما لايغاب عليه، ولا فيما قامت البيّنة على تلفه، وهو مذهب مالك المشهور وابن القاسم وأكثر أصحابه[٥]**.

← في الانتفاع بعنوان العارية من طرف الموجب ويدلّ علىٰ قبول ذلك من طرف القابل. (مفتاح الكرامة ١٣: ١٠٧، جواهر الكلام ٢٧: ١٥٨ ـ ١٥٩، مهذب الاحكام ١٨: ٢٣٦ـ٢٣٧).

* أجمع فقهاءُ الإماميّة على أنّ العارية عقد جائز وأنّه يجوز لكلّ من المعير والمستعير الرجوع فيها متى شاءا، وأنّه يستثنىٰ من ذلك موارد معينة. (مسالك الأفهام ٥: ١٣٤، رياض المسائل ٩: ١٧٣).

** أجمعت الإماميّة ـ إجماعاً منقولاً ومحصَّلاً ـ على أنّ العارية غير مضمونة، ←

---

١. الاشراف لابن المنذر ٢: ١٤٨، حلية العلماء ٥: ١٩٤، الهداية للمرغيناني ٣: ٢٤٦، مختصر اختلاف العلماء ٤: ١٨٧ـ١٨٨.

٢. الكافي في فقه أهل المدينة: ٤٠٨، التفريع ٢: ٢٦٨.

٣. المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٧١، المعونة ٢: ١٢٠٨ ـ ١٢٠٩، الأم ٣: ٢٧٩، الوجيز ١: ٢٠٤، البيان للعمراني ٦: ٤٥٤.

٤. مختصر القدوري: ١٣٣، الهداية للمرغيناني ٣: ٢٤٧.

٥. المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٧١، الكافي في فقه أهل المدينة: ٤٠٧، المعونة ٢: ١٢٠٨ ـ ١٢٠٩.

وسبب الخلاف: تعارض الآثار في ذلك، وذلك أنّه ورد في الحديث الثابت أنّه قال عليه الصلاة والسلام لصفوان بن أُمية: «بل عاريَّةٌ مضمونةٌ مؤدّاةٌ»[١].

وفي بعضها: «بل عاريَّةٌ مؤدّاةٌ»[٢]. وروي عنه أنّه قال: «ليس على المُستعير ضمانٌ»[٣]. فمَن رجَّح وأخَذَ بهذا أسقط الضمان عنه[٤]. ومَن أخَذَ بحديث صفوان بن أُمية ألزمه الضمان[٥]. ومَن ذهب مذهب الجمع فرَّق بين ما يغاب عليه وبين ما لايغاب عليه، فحمل هذا الضمان على ما يُغاب عليه، والحديث الآخر على ما لايغاب عليه، إلّا أنّ الحديث الذي فيه: «ليس على المستعير ضمان» غير مشهور، وحديث صفوان صحيح. ومَن لم يرَ الضمان شبَّهها بالوديعة. ومَن فرَّق قال: الوديعة مقبوضة لمنفعة الدافع، والعارية لمنفعة القابض.

واتفقوا في الإجارة على أنّها غير مضمونة ـ أعني: الشافعي وأبا حنيفة ومالكاً ـ[٦]*

← وأنّها لاتضمن إلّا بالتفريط أو التعدّي أو باشتراط الضمان أو كانت دنانير أو دراهم وإن لم يشترط الضمان. (جواهر الكلام ٢٧: ١٨٣ ـ ١٨٤، رياض المسائل ٩: ١٧٧ ـ ١٧٨).

* أجمعت الامامية ـ إجماعاً منقولاً ومحصَّلاً ـ على أنّ المستأجِر لايضمن العين المستأجرة إلّا بتعدٍّ أو تفريط. (جواهر الكلام ٢٧: ٢١٥، رياض المسائل ٩: ١٩٩).

---

١. المستدرك للحاكم ٢: ٤٧، كتاب البيوع، السنن الكبرىٰ للبيهقي ٦: ٨٩ كتاب العارية، باب العارية مضمونة. كما روي مثل ذلك من طرق الإماميّة: الكافي للكليني ٥: ٢٤٠، الحديث ١٠، وفي الثلاثة: بل عارية مضمونة.

٢. المستدرك للحاكم ٢: ٤٧، كتاب البيوع، الحديث ١٥٧، السنن الكبرىٰ للبيهقي ٦: ٨٨، كتاب العارية، باب العارية مؤدّاة، وقد روي مثله من طرق الإماميّة، أنظر: من لايحضره الفقيه ٣: ١٩٣، الحديث ٤.

٣. السنن الكبرى للبيهقي ٦: ٩١، كتاب العارية، باب مَن قال لايغرم، سنن الدارقطني ٣: ٤١، كتاب البيوع، الحديث ١٦٨، كما روي من طرق الإماميّة نظير هذا الحديث فقد روى الحلبي عن الإمام الصادق عليه السلام أنّه قال: «ليس على المستعير عارية ضمان، وصاحب العارية والوديعة مؤتمن».(تهذيب الأحكام ٧: ١٨٢ الحديث ١)

٤. المبسوط للسرخسي ١١: ١٤٥، تقويم النظر ٣: ٢٣.

٥. الأم ٣: ٢٧٩ ـ ٢٨٠، المهذّب للشيرازي ٣: ٣٩٧ ـ ٣٩٨، تقويم النظر ٣: ٢٢ ـ ٢٣.

٦. الإجماع لابن المنذر: ١٧١، الإشراف لابن المنذر ٢: ١٠٧.

ويلزم الشافعي إذا سلَّم أنّه لا ضمان عليه في الإجارة أن لايكون ضمان في العارية إن سُلِّم أنَّ سبب الضمان هو الإنتفاع، لأنّه إذا لم يضمن حيث قبض لمنفعته، إذا كانت منفعة الدافع مؤثِّرةً في إسقاط الضمان[1]*. واختلفوا إذا شرط الضمان: فقال قوم: يضمن[2]**.

وقال قوم: لا يضمن والشرط باطل[3]، ويجيء على قول مالك إذا اشترط الضمان في الموضع الذي لايجب فيه عليه الضمان أن يلزم إجارةُ المثل في استعماله العارية، لأنّ الشرط يُخرج العارية عن حكم العارية إلى باب الإجارة الفاسدة إذا كان صاحبها لم يرضَ أن يعيرها إلّا بأن يُخرجها في ضمانه، فهو عوض مجهول، فيجب أن يُردَّ إلى معلوم[4].

واختلف عن مالك والشافعي إذا غرس المستعيرُ وبنىٰ، ثمَّ انقضت المدّة التي استعار اليها، فقال مالك: المالكُ بالخيار، إن شاء أخذ المستعير بقلع غراسته وبنائه، وإن شاء أعطاه

---

* استدلّ الإماميّة لعدم ضمان العارية ـ بعد الإجماع المنقول والمحصَّل ـ بالروايات المستفيضة الواردة عن أئمتهم عليهم السلام، منها: ما رواه زرارة في الصحيح عن الإمام الصادق عليه السلام أنّه قال: «جميع ما استعرته فتوىٰ، فلايلزمك تواه، إلّا الذهب والفضة فإنّهما يلزمان إلّا أن تشترط أنّه متىٰ توىٰ لم يلزمك تواه، وكذلك جميع ما استعرت فاشترط عليك لزمك، والذهب والفضة لازم لك وإن لم يشترط عليك».

والتَّوىٰ: هلاكُ المال. (جواهر الكلام ٢٧: ١٨٤، رياض المسائل ٩: ١٧٨، الصحاح ٦: ٢٢٩٠).

** أجمع فقهاءُ الإماميّة على أنّه إذا اشترط المعيرُ على المستعير ضمان العين المستعارة فإنّه يضمنها عند التلف واستدلوا بالنصوص كما تقدمت الإشارة إليه. (جامع المقاصد ٦: ٧٨، جواهر الكلام ٢٧: ١٨٣).

---

١. المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٧٠ ـ ٤٧٢، تقويم النظر ٣: ٢٤.

٢. المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٧٣، حلية العلماء ٥: ١٩٢.

٣. المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٧٢ ـ ٤٧٣، المغني لابن قدامة ٥: ٣٥٦، روضة القضاة ٢: ٥٣٣.

٤. المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٧٣، البيان والتحصيل ١٥: ٣٣٤.

قيمته مقلوعاً إذا كان ممّا له قيمة بعد القلع، وسواء عند مالك انقضت المدة المحدودة بالشرط أو بالعرف أو العادة[١]. وقال الشافعي: إذا لم يشترط عليه القلع فليس له مطالبته بالقلع، بل يُخيّر المعيرُ بأن يبقيه بأجر يُعطاه، أو يُنقض بأرش، أو يُتملّك ببدل، فأيّها أراد المُعيرُ أجبر عليه المستعير، فإن أبىٰ كُلِّف تفريغ الملك. وفي جواز بيعته للنقض عنده خلاف، لأنّه مُعرَّض للنقض[٢]*.

فرأىٰ الشافعي أنَّ أخذه المستعير بالقلع دون أرش هو ظلم. ورأى مالك أنّ عليه إخلاء المحل، وأنّ العرف في ذلك يتنزَّل منزلة الشروط[٣]. وعند مالك أنّه إن استعمل العارية استعمالاً ينقصها عن الاستعمال المأذون فيه ضمن ما نقصها بالاستعمال[٤]**.

---

* المشهور بين فقهاء الإماميّة أنّه لو أعار المالك أرضاً للبناء أو الغرس فإنّ له الرجوع، وخالف ابن الجنيد فحكم بلزومها من طرف المُعير حتى تنقضي المدة.

وأمّا لو أذن له في البناء أو الغرس أو الزرع ثم طلب إزالته بعد ذلك فظاهر فقهاء الإماميّة أنّ له ذلك من حيث جواز الرجوع متى شاء، ولكن عليه الأرش من حيث الإذن.

وخالف الشيخ الطوسي وابن ادريس في الزرع. فذهبا إلى أنّه ليس له المطالبة قبل إدراك الزرع وإن دفع الأرش، لأنّ له وقتاً ينتهي إليه. (الحدائق الناضرة ٢١: ٤٩٧ ـ ٤٩٨، جواهر الكلام ٢٧: ١٧٤ ـ ١٧٥).

** الذي عليه فقهاء الإماميّة أنّ المستعير لايضمن التلف ولا النقصان ـ لو اتفق احدهما ـ بالانتفاع المأذون فيه. (رياض المسائل ٩: ١٧٧ ـ ١٧٨، تحرير الأحكام ٣: ٢١٧، مفتاح الكرامة ١٣: ١٥٤).

---

١. التفريع ٢: ٢٦٨، عيون المجالس ٤: ١٧٢٣ ـ ١٧٢٤، الكافي في فقه أهل المدينة: ٤٠٨ ـ ٤٠٩.

٢. الوسيط ٣: ٣٧٣ ـ ٣٧٤، التهذيب للبغوي ٤: ٢٨٢ ـ ٢٨٣.

٣. الإشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٢٣، وانظر التفريع ٢: ٢٦٨.

٤. المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٧٤، عقد الجواهر الثمينة ٣: ٨٥٩.

واختلفوا من هذا الباب في الرجل يسأله جاره أن يُعيره جداره ليغرز فيه خشبة لمنفعته ولا تضرُّ صاحب الجدار، وبالجملة في كلّ ما ينتفع به المستعيرُ ولا ضرر على المعير فيه، فقال مالك وأبو حنيفة: لايُقضىٰ عليه به إذ العارية لايُقضىٰ بها[1]*.

وقال الشافعي وأحمد وأبو ثور وداود وجماعة من أهل الحديث: يُقضىٰ بذلك[2]. وحجّتهم: ما خرّجه مالك عن ابن شهاب عن الأعرج عن أبي هريرة أنّ رسول الله ﷺ قال: «لايمنع أحدكم جاره أن يغرز خشبةً في جداره»، ثم يقول أبو هريرة: ما لي أراكم عنها معرضين، والله لأرمينَّ بها بين أكتافكم[3 و4].

واحتّجوا أيضاً بما رواه مالك عن عمر بن الخطّاب أنّ الضحاك بن قيس ساق خليجاً له من العريض، فأراد أن يمرَّ به في أرض محمد بن مسلمة[5]، فأبىٰ محمد، فقال الضحاك: أنت

---

* أجمع فقهاءُ الإماميّة على أنّه لايجوز لأحد وضع خشبةٍ أو جذعٍ على جدارٍ مختصّ برجل آخر إلّا بإذنه، لقوله ﷺ: «لايحل مال امرء مسلم إلّا بطيب نفس منه»، ولأنّ العقل قاضٍ بقبح التصرُّف في مال الغير إلّا بإذنه. (كتاب الخلاف ٣: ٢٩٧، تذكرة الفقهاء ١٦: ٥٩، مسالك الأفهام ٤: ٢٨٤).

---

١. المنتقىٰ للباجي ٦: ٤٣، الاستذكار ٢٢: ٢٢٥ ـ ٢٢٦، الموطّأ برواية الشيباني: ٢٨٤، المحلّىٰ بالآثار ٨: ٢٤٢، المغني لابن قدامة ٥: ٣٧ ـ ٣٨.

٢. المهذّب للشيرازي ٣: ٢٩٤ ـ ٢٩٥، الوسيط ٤: ٥٦ ـ ٥٧، الوجيز: ١٧٩، الاستذكار ٢٢: ٢٢٦، المحلّىٰ بالآثار ٨: ٢٤٢، المغنى لابن قدامة ٥: ٣٧ ـ ٣٨، وفي الثلاثة الأول: ان القول بوجوب الإجابة هو قول الشافعي القديم، وانه ذهب في الجديد إلى عدم وجوب الإجابة وانه لايجب إلّا بإذن المالك.

٣. الموطّأ ٢: ٧٤٥، كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق، الحديث ٣٢، صحيح مسلم ٣: ١٢٣٠، كتاب المساقاة، باب غرز الخشبة في جدار الجار، الحديث ١٦٠٩/١٣٦.

٤. الاستذكار ٢٢: ٢٢٤، المهذّب للشيرازي ٣: ٢٩٤، الوسيط ٤: ٥٦، المحلّىٰ بالآثار ٨: ٢٤٢، المغني لابن قدامة ٥: ٣٧.

٥. محمد بن مسلمة الأنصاري، الأوسي، الحارثي، أبو عبدالله، من أكابر الصحابة، شهد بدراً والمشاهد كلها. مات سنة ٧٧هـ. (الخلاصة ٢: ٤٥٧ (٦٦٥٨)، تقريب التهذيب ٢: ٢٠٨، الثقات ٣: ٣٦٢)

تمنعني وهو لك منفعة، تسقي منه أوّلاً وآخراً ولايضرّك؟ فأبىٰ محمد، فكلَّم فيه الضحاك عمر بن الخطّاب، فدعا عمرُ محمدَ بن مسلمة، فأمره أن يُخلِّي سبيله، قال محمد: لا، فقال عمر: لاتمنع أخاك ما ينفعه ولايضرّك، فقال محمد: لا، فقال عمر: والله ليمرنَّ به ولو على بطنك، فأمره عمر أن يمرَّ به، ففعل الضحاك[١و٢].

وكذلك حديث عمرو بن يحيىٰ المازني[٣] عن أبيه أنّه قال: كان في حائط جدّي ربيع لعبدالرحمن بن عوف، فأراد أن يحوِّله إلى ناحية من الحائط، فمنعه صاحبُ الحائط، فكلَّم عمر بن الخطاب، فقضىٰ لعبدالرحمن بن عوف بتحويله[٤و٥]. وقد عذل الشافعي مالكاً لإدخاله هذه الأحاديث في موطئه، وتركه الأخذ بها[٦].

وعمدةُ مالك وأبي حنيفة: قوله عليه الصلاة والسلام: «لايحلّ مالُ امرئ مسلم إلّا عن طيب نفس منه»[٧و٨]. وعند الغير أنّ عموم هذا مخصَّص بهذه الأحاديث، وبخاصة حديث أبي هريرة[٩]. وعند مالك أنّها محمولة على الندب، وأنّه إذا أمكن أن تكون مختصة وأن تكون على الندب فحملُها على الندب أولىٰ، لأنّ بناء العام على الخاص إنّما يجب إذا

---

١. الموطّأ ٢: ٧٤٦، كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق، الحديث ٣٣.

٢. أنظر: الاستذكار ٢٢: ٢٢٧.

٣. عمرو بن يحيىٰ بن عمارة بن أبي حسن المازني المدني، سبط عبدالله بن زيد بن عاصم. وثقه أبو حاتم والنسائي. (الخلاصة ٢: ٢٩٩ (٥٤١١)، تقريب التهذيب ٢: ٨١)

٤. الموطّأ ٢: ٧٤٦، كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق، الحديث ٣٤، السنن الكبرىٰ للبيهقي ٦: ١٥٧ كتاب احياء الموات، باب من قضىٰ فيها بين الناس بما فيه صلاحهم.

٥. الاستذكار ٢٢: ٢٣١، المهذّب للشيرازي ٣: ٢٩٤، الوسيط ٤: ٥٧، المحلّىٰ بالآثار ٨: ٢٤٢، المغني لابن قدامة ٥: ٣٧.

٦. الاستذكار ٢٢: ٢٢٩ ـ ٢٣٠.

٧. السنن الكبرىٰ للبيهقي ٦: ١٠٠، كتاب الغصب، باب مَن غصب لوحاً فأدخله في سفينة أو بنىٰ عليه جداراً، سنن الدارقطني ٣: ٢٦، كتاب البيوع، الحديث ٩٢ و٩٣.

٨. الاستذكار ٢٢: ٢٢٥ ـ ٢٢٦، فتح المالك ٨: ٣٣٥.

٩. الاستذكار ٢٢: ٢٢٧.

لم يكن بينهما جمعٌ ووقع التعارض[١].

وروىٰ أصبغ عن ابن القاسم: أنّه لايؤخذ بقضاء عمر على محمد بن مسلمة في الخليج، ويؤخذ بقضائه لعبدالرحمن بن عوف في تحويل الربيع؛ وذلك أنّه رأىٰ أنّ تحويل الربيع أيسر من أن يُمرَّ عليه بطريق لم يكن قبل[٢]. وهذا القدر كافٍ بحسب غرضنا.

١. الاستذكار ٢٢: ٢٢٥ ـ ٢٢٦، المنتقىٰ للباجي ٦: ٤٣.

٢. الاستذكار ٢٢: ٢٣٣.

كتاب الغصب

كتاب الغصب

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلَّى الله على سيّدنا محمّد وآله وصحبه وسلَّم تسليماً.

وفيه بابان:

الأول: في الضمان[1]، وفيه ثلاثة أركان: الأول: الموجب للضمان. والثاني: ما فيه الضمان. والثالث: الواجب.

وأمّا الباب الثاني: فهو في الطوارئ على المغصوب.

الباب الأول: في الضمان

الركن الأول

وأمّا الموجب للضمان: فهو إمّا المباشرة لأخذ المال المغصوب أو لإتلافه، وإمّا المباشرة للسبب المتلف، وإمّا إثبات اليد عليه. واختلفوا في السبب الذي يحصل بمباشرته الضمان إذا تناول التلف بواسطة سبب آخر، هل يحصل به ضمان أم لا. وذلك مثل أن يفتح قفصاً فيه

---

١. المراد بالضمان هنا هو الضمان الحاصل نتيجة الغصب أو الاتلاف.

طائر فيطير بعد الفتح، فقال مالك: يضمنه، هاجه على الطيران أو لم يهجه[١]*.

وقال أبو حنيفة: لايضمن على حال[٢]. وفرَّق الشافعي بين أن يهيجه على الطيران أو لايهيجه فقال: يضمن إن هاجه، ولايضمن إن لم يهجه[٣]. ومن هذا: من حفر بئراً فسقط فيه شيء فهلك، فمالك والشافعي يقولان: إن حفره بحيث يكون حفره تعدّياً ضمن ما تلف فيه، وإلّا لم يضمن[٤]**. ويجيء على أصل أبي حنيفة أنه لايضمن في مسألة الطائر[٥]. وهل يُشترط في المباشرة العمد أو لايشترط؟ فالأشهر أنّ الأموال تضمن عمداً وخطأً[٦]***، وإن كانوا اختلفوا في مسائل جزئية من هذا الباب. وهل يشترط فيه أن يكون مختاراً؟

---

* أجمع فقهاء الإماميّة على أنّه لو فتح رجل قفصاً عن طائر فطار فإنّه ضامن له سواء كان هاجه فطار، أو لم يهجه لكنّه طار في الحال أو بعد مكث. (تذكرة الفقهاء ٢: ٣٧٥ (حجري)، جواهر الكلام ٣٧: ٦٦، المبسوط ٣: ٨٩).

** لا خلاف بين فقهاء الإماميّة في أنّه من حفر بئراً في محل عدوان فتردّىٰ فيها إنسان مع الجهل، أو حيوان فهو ضامن له بل ادّعىٰ في الغنية الإجماع عليه. (تذكرة الفقهاء ٢: ٣٧٤ (حجري)، مفتاح الكرامة ٢١: ٤٤).

*** الظاهر أنّه لا خلاف بين فقهاء الإماميّة في كون مباشرة الإتلاف موجبة للضمان مطلقاً، سواء كان عمداً أو خطأ، عالماً أو جاهلاً. وسواء كان الشيء المتلف عيناً أو منفعة. (مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٤٩٥ ـ ٤٩٦، جواهر الكلام ٣٧: ٤٦).

---

١. المعونة ٢: ١٢٢١، الإشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٣٠.

٢. بدائع الصنائع ١٠: ٧٣، الإشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٣٠.

٣. الحاوي الكبير ٧: ٢٠٨ ـ ٢٠٩، العزيز شرح الوجيز ٥: ٤٠١ ـ ٤٠٢.

٤. المدوّنة الكبرىٰ ٦: ٤٤٥، المهذّب للشيرازي ٥: ٨٧، ٨٨.

٥. الهداية للمرغيناني ٤: ٥٣٨، المبسوط للسرخسي ١١: ٨٠، تحفة الفقهاء ٣: ١٠٤، وفيهما تضمين حافر البئر مع التعدي.

٦. الإقناع لابن القطّان ٢: ١٦٤، وانظر: الاستذكار ٢٥: ٣٢.

فالمعلوم عن الشافعي أنّه يشترط أن يكون مختاراً، ولذلك رأىٰ على المكرِه الضمان، أعني: المكرِه على الإتلاف[١]*.

الركن الثاني

وأمّا ما يجب فيه الضمان: فهو كلّ مال أُتلفت عينه أو تلفت عند الغاصب عينُه بأمر من السماء أو سُلِّطت اليد عليه وتُملِّك، وذلك فيما يُنقل ويُحوَّل باتفاق[٢]**.

واختلفوا فيما لاينقل ولايحوَّل مثل العقار: فقال الجمهور: إنّها تضمن بالغصب ـ أعني: أنّها إن انهدمت الدار ضمن قيمتها ـ[٣]***. وقال أبو حنيفة: لايضمن[٤].

---

* لا خلاف بين فقهاء الإماميّة في أنّه لو أكره رجلٌ آخر على إتلاف مال إنسان فإنّ الضمان على المُكرِه. (تذكرة الفقهاء ٢: ٣٧٤ (حجري)، جواهر الكلام ٣٧: ٥٧).

** أجمع الإماميّة على تحقق الغصب في المنقول بالنقل ويضمنه الغاصب، وهل يتحقّق باثبات اليد من غير نقل؟ فيه خلاف. (تذكرة الفقهاء ٢: ٣٧٦، ٣٧٧، مسالك الأفهام ١٢: ١٥٠، ١٥١، رياض المسائل ١٢: ٢٥٦).

*** أجمع فقهاء الإماميّة على أنّه يُتصوَّر الغصب في العقار ويكون غاصبه ضامناً له بغصبه.

وقد استدلّ له بأنّ المعتبر في الغصب هو إثبات اليد أو الاستقلال وهو ممكن في العقار، ولأنّه يضمن في البيع فيجب ضمانه في الغصب.

مضافاً إلىٰ ماورد من الأخبار، منها: قول النبي ﷺ: «من خان جاره شبراً من ←

---

١. الوسيط ٣: ٣٨٣، الوجيز ١: ٢٠٦.

٢. الاشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٢٧، الوجيز ١: ٢٠٦، الهداية للمرغيناني ٤: ٣٣٦، المغني لابن قدامة ٥: ٣٧٩.

٣. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٣٥٦، الوجيز ١: ٢٠٦، ٢٠٧، الافصاح ٢: ٢٥، المغني لابن قدامة ٥: ٣٧٨.

٤. المبسوط للسرخسي ١١: ٧٩، مختصر اختلاف العلماء ٤: ١٧٦.

وسبب اختلافهم: هل كون يد الغاصب على العقار مثل كون يده على ما ينقل ويُحوَّل؟ فمَن جعل حكم ذلك واحداً قال بالضمان، ومَن لم يجعل حكم ذلك واحداً قال: لا ضمان[١].

الركن الثالث وهو الواجب في الغصب

والواجب على الغاصب إن كان المال قائماً عنده بعينه لم تدخله زيادة ولا نقصان أن يردّه بعينه، وهذا مما لا خلاف فيه[٢]*، فإذا ذهبت عينُه فإنّهم اتّفقوا على أنّه إذا كان مكيلاً أو موزوناً أنّ على الغاصب المثل ـ أعني: مثل ما استُهلك صفة ووزناً ـ[٣].

واختلفوا في العُروض، فقال مالك: لايُقضىٰ في العُروض من الحيوان وغيره إلّا بالقيمة يوم استُهلك[٤]. وقال الشافعي وأبو حنيفة وداود: الواجب في ذلك مثلٌ، ولاتلزم القيمةُ إلّا عند عدم المثل[٥]**. وعمدةُ مالك: حديث أبي هريرة المشهور عن النبي ﷺ: «مَن أعتق

← الأرض جعله الله تعالى طوقاً في عنقه من تخوم الأرض السابعة، حتى يلقىٰ الله عز وجل يوم القيامة مطوقاً إلّا أن يتوب ويرجع». (تذكرة الفقهاء ٢: ٣٧٧ (حجري)، رياض المسائل ١٢: ٢٥٦ ـ ٢٥٧، مسالك الأفهام ١٢: ١٥١).

* أجمعت الإماميّة على أنّه يجب رد المغصوب ما دام باقياً ولو تعسر، كما ورد: «كلّ مغصوب مردود». (تذكرة الفقهاء ٢: ٣٨٢، ٣٨٣ (حجري)، جواهر الكلام ٣٧: ٧٥، مسالك الأفهام ١٢: ١٧٥).

** أجمع فقهاء الإماميّة علىٰ أنّه إن تلف المغصوب ضمنه الغاصب بمثله إن كان ←

---

١. المغني لابن قدامة ٥: ٣٧٨ ـ ٣٧٩، المبسوط للسرخسي ١١: ٧٩ ـ ٨١.

٢. مراتب الإجماع: ٥٩، الإفصاح ٢: ٢٣.

٣. المصدران السابقان.

٤. النوادر والزيادات ١٠: ٣٣٠، المعونة ٢: ١٢١٢ ـ ١٢١٣، الاستذكار ٢٣: ١٢٩.

٥. التهذيب للبغوي ٤: ٢٩٣، المهذّب للشيرازي ٣: ٤١٤، الاستذكار ٢٣: ١٢٩، الهداية للمرغيناني ٤: ٣٣٥، مختصر القدوري: ١٢٩، بدائع الصنائع ١٠: ٧٨، المحلّىٰ بالآثار ٨: ١٤٠.

← مثلياً، لظاهر قوله تعالى: ﴿فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ ما اعْتَدىٰ عَلَيْكُمْ﴾، وأنّ المثل يعرف مشاهدة، والقيمة يُرجَع فيها إلى الإجتهاد، وأنّ المثل أقرب إلى التالف.

وأجمعوا على أنّه إن تعذّر المثل ضمن قيمته؛ لنفي الضرر، وقبح التكليف بما لا يطاق، والإضرار بتأخير الحق، وجمعاً بين الحقين.

ولا خلاف بينهم أنّه يضمن القيمة ـ عند تعذُّر المثل ـ حين الإقباض لا يوم الإعواز؛ لأنّ الواجب في الذمة هو المثل وإنّما ينتقل إلى القيمة عند إرادة التسليم وتعذُّر المثل.

ولا خلاف ـ معتدّاً به ـ بينهم في أنّ ماكان قيميّاً كالحيوان ونحوه فإنّه يضمن بقيمته؛ لظهور الأخبار التي تدلّ على ضمان الحيوان ـ من عبد وغيره ـ بكون اللازم فيه القيمة.

إلّا أنّهم اختلفوا في تعيين زمان القيمة علىٰ أربعة أقوال:

الأول: ضمان أعلى القيم من حين القبض إلى حين التلف، ونسبه في المختلف إلى الأشهر بل إلى علمائهم.

ووجهه: أنّ المغصوب مضمون في جميع حالاته التي من جملتها حالة أعلى القيم ولو تلف فيها لزم ضمانه فكذا بعده، ولأنّه يناسب التغليظ على الغاصب.

والثاني: ضمان القيمة يوم التلف، ونسبه في الدروس إلى الأكثر.

ووجهه: أنّ العين ما دامت موجودة لا حق لمالكها في القيمة، زادت أم نقصت، ولهذا لم يحكم عليه بضمان زيادة القيمة السوقية إذا نقصت حين الردّ، وإنّما ينتقل حقه إلى القيمة عند تلفها، فتعتبر قيمتها في تلك الحال، لأنّه أول وقت وجوبها.

والثالث: ضمان القيمة يوم الغصب ونسبه الفاضل إلى الأكثر، ووجهه: أنّه أوّل وقت دخول العين في ضمان الغاصب، والضمان إنّما هو لقيمته فيقضىٰ به حالة ابتدائه.

والرابع: ضمان الأعلىٰ من حين الغصب إلى حين ردّ القيمة، ونُسب إلى الفاضل في أحد قوليه. وهو مبني ـ كما قيل ـ علىٰ أنّ القيمي يضمن بمثله كالمثلي، وإنّما ينتقل ←

شقصاً له في عبدٍ قُوِّم عليه الباقي قيمة العدل» الحديث[١]. ووجه الدليل منه: أنّه لم يلزمه المثل وألزمه القيمة[٢].

وعمدة الطائفة الثانية: قوله تعالى: ﴿فَجَزَآءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ﴾[٣و٤]. ولأنّ منفعة الشيء قد تكون هي المقصودة عند المتعدَّىٰ عليه.

ومن الحجة له ما خرَّجه أبو داود من حديث أنس وغيره: «أنّ رسول ﷺ كان عند بعض نسائه، فأرسلت إحدىٰ أُمهات المؤمنين جاريةً بقصعة لها فيها طعام، قال: فضربت بيدها فكسرت القصعة، فأخذ النبي ﷺ الكسرتين فضمَّ إحداهما إلى الأخرىٰ وجعل فيها جميع الطعام ويقول: غارت أمّكم، كُلُوا كُلُوا، حتى جاءت قصعتها التي في بيتها، وحبس رسول الله ﷺ القصعة حتى فرغوا، فدفع الصحفة الصحيحة إلى الرسول، وحبس المكسورة في بيته»[٥].

وفي حديث آخر: «أنّ عائشة كانت هي التي غارت وكسرت الإناء، وأنّها قالت

← إلى القيمة عند دفعها لتعذر المثل، فيجب أعلى القيم إلى حين دفع القيمة.

هذا وإنّ محلّ الخلاف في ذلك ـ كما صرّح به جماعة من غير نقل خلاف ـ إنّما هو ما إذا كان نقصان القيمة مستنداً إلى السوق.

وأمّا إذا استند إلى حدوث نقص في العين ثمّ تلفت فإنّ الأعلى مضمون إجماعاً.

(مسالك الأفهام ١٢: ١٨٥ ـ ١٨٧، جواهر الكلام ٣٧: ١٠٠ ـ ١٠٧، رياض المسائل ١٢: ٢٦٩ ـ ٢٧٦، مفتاح الكرامة ١٤: ٨٣ ـ ٨٦، جامع المقاصد ٦: ٢٤٥).

---

١. الموطّأ ٢: ٧٧٢ كتاب العتق والولاء، باب من أعتق شركاً له في مملوك، الحديث ١.

٢. النوادر والزيادات ١٠: ٣٣٠، الإشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٢٧، الاستذكار ٢٣: ١٢٩.

٣. سورة المائدة: الآية ٩٥.

٤. أحكام القرآن للكيا الهراسي ٣: ١٠٩ ـ ١١٠، أحكام القرآن لابن العربي ٢: ٦٧٠.

٥. سنن أبي داود ٣: ٢٩٧، كتاب البيوع، باب مَن أفسد شيئاً يغرم مثله، الحديث ٣٥٦٧، صحيح البخاري ٣: ٢٧٣ ـ ٢٧٤، باب المظالم والغصب، باب إذا كسر قصعة أو شيئاً لغيره، الحديث ٥٤.

لرسول الله ﷺ: ما كفارة ما صنعتُ؟ قال: إناءٌ مثلُ إناء، وطعامٌ مثلُ طعام»[١ و٢].

الباب الثاني في الطوارئ

والطوارئ على المغصوب إمّا بزيادة وإمّا بنقصان، وهذان إمّا من قِبل المخلوق، وإمّا من قبل الخالق.

فأمّا النقصان الذي يكون بأمر من السماء: فإنّه ليس له إلّا أن يأخذه ناقصاً، أو يضمِّنه قيمته يوم الغصب. وقيل: إنَّ له أن يأخذه ويضمِّن الغاصب قيمة العيب[٣*].

وأمّا إن كان النقص بجناية الغاصب: فالمغصوب مخيّر في المذهب بين أن يضمّنه القيمة يوم الغصب، أو يأخذه وما نقصته الجناية يوم الجناية عند ابن القاسم، وعند سحنون ما نقصته الجناية يوم الغصب. وذهب أشهب إلى أنّه مخيَّر بين أن يضمِّنه القيمة، أو يأخذه ناقصاً، ولا شيء له في الجناية، كالذي يُصاب بأمر من السماء، وإليه ذهب ابن المواز[٤**].

---

* أجمع فقهاء الإماميّة على أنّه لو عاب المغصوبُ ولم تذهب عينه ضمن أرشه، سواء كان النقص من قبل الغاصب أو من قبل غيره أو من قبل الله تعالى؛ لأنّ الأرش هو عوض الأجزاء والأوصاف الناقصة، حيث أنّ كليهما مضمون. (الروضة البهية ٣: ١٠٢، جواهر الكلام ٣٧: ٨٢ ـ ٨٣، مسالك الأفهام ١٢: ١٨٠، تحرير الأحكام ٤: ٢٢٩).

** يعلم رأي الإماميّة من الفرع السابق.

---

١. سنن أبي داود ٣: ٢٩٧ ـ ٢٩٨، كتاب البيوع، باب مَن أفسد شيئاً يغرم مثله، الحديث ٣٥٦٨، الاستذكار ٢٣: ١٢٩ ـ ١٣٠.

٢. الاستذكار ٢٣: ١٣٠، المحلّى بالآثار ٨: ١٤١.

٣. المدوّنة الكبرى ٥: ٣٤٤، ٣٥٤، المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٩١.

٤. المدوّنة الكبرى ٥: ٣٥٤، المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٩١ ـ ٤٩٢، المعونة ٢: ١٢١٦ ـ ١٢١٧.

والسبب في هذا الاختلاف: أنَّ مَن جعل المغصوب مضموناً على الغاصب بالقيمة يوم الغصب، جعل ما حدث فيه من نماء أو نقصان كأنّه حدث في ملك صحيح، فأوجب له الغلَّة، ولم يُوجب عليه في النقصان شيئاً، سواء كان من سببه أو من عند الله، وهو قياس قول أبي حنيفة[١].

وبالجملة فقياس قول مَن يضمِّنه قيمته يوم الغصب فقط، ومَن جعل المغصوب مضموناً على الغاصب بقيمته في كلّ أوان كانت يده عليه أخذه بأرفع القيم، وأوجب عليه ردَّ الغلَّة وضمان النقصان، سواء كان مِن فعله أو من عند الله، وهو قول الشافعي أو قياس قوله[٢].

ومَن فرَّق بين الجناية التي تكون من الغاصب، وبين الجناية التي تكون بأمر من السماء ـ وهو مشهور مذهب مالك وابن القاسم ـ فعمدته قياس الشَّبَه؛ لأنّه رأىٰ أنّ جناية الغاصب على الشيء الذي غصبه هو غصب ثانٍ متكرِّر منه، كما لو جنىٰ عليه وهو في ملك صاحبه، فهذا هو نكتة الاختلاف في هذا الباب فقف عليه.

وأمّا إن كانت الجناية عند الغاصب من غير فعل الغاصب: فالمغصوب مخيَّر بين أن يضمِّن الغاصب القيمة يوم الغصب ويتبع الغاصب الجاني، وبين أن يترك الغاصبَ ويتبع الجاني بحكم الجنايات[٣]*، فهذا حكم الجنايات على العين في يد الغاصب. وأمّا الجناية على العين من غير أن يغصبها غاصب**: فإنّها تنقسم عند مالك إلى قسمين:

---

* يُعلم رأي الإماميّة من الفرع قبل السابق.

** نصّ فقهاء الإماميّة علىٰ أنّ الضمان يحصل بالإتلاف وإن لم يكن هناك غصب. فالواجب له غير منحصر فيه، فإنّ الاتلاف أيضاً موجب، فإنّه بمجرده يوجب اشتغال الذمة بالضمان والغصب بمجرده لايوجبه، بل يوجب دخول المغصوب في ←

---

١. أنظر: بدائع الصنائع ١٠: ٣٩، ٤٨، ٥٨ ـ ٥٩، المبسوط للسرخسي ١١: ٥٦، ٧٧.

٢. الوجيز ١: ٢٠٩ ـ ٢١٢، المهذّب للشيرازي ٣: ٤١٧، ٤٢١، حلية العلماء ٥: ٢١١، ٢١٨، الإشراف لابن المنذر ٣: ٣٢٤.

٣. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٣٥٤، المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٩١ ـ ٤٩٢.

جناية تُبطل يسيراً من المنفعة، والمقصود من الشيء باقٍ، فهذا يجب فيه ما نقص يوم الجناية، وذلك بأن يقوَّم صحيحاً ويقوَّم بالجناية، فيُعطىٰ ما بين القيمتين[١].

وأمّا إن كانت الجناية ممّا تُبطل الغرض المقصود: فإنّ صاحبه يكون مخيَّراً إن شاء أسلمه للجاني وأخذ قيمته، وإن شاء أخذ قيمة الجناية[٢]. وقال الشافعي وأبو حنيفة: ليس له إلّا قيمة الجناية[٣].

وسبب الاختلاف: الالتفات إلى الحمل على الغاصب، وتشبيه إتلاف أكثر المنفعة بإتلاف العين[٤].

وأمّا النماء فإنّه على قسمين: أحدهما: أن يكون بفعل الله، كالصغير يكبر، والمهزول يسمن، والعيب يذهب. والثاني: أن يكون مما أحدثه الغاصب. فأمّا الأول فإنّه ليس بفوت[٥]*.

← ضمانه حتىٰ إذا تلف اشتغلت الذمة بالضمان. (جواهر الكلام ٣٧: ٤٦، مسالك الأفهام ١٢: ١٦٢، مفتاح الكرامة ١٤: ٧).

* أجمع فقهاء الإماميّة ـ إجماعاً محصَّلاً ومنقولاً ـ علىٰ أنّ فوائد المغصوب مضمونة بالغصب وهي مملوكة للمغصوب منه، سواء تجدّدت في يد الغاصب أم لا؛ لأنّها نماء ملكه سواء كانت أعياناً منفصلة كالولد، أو أعياناً متصلة كالصوف ←

---

١. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٣٤١، المعونة ٢: ١٢١٣، عيون المجالس ٤: ١٧٣١.

٢. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٣٤١، المعونة ٢: ١٢١٣ ـ ١٢١٤.

٣. مختصر المزني ١٢٨، الحاوي الكبير ٧: ١٣٨، المهذّب للشيرازي ٣: ٤١٧، والمعروف عند الحنفية أنّهم يقولون إنّه إن كان العيب قد أذهب أكثر منافع المغصوب فمثل قول مالك، وإن كان اذهب يسيراً من منافعه فليس له إلّا ما نقص بذلك، راجع: مختصر اختلاف العلماء ٤: ١٧٥، المبسوط للسرخسي ١١: ٩٣، الهداية للمرغيناني ٤: ٣٤٠ ـ ٣٤١، مختصر القدوري: ١٢٩، عيون المجالس ٤: ١٧٣٣، الإشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٢٨، ولعل المصنف أخذ ما نسبه إلى أبي حنيفة من المعونة ٢: ١٢١٣ ـ ١٢١٤.

٤. الإشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٢٨، المعونة ٢: ١٢١٣ ـ ١٢١٤.

٥. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٣٦٥، النوادر والزيادات ١٠: ٣٢٥، الكافي في فقه أهل المدينة ٤٣٠، المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٩٣.

وأمّا النماء بما أحدثه الغاصب في الشيء المغصوب فإنّه ينقسم فيما رواه ابنُ القاسم عن مالك إلى قسمين: أحدهما: أن يكون قد جعل فيه من ماله ما له عين قائمة، كالصبغ في الثوب والنقش في البناء وما أشبه ذلك. والثاني: أن لا يكون قد جعل فيه من ماله سوى العمل، كالخياطة والنسج وطحن الحنطة والخشبة يعمل منها توابيت.

فأمّا الوجه الأوّل (وهو أن يجعل فيه من ماله ما له عين قائمة) فإنّه ينقسم إلى قسمين: أحدهما: أن يكون ذلك الشيء ممّا يمكنه إعادته على حاله كالبقعة يبنيها وما أشبه ذلك. والثاني: أن لا يقدر على إعادته كالثوب يصبغه والسويق يلُتّه[1].

فأمّا الوجه الأوّل: فالمغصوب منه مخيَّر بين أن يأمر الغاصبَ بإعادة البقعة على حالها، وإزالة ماله فيها ممّا جعله من نقض أو غيره، وبين أن يعطي الغاصب قيمة ماله فيها من النقض مقلوعاً بعد حطّ أجر القلع، وهذا إذا كان الغاصب ممّن لا يتولّى ذلك بنفسه ولا بغيره، وإنّما يستأجر عليه[2]، وقيل: إنّه لا يحط من ذلك أجر القلع[3]، هذا إذا كانت له قيمة وأمّا إن لم تكن له قيمة لم يكن للغاصب على المغصوب فيه شيء؛ لأنّ من حق المغصوب أن يُعيد له الغاصب ما غَصب منه على هيئته، فإن لم يطالبه بذلك لم يكن له مقال[4]*.

← والسمن، أو كانت منافع كسكنىٰ الدار. (تحرير الأحكام ٤: ٥٤٠، رياض المسائل ١٢: ٢٨٥، مفتاح الكرامة ١٤: ٢٠٨ ـ ٢٠٩، جواهر الكلام ٣٧: ١٦٦ ـ ١٦٧، مسالك الأفهام ١٢: ٢١٧ ـ ٢١٩).

* أجمع فقهاء الإماميّة ـ ظاهراً ـ على أنّه لو غصب غاصبٌ أرضاً فزرعها أو غرسها فإنّ لصاحبها إزالة الزرع أو الغرس.

كما أنّ له إلزام الغاصب بإزالتهما، وطمّ الحفر والأرش إن نقصت الأرض بالقلع ←

---

١. المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٩٣ ـ ٤٩٥.

٢. المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٩٤، النوادر والزيادات ١٠: ٣٣٨، التفريع ٢: ٢٧٧، الكافي في فقه أهل المدينة ٤٣٢.

٣. المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٩٤.

٤. النوادر والزيادات ١٠: ٣٣٨، الكافي في فقه أهل المدينة: ٤٣٢، المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٩٤، المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٣٦٨.

وأمّا الوجه الثاني: فهو فيه مخيَّر بين أن يدفع قيمة الصبغ وما أشبهه ويأخذ ثوبه، وبين أن يضمِّنه قيمة الثوب يوم غصبه، إلّا في السويق الذي يَلُتّه في السمن وما أشبه ذلك من الطعام، فلايخيَّر فيه لما يدخله من الربا، ويكون ذلك فوتاً يلزم الغاصب فيه المثل، أو القيمة فيما لا مثل له[1]*.

وأمّا الوجه الثاني من التقسيم الأول (وهو أن لايكون أحدث الغاصب فيما أحدثه في الشيء المغصوب سوىٰ العمل) فإنّ ذلك ينقسمُ إلى قسمين: أحدهما: أن يكون ذلك يسيراً لاينتقل به الشيء عن إسمه، بمنزلة الخياطة في الثوب أو الرفوِ له. والثاني: أنْ يكون العمل كثيراً ينتقل به الشيء المغصوب عن إسمه، كالخشبة يعمل منها تابوتاً، والقمح يطحنه،

← أو الزرع، كما أنّه لو بذل صاحب الأرض قيمة الزرع أو الغرس لم يجب على الغاصب إجابته.

وأمّا في مسألة صبغ الثوب، فمشهور الإماميّة هو أخذ الغاصب العين المضافة إن قبلت القلع والفصل ولو بنقص قيمة الثوب، وردّ الأصل المغصوب، جمعاً بين الحقين، ويضمن الغاصب الأرش إن نقص المغصوب بالقلع.

وحكي عن الإسكافي والعلّامة الحلّي في المختلف أنّهما قالا: ليس للغاصب قلع الصبغ بغير إذن المالك، فإن لم يرض ودفع قيمة الصبغ وجب على الغاصب قبوله؛ لأنّ عين مال الغاصب قد استهلكت لعدم الانتفاع بصبغه مع استلزام القلع التصرّف بغير إذن المالك. (تذكرة الفقهاء ٢: ٣٩٢ ـ ٣٩٤ (حجري)، التنقيح الرائع ٤: ٧٧، رياض المسائل ١٢: ٢٨٢، ٢٩١ ـ ٢٩٢، جواهر الكلام ٣٧: ١٥٨، ٢٠٢ ـ ٢٠٥، مسالك الأفهام ١٢: ٢١٢ ـ ٢١٣).

* ذكر بعض فقهاء الإماميّة أنّه فيما إذا لم يمكن فصله، يصير الغاصب شريكاً للمغصوب منه؛ لأنّه عين مال انضمّ إلى ملكه، وإن نقصت قيمة الثوب بالصبغ لزم الغاصب الأرش. (رياض المسائل ١٢: ٢٨٢، مسالك الأفهام ١٢: ٢١٢، جواهر الكلام ٣٧: ١٥٨).

---

١. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٣٦٣، المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٩٤ ـ ٤٩٥.

والغزل ينسجه، والفضة يصوغها حلياً أو دراهم.

فأمّا الوجه الأول: فلا حق فيه للغاصب، ويأخذ المغصوب منه الشيء المغصوب معمولاً[١].

وأمّا الوجه الثاني: فهو فوت يلزم الغاصب قيمة الشيء المغصوب يوم غصبه أو مثله فيما له مثل *.

هذا تفصيل مذهب ابن القاسم في هذا المعنىٰ[٢].

وأشهب يجعل ذلك كلّه للمغصوب أصله مسألة البنيان فيقول: إنّه لا حق للغاصب فيما لايقدر على أخذه من الصبغ والرفو والنسج والدباغ والطحين[٣]. وقد روىٰ ابن القاسم أنّ الصبغ تفويت يلزم الغاصب فيه القيمة يوم الغصب[٤]. وقد قيل: إنّهما يكونان شريكين، هذا بقيمة الصبغ، وهذا بقيمة الثوب إن أبىٰ ربُّ الثوب أن يدفع قيمة الصبغ، وإن أبىٰ الغاصب أن يدفع قيمة الثوب[٥]، وهذا القول أنكره ابنُ القاسم في المدوّنة في كتاب اللقطة وقال: إنّ الشركة لاتكون إلّا فيما كان بوجه شبهة جليَّة[٦].

---

* أجمع فقهاء الإماميّة على أنّ الغاصب لو غيَّر صفات الشيء المغصوب كما لو طحن الحنطة، أو ذبح الشاة، أو صنع الحديد سكيناً، أو آنية أو آلة، أو قطَّع الثوب أو خاطه أو قصَّره، أو ضرب الطين لبناً، فإنّه لايملكها، بل يردّها مع أرش النقصان إن نقصت القيمة. (تذكرة الفقهاء ٢: ٣٩٢ (حجري)، جواهر الكلام ٣٧: ١٥٠).

---

١. المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٩٥.

٢. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٣٦٥، المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٩٥، النوادر والزيادات ١٠: ٣٢٤.

٣. المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٩٥، النوادر والزيادات ١٠: ٣٢٤.

٤. المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٩٥، المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٣٧١.

٥. المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٩٥، الكافي في فقه أهل المدينة ٤٣٢ ـ ٤٣٣.

٦. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٣٧١، المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٩٥، وما ذكره المصنف عن ابن القاسم موجود في كتاب الغصب ـ ولم نجده في كتاب اللقطة ـ من المدوّنة.

وقول الشافعي في الصبغ مثل قول ابن القاسم إلّا أنّه يُجيز الشركة بينهما ويقول: إنّه يُؤمَر الغاصب بقلب الصبغ إن أمكنه وإن نقص الثوب، ويضمن للمغصوب مقدار النقصان[١]. وأصول الشرع تقتضي أن لايُستحلّ مال الغاصب من أجل غصبه، وسواء كان منفعةً أو عيناً، إلّا أن يحتجّ محتجٌّ بقوله عليه الصلاة والسلام: «ليس لعِرْقِ ظالمٍ حق»[٢]. لكنّ هذا مُجمل، ومفهومه الأول أنّه ليس له منفعة متولِّدة بين ماله وبين الشيء الذي غصبه ـ أعني: ماله المتعلّق بالمغصوب ـ. فهذا هو حكم الواجب في عين المغصوب تغيَّر أو لم يتغيَّر.

وأمّا حكم غلّته: فاختلف في ذلك في المذهب على قولين: أحدهما: أنّ حكم غلّته حكم الشيء المغصوب. والثاني: أنّ حكمها بخلاف الشيء المغصوب[٣]*.

فمن ذهب إلى أنَّ حكمها حكمُ الشيء المغصوب ـ وبه قال أشهب من أصحاب مالك ـ يقول: إنّما تلزمه الغلّة يوم قبضها أو أكثر ممّا انتهت إليه قيمتها، على قول مَن يرىٰ أنّ الغاصب يلزمه أرفع القيم من يوم غصبها، لا قيمة الشيء المغصوب يوم الغصب[٤].

وأمّا الذين ذهبوا إلى أنّ حكم الغلّة بخلاف حكم الشيء المغصوب: فاختلفوا في

---

* أجمع فقهاء الإماميّة ـ كما تقدَّم ـ على أنّ فوائد المغصوب مضمونة بالغصب.

وهي مملوكة للمغصوب منه، لكونها نماء ملكه حتى وإن تجدّدت في يد الغاصب، سواء كانت أعياناً كاللبن والشعر والولد والثمر، أو كانت منافع كسكنىٰ الدار وركوب الدابة، بلا فرق بين فوات المنافع أو تفويتها. (جواهر الكلام ٣٧: ١٦٦ ـ ١٦٧، تحرير الأحكام ٤: ٥٤٠، رياض المسائل ١٢: ٢٨٥، مفتاح الكرامة ١٤: ٢٠٨ ـ ٢٠٩).

---

١. أنظر الأم ٣: ٢٨٩، الوسيط ٣: ٤٠٩ ـ ٤١٠، المهذّب للشيرازي ٣: ٤٢٧ ـ ٤٢٨، البيان للعمراني ٧: ٤٦ ـ ٤٧، ولم نعثر على رأي الشافعي في الحكم بالتخيير بين دفع قيمة الصبغ وأخذ الثوب وبين تضمين الغاصب قيمة الثوب.

٢. الموطّأ ٢: ٧٤٣، كتاب الأقضية، باب القضاء في عمارة الموات، الحديث ٢٦، سنن أبي داود ٣: ١٧٨، كتاب الخراج والإمارة، باب في إحياء الموات، الحديث ٣٠٧٣.

٣. المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٩٦، البيان والتحصيل ١١: ٢٥٨ ـ ٢٥٩، النوادر والزيادات ١٠: ٣٤٤.

٤. المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٩٦، النوادر والزيادات ١٠: ٣٣٣، البيان للعمراني ٧: ١٣ ـ ١٤.

حكمها اختلافاً كثيراً بعد اتّفاقهم على أنّها إن تلفت ببيّنة أنّه لا ضمان على الغاصب، وأنّه إن ادّعىٰ تلفها لم يُصدَّق، وإن كان مما لايغاب عليه[١]. وتحصيل مذهب هؤلاء في حكم الغلّة: هو أنّ الغلال تنقسم إلى ثلاثة أقسام:

أحدها: غلّة متولّدة عن الشيء المغصوب على نوعه وخلقته وهو الولد. وغلّة متولّدة عن الشيء لا علىٰ صورته، وهو مثل الثمر ولبن الماشية وجبنها وصوفها. وغلال غير متولّدة، بل هي منافع، وهي الأكرية والخراجات وما أشبه ذلك[٢].

فأمّا ما كان على خلقته وصورته: فلا خلاف أعلمه أنّ الغاصب يردّه، كالولد مع الأُم المغصوبة، وإن كان ولد الغاصب[٣]. وإنّما اختلفوا في ذلك إذا ماتت الأُم، فقال مالك: هو مخيَّر بين الولد وقيمة الأُم[٤]. وقال الشافعي: بل يردّ الولد وقيمة الأُم[٥]، وهو القياس.

وأمّا إن كان متولّداً على غير خلقة الأصل وصورته ففيه قولان: أحدهما: أنّ للغاصب ذلك المتولّد. والثاني: أنّه يلزمه ردّه مع الشيء المغصوب إن كان قائماً، أو قيمتها إن ادّعى تلفها ولم يُعرف ذلك إلّا من قوله، فإن تلف الشيء المغصوب كان مخيَّراً بين أن يضمه بقيمته ولا شيء له في الغلّة، وبين أن يأخذه بالغلّة ولا شيء له من القيمة[٦].

وأمّا ما كان غير متولّد فاختلفوا فيه على خمسة أقوال:

أحدها: أنّه لايلزمه ردّه جملة من غير تفصيل.

والثاني: أنّه يلزمه ردّه من غير تفصيل أيضاً.

والثالث: أنّه يلزمه الردّ إن أكرىٰ، ولايلزمه الردّ إن انتفع أو عطَّل.

---

١. المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٩٦، البيان والتحصيل ١١: ٢٥٨ ـ ٢٥٩.

٢. المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٩٦ ـ ٤٩٧، البيان والتحصيل ١١: ٢٥٨ ـ ٢٥٩.

٣. الاشراف لابن المنذر ٣: ٣٢٧، النوادر والزيادات ١٠: ٣٤٣، البيان والتحصيل ١١: ٢٥٨، المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٩٧.

٤. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٣٥٥، المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٩٧، الكافي في فقه أهل المدينة ٤٣٠.

٥. الإشراف لابن المنذر ٣: ٣٢٧، بحر المذهب ٩: ٣٧، ٣٨.

٦. المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٩٧، البيان والتحصيل ١١: ٢٥٨ ـ ٢٥٩.

والرابع: يلزمه إن أكرىٰ أو انتفع، ولا يلزمه إن عطّل.

والخامس: الفرق بين الحيوان والأصول، أعني: أنّه يرد قيمة منافع الأصول، ولا يردّ قيمة منافع الحيوان[١].

وهذا كلُّه فيما اغتلّ من العين المغصوبة مع عينها وقيامها. وأمّا ما اغتلّ منها بتصريفها وتحويل عينها كالدنانير، فيغتصبها فيتّجر بها فيربح، فالغلّة له قولاً واحداً في المذهب[٢]. وقال قوم الربح للمغصوب[٣]*. وهذا أيضاً إذا قصد غصب الأصل. وأمّا إذا قصد غصب الغلّة دون الأصل فهو ضامن للغلّة بإطلاق، ولا خلاف في ذلك، سواء عطّل أو انتفع أو أكرىٰ، كان ممّا يُزال به أو بما لا يزال به[٤]**.

وقال أبو حنيفة: أنّه مَن تعدّىٰ على دابة رجل فركبها، أو حمل عليها، فلا كراء عليه في ركوبه إيّاها ولا في حمله، لأنّه ضامن لها إن تلفت في تعدّيه، وهذا قوله في كلّ ما يُنقل ويُحوَّل، فإنّه لمّا رأىٰ أنّه قد ضمنه بالتعدّي وصار في ذمته جازت له المنفعة[٥] كما تقول

---

* الظاهر إجماع الإماميّة علىٰ أنّه إذا اشترى الغاصبُ بعين المال المغصوب وربح، كان الربحُ للمالك مع إجازته للعقد.

وإن لم يُجز بطل العقد من أصله.

وإن اشترىٰ في الذمّة فالربحُ للغاصب؛ لأنّه نقد المال ديناً عليه. (تذكرة الفقهاء ١٠: ٢٢٠، السرائر ٢: ٣٦).

** يبدو من فقهاء الإماميّة أنّه لاتأثير للقصد حيث أجمعوا علىٰ ضمان فوائد المغصوب. (انظر: جواهر الكلام ٣٧: ١٦٦).

---

١. المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٩٧، البيان والتحصيل ١١: ٢٥٩.

٢. النوادر والزيادات ١٠: ٣٧٤، المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٩٧ـ٤٩٨.

٣. المغني لابن قدامة ٥: ٤١٦، البيان للعمراني ٧: ٣٣.

٤. المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٩٨، وانظر: الكافي في فقه أهل المدينة: ٤٣٤.

٥. مختصر القدوري: ١٣٠، مختصر اختلاف العلماء ٤: ١٧٦، الهداية للمرغيناني ٤: ٣٤٤.

المالكية فيما اتّجر به من المال المغصوب، وإن كان الفرق بينهما أنّ الذي اتّجر به تحوّلت عينه. وهذا لم تتحوَّل عينه.

وسبب اختلافهم في هل يردّ الغاصبُ الغلّة أو لا يردّها: اختلافهم في تعميم قوله عليه الصلاة والسلام: «الخراج بالضمان»[١]، وقوله عليه الصلاة والسلام: «ليس لعرق ظالم حق»[٢]. وذلك أنّ قوله عليه الصلاة والسلام هذا خُرِّج على سبب، وهو في غلام قيم فيه بعيب، فأراد الذي صُرف عليه أن يردّ المشتري غلّته[٣]، وإذا خرج العام علىٰ سبب هل يقصر على سببه أم يحمل على عمومه، فيه خلاف بين فقهاء الأمصار مشهور[٤]*، فمَن قصر ههُنا هذا الحكم على سببه قال: إنّما تجب الغلّة من قبل الضمان فيما صار إلى الإنسان بشبهة، مثل أن يشتري شيئاً فيستغلّه فيستحقّ منه. وأمّا ما صار إليه بغير وجه شبهة، فلاتجوز له الغلّة لأنّه ظالم، وليس لعرق ظالم حق، فعمَّم هذا الحديث في الأصل والغلّة ـ أعني: عموم هذا الحديث ـ وخصّص الثاني.

وأمّا من عكس الأمر فعمَّم قوله عليه الصلاة والسلام: «الخراج بالضمان»[٥] على أكثر من السبب الذي خُرِّج عليه، وخصَّص قوله عليه الصلاة والسلام: «ليس لعرق ظالم حق»[٦] بأن

---

* ذهب فقهاء الإماميّة إلى أن العموم إذا خرج على سبب خاص وجب حمله على ظاهره ولايقصر على سببه. (العدة في أصول الفقه للطوسي ١: ٣٦٨ ـ ٣٧١، تهذيب الوصول إلى علم الأصول ١٥١).

---

١. سنن أبي داود ٣: ٢٨٤، كتاب البيوع، باب فيمن اشترىٰ عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً، الحديث ٣٥٠٨، سنن النسائي ٧: ٢٥٤ ـ ٢٥٥، كتاب البيوع، باب الخراج بالضمان.

٢. سبق تخريجه.

٣. سنن أبي داود ٣: ٢٨٤، كتاب البيوع، باب فيمن اشترىٰ عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً، الحديث ٣٥١٠.

٤. الاحكام للآمدي ٢: ٤٤٨ ـ ٤٤٩، العدة في أصول الفقه لأبي يعلىٰ ٢: ٥٩٦ ـ ٦١٠، المقدّمات الممهّدات ٢: ٥٠٤.

٥. تقدَّم آنفاً.

٦. سبق تخريجه.

جعل ذلك في الرقبة دون الغلّة قال: لايردّ الغلّة الغاصب.

وأمّا من المعنى كما تقدَّم من قولنا، فالقياس أن تجري المنافع والأعيان المتولّدة مجرىً واحداً، وأن يعتبر التضمين أو لايعتبر، وأمّا سائر الأقاويل التي بين هذين فهي استحسان.

وأجمع العلماء على أنّ مَن اغترس نخلاً أو ثمراً بالجملة ونباتاً في غير أرضه أنّه يُؤمَر بالقلع[1] *، لما ثبت من حديث مالك عن هشام بن عروة عن أبيه أنّ رسول الله ﷺ قال: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له، وليس لعِرْقِ ظالمٍ حق»[2]. والعرق الظالم عندهم هو ما اغترس في أرض الغير[3]. وروىٰ أبو داود في هذا الحديث زيادة قال عروة: ولقد حدثني الذي حدثني هذا الحديث: «أنّ رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ غرس أحدهما نخلاً في أرض الآخر، فقضىٰ لصاحب الأرض بأرضه، وأمر صاحب النخل أن يخرج نخله منها. قال فلقد رأيتُها

---

* أجمع فقهاء الإماميّة ـ على الظاهر ـ على أنّه لو غصب غاصبٌ أرضاً فزرع أو غرس فيها، كان للمالك قلع ذلك وعلى الغاصب أُجرة الأرض في هذه المدة وأنّ الزرع والغرس للغاصب ولايملكه المالك.

وأنّه لا خلاف بينهم في أنّه لا فرق في الحكم بذلك بين بلوغ أوان زراعته وعدمه، لرواية عبدالعزيز بن محمد قال: «سمعتُ أبا عبدالله ﷺ يقول: مَن أخذ أرضاً بغير حقّها أو بنىٰ فيها، قال يرفع بناؤه ويسلّم التربة إلى صاحبها، ليس لعرق ظالم حق، ثم قال: قال رسول الله ﷺ: من أخذ أرضاً بغير حقّها كلّف أن يحمل ترابها إلى المحشر». (تذكرة الفقهاء ٢: ٣٩٢ (حجري)، التنقيح الرائع ٤: ٧٧، رياض المسائل ١٢: ٢٩١، جواهر الكلام ٣٧: ٢٠٢ ـ ٢٠٥، مفتاح الكرامة ١٤: ٢١٣ ـ ٢١٥، مسالك الأفهام ١٢: ٢٤٠).

---

١. المغني لابن قدامة ٥: ٣٧٩ ـ ٣٨٠، المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٣٦٨، المهذّب للشيرازي ٣: ٤٢٦، مختصر القدوري: ١٣٠.

٢. الموطّأ ٢: ٧٤٣، كتاب الأقضية، باب القضاء في عمارة الموات.

٣. الموطّأ ٢: ٧٤٣، الاستذكار ٢٢: ٢١٠.

وإنّها لتُضرب أصولها بالفؤوس، وإنّها لنخلٌ عُمٌّ، حتىٰ أُخرجت منها»[١] إلّا ما روي في المشهور عن مالك أنّ مَن زرع زرعاً في أرض غيره وفات أوانُ زراعته لم يكن لصاحب الأرض أن يقلع زرعه، وكان على الزارع كراء الأرض[٢]. وقد رُوي عنه ما يشبه قياس قول الجمهور[٣]، وعلى قوله: إنّ كلّ ما لاينتفع الغاصب به إذا قلعه وأزاله أنّه للمغصوب يكون الزرع على هذا للزارع[٤]. وفرَّق قومٌ بين الزرع والثمار فقالوا: الزارع في أرض غيره له نفقته وزريعته، وهو قول كثير من أهل المدينة[٥]، وبه قال أبو عبيد[٦]. وروي عن نافع بن خديج أنّه قال عليه الصلاة والسلام: «مَن زرع في أرض قوم بغير إذنهم فله نفقته وليس له من الزرع شيء»[٧].

واختلف العلماء في القضاء فيما أفسدته المواشي والدواب على أربعة أقوال:

أحدها: أنّ كلّ دابّة مرسلة فصاحبها ضامن لما أفسدته[٨].

والثاني: أن لا ضمان عليه[٩].

والثالث: أنّ الضمان على أرباب البهائم بالليل، ولا ضمان عليهم فيما أفسدته بالنهار[١٠].

والرابع: وجوب الضمان في غير المُنفلت، ولا ضمان في المنفلت. وممّن قال: يضمن

---

١. سنن أبي داود ٣: ١٧٨، كتاب الخراج والإمارة، باب في إحياء الموات، الحديث ٣٠٧٤، السنن الكبرى للبيهقي ٦: ٩٩، كتاب الغصب، باب ليس لعرق ظالم حق.

٢. النوادر والزيادات ١٠: ٣٣٩ ـ ٣٤٠، البيان والتحصيل ٩: ٥١ ـ ٥٢، المعونة ٢: ١٢٢٠.

٣. النوادر والزيادات ١٠: ٣٤٠ ـ ٣٤١، الكافي في فقه أهل المدينة: ٤٣٢، المعونة ٢: ١٢٢٠.

٤. النوادر والزيادات ١٠: ٣٣٩ ـ ٣٤٠، البيان والتحصيل ٩: ٥٣.

٥. الكافي في فقه أهل المدينة: ٤٣٢.

٦. كتاب الأموال: ٢٩٩ ـ ٣٠٠.

٧. سنن أبي داود ٣: ٢٦١ ـ ٢٦٢ كتاب البيوع، باب في زرع الأرض بغير إذن صاحبها، الحديث ٣٤٠٣، سنن ابن ماجة ٢: ٨٢٤، كتاب الرهن، باب من زرع في أرض قوم بغير إذنهم، الحديث ٢٤٦٦.

٨. الاستذكار ٢٢: ٢٥٣، ٢٥٦.

٩. الاستذكار ٢٢: ٢٥٣، المحلّىٰ بالآثار ١١: ٤.

١٠. المصدران السابقان.

بالليل ولايضمن بالنهار: مالك والشافعي[١]. وبأن لا ضمان عليهم أصلاً قال أبو حنيفة وأصحابه[٢]. وبالضمان بإطلاق قال الليث، إلّا أنّ الليث قال: لايضمن أكثر من قيمة الماشية[٣]. والقول الرابع مروي عن عمر ﷺ*[٤]. فعمدة مالك والشافعي في هذا الباب شيئان:

أحدهما: قوله تعالى: ﴿وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي ٱلْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ ٱلْقَوْمِ﴾[٥] والنفش عند أهل اللغة لايكون إلّا بالليل[٦]، وهذا الاحتجاج على مذهب مَن يرىٰ

---

* المشهور بين قدماء فقهاء الإماميّة ـ بل أُدّعي في الغنية الإجماع عليه ـ هو أنّه إذا جنت الماشية على الزرع ليلاً ضمن صاحبها ولو كان نهاراً لم يضمن، للروايات المستفيضة، منها: الرواية المشهورة عن عبدالله بن المغيرة ـ وهو من أصحاب الإجماع ـ عن السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي ﷺ «قال: كان لايضمّن ما أفسدت البهائم نهاراً، ويقول: على صاحب الزرع حفظ زرعه، وكان يضمّن ما أفسدت البهائم ليلاً».

إلّا أنّ ظاهر المتأخرين الإطباق على خلافه، وقالوا: أنّ في الخبر المذكور ضعفاً وأنّ الأقرب اعتبار التفريط في موضع الضمان وعدمه، ليلاً كان الإفساد أو نهاراً.

إلّا أنّه قد ذكر بعضهم أنّ النزاع بين القوم لفظيّ، وأنّ القدماء إنّما ذكروا الليل والنهار تبعاً للرواية، وتمثيلاً للتفريط وعدمه، لكون الغالب حفظ الماشية ليلاً.

وقد اعترض غير واحد من فقهائهم على ذلك بكونه خلاف ظاهر عباراتهم. (رياض المسائل ١٤: ٣٤٧ ـ ٣٤٩، مسالك الأفهام ١٥: ٥٠٠ ـ ٥٠١، جواهر الكلام ٤٣: ٤٠٢ ـ ٤٠٥).

---

١. الكافي في فقه أهل المدينة: ٤٣٤، الاستذكار ٢٢: ٢٥٣ ـ ٢٥٤، اختلاف الحديث ٦٤٥، المهذّب للشيرازي ٥: ٢٢٢.

٢. بدائع الصنائع ١٠: ٧٧، أحكام القرآن للجصّاص ٣: ٢٢٢ ـ ٢٢٣، مختصر اختلاف العلماء ٥: ٢١١، ٢١٢.

٣. مختصر اختلاف العلماء ٥: ٢١٢، الاستذكار ٢٢: ٢٥٥ ـ ٢٥٦.

٤. المصنّف لابن أبي شيبة ٩: ٢٧٤، الاستذكار ٢٢: ٢٥٦.

٥. سورة الأنبياء: الآية ٧٨.

٦. لسان العرب، الصحاح مادة: نفش، الاستذكار ٢٢: ٢٥٢.

أنّا مخاطبون بشرع مَن قبلنا[١ و٢].

والثاني: مرسلة عن ابن شهاب: «أنّ ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط قوم فأفسدت فيه، فقضىٰ رسول الله ﷺ أنّ على أهل الحوائط بالنهار حفظها، وأنّ ما أفسدته المواشي بالليل ضامن على أهلها»[٣] أي مضمون[٤].

وعمدة أبي حنيفة: قوله عليه الصلاة والسلام: «العَجْماء جُرْحُها جُبارٌ»[٥ و٦]. وقال الطحاوي: وتحقيق مذهب أبي حنيفة أنّه لايضمن إذا أرسلها محفوظة، فأمّا إذا لم يرسلها محفوظة فيضمن[٧].

والمالكية تقول: من شرط قولنا أن تكون الغنم في المسرح، وأمّا إذا كانت في أرض مزرعة لا مسرح فيها فهم يضمنون ليلاً ونهاراً[٨]، وعمدة من رأىٰ الضمان فيما أفسدت ليلاً ونهاراً شهادة الأصول له، وذلك أنّه تعدٍّ من المرسل، والأصول على أنّ على المتعدّي الضمان. ووجه مَن فرَّق بين المنفلت وغير المنفلت بيّن، فإنّ المنفلت لايُملَك.

فسبب الخلاف في هذا الباب معارضة الأصل للسمع، ومعارضة السماع بعضه لبعض أعني: أنّ الأصل يعارض «جُرْحُ العَجْماء جُبار». ويعارض أيضاً التفرقة التي في حديث البراء. وكذلك التفرقة التي في حديث البراء تعارض أيضاً قوله «جرح العجماء جبار».

---

١. الإحكام لابن حزم ٥: ١٥٣، أصول السرخسي ٤: ٩٩ ـ ١٠٥.

٢. المقدّمات الممهّدات ٣: ٣٤٣ ـ ٣٤٤، الحاوي الكبير ١٣: ٤٦٧، أحكام القرآن للجصّاص ٣: ٢٢٣.

٣. الموطّأ ٢: ٧٤٧ ـ ٧٤٨، كتاب الأقضية، باب القضاء في الضواري والحريسة، الحديث ٣٧، السنن الكبرى للبيهقي ٨: ٣٤٢، كتاب الأشربة، باب الضمان على البهائم.

٤. المعونة ٣: ١٣٧٠ ـ ١٣٧١، المهذّب للشيرازي ٥: ٢٢٢.

٥. صحيح البخاري ٩: ٢١، كتاب الديات، باب المعدن جُبار والبئر جُبار، الحديث ٥٠، صحيح مسلم ٣: ١٣٣٤، كتاب الحدود، باب جرح العجماء جبار، الحديث ٤٥/١٧١٠.

٦. مختصر اختلاف العلماء ٥: ٢١٣، الهداية للمرغيناني ٤: ٥٤٨.

٧. مختصر اختلاف العلماء ٥: ٢١٢، الاستذكار ٢٢: ٢٥٨.

٨. المنتقىٰ للباجي ٦: ٦٣، المقدّمات الممهّدات ٣: ٣٤٣، البيان والتحصيل ٩: ٢١١.

ومن مسائل هذا الباب المشهورة اختلافهم في حكم ما يُصاب من أعضاء الحيوان فروي عن عمر بن الخطاب أنّه قضىٰ في عين الدابة بربع ثمنها، وكتب إلى شريح فأمره بذلك[١]، وبه قال الكوفيُّون[٢]، وقضىٰ به عمر بن عبدالعزيز[٣]. وقال الشافعي ومالك: يلزم فيما أُصيب من البهيمة ما نقص في ثمنها قياساً على التعدّي في الأموال[٤]*.

والكوفيون اعتمدوا في ذلك على قول عمر ﷺ[٥] وقالوا: إذا قال الصاحب قولاً

---

* المشهور بين فقهاء الإماميّة والذي عليه عامّة المتأخرين هو أنّه لاتقدير في شيء من أعضاء الدابة وأنّه يرجع في إتلافها إلى الأرش السوقي.

بل ادّعىٰ صاحبُ الجواهر أنّه لا خلاف في ذلك إلّا من الشيخ الطوسي، الذي حكىٰ عن فقهائهم أنّه يثبت في عين الدابة نصف قيمتها، وفي العينين كمال قيمتهما، وكذا كلّ ما في البدن منه اثنان.

لكن ذكر صاحب الجواهر أنّه يمنع من العمل بما حكاه الشيخ، إذ أنّه لم يعرف ذلك لأحد ممّن تقدّمه لا فتوى ولا رواية، بل فتواه نفسه وروايته بخلافه.

وقد استدلّ للمشهور بأنّ العضو المُتلَف من الدابة هو مال، فيجب فيه الأرش كغيره من الأموال، ويعضده إطلاق صحيحة أبي ولّاد المشهورة بل عمومها، وفيها: «قلت: فإن أصاب البغل كسر أو دبر أو عقر فقال ﷺ: عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم تردّه عليه». (كفاية الفقه ٢: ٦٤٥، مسالك الأفهام ١٢: ١٩٣ ـ ١٩٤، رياض المسائل ١٢: ٢٧٧ ـ ٢٧٨، جواهر الكلام ٣٧: ١١٣ ـ ١١٦).

---

١. المصنَّف لعبدالرزاق ١٠: ٧٦ ـ ٧٧، باب عين الدابة، الحديث ١٨٤١٧، المحلّىٰ بالآثار ٨: ١٥٠، ١٠: ٤٢٨.
٢. مختصر اختلاف العلماء ٥: ٢١١، الهداية للمرغيناني ٤: ٥٤٨.
٣. الإشراف لابن المنذر ٣: ١٤٥.
٤. الإشراف لابن المنذر ٣: ١٤٥، الموطّأ ٢: ٨٧٠، المحلّىٰ بالآثار ١٠: ٤٢٩، الوجيز ١: ٢٠٨، الإفصاح ٢: ٢٤.
٥. مختصر اختلاف العلماء ٥: ٢١١، الهداية للمرغيناني ٤: ٥٤٨.

ولا مخالف له من الصحابة، وقوله مع هذا مخالف للقياس وجب العمل به لأنّه يُعلم أنّه إنّما صار إلى القول به من جهة التوقيف[١] فسبب الخلاف إذاً: معارضة القياس لقول الصاحب. ومن هذا الباب اختلافهم في الجمل الصؤول وما أشبهه يخاف الرجل على نفسه فيقتله، هل يجب عليه غرمه أم لا؟ فقال مالك والشافعي: لا غرم عليه إذا بان أنّه خافه على نفسه[٢]*. وقال أبو حنيفة والثوري: يضمن قيمته على كلّ حال[٣].

وعمدة مَن لم ير الضمان: القياسُ على مَن قصد رجلاً فأراد قتله، فدافع المقصود عن نفسه فقتل في المدافعة القاصدَ المتعدّي أنّه ليس عليه قود، وإذا كان ذلك في النفس كان في المال أحرىٰ، لأنّ النفس أعظمُ حرمة من المال[٤]، وقياساً أيضاً علىٰ إهدار دم الصيد الحَرَمي إذا صال، وتمسَّك به حُذَّاق أصحاب الشافعي[٥].

وعمدة أبي حنيفة: أنّ الأموال تضمن بالضرورة إليها، أصله المضطر إلى طعام الغير، ولا حرمة للبعير من جهة ما هو ذو نفس[٦]. ومن هذا الباب اختلافهم في المكرَهة على الزنىٰ هل على مكرِهها مع الحدّ صداقٌ أم لا، فقال مالك والشافعي والليث: عليه الصداق والحدّ جميعاً[٧].

---

* لا خلاف بين فقهاء الإماميّة علىٰ أنّه لو جنىٰ جانٍ على صائلة للدفع عن نفسه فلا ضمان عليه، ضرورة أولويته من هدر النفس له. (كشف اللثام ١١: ٢٧٤، مفتاح الكرامة ٢١: ٧٦ ـ ٧٧، جواهر الكلام ٤٣: ١٣٠، مباني تكملة المنهاج ٤١: ٤٢٥).

---

١. أصول السرخسي ٢: ١٠٥ ـ ١٠٦، اللمع ١٩٣ ـ ١٩٤، مختصر اختلاف العلماء ٥: ٢١١.

٢. الكافي في فقه أهل المدينة: ٤٣٥، المعونة ٣: ١٣٦٩، الإشراف لعبدالوهاب ٢: ٨٣٧، الأم ٦: ٢٤٥، الإشراف لابن المنذر ٣: ١٤٤، المهذّب للشيرازي ٥: ٢١٩.

٣. مختصر اختلاف العلماء ٥: ٢١٠، بدائع الصنائع ٣: ٢٣٦، الاستذكار ٢٢: ٢٦٥.

٤. الإشراف لعبدالوهاب ٢: ٨٣٧، التهذيب للبغوي ٧: ٤٣٣، البيان للعمراني ٤: ١٨٦.

٥. الوجيز ١: ١٢٨، البيان للعمراني ٤: ١٨٦، العزيز شرح الوجيز ١١: ٣١٢ ـ ٣١٣.

٦. انظر: بدائع الصنائع ١٠: ٧٨.

٧. الإشراف لعبدالوهاب ٢: ٦٢٩ ـ ٦٣٠، المقدّمات الممهّدات ٢: ٤٩٨، المنتقىٰ للباجي ٥: ٢٦٨، الاستذكار ٢٢: ١٢٦، الأم ٣: ٢٩٤، البيان للعمراني ٧: ٦٥.

وقال أبو حنيفة والثوري: عليه الحدّ، ولا صداق عليه، وهو قول ابن شبرمة[١]*.

وعمدة مالك: أنّه وجب عليه حقان: حق لله، وحق للآدمي، فلم يُسقِط أحدُهما الآخر، أصله السرقة التي يجب بها عندهم غُرم المال والقطع[٢].

وأمّا مَن لم يوجب الصداق فتعلَّق في ذلك بمعنيين: أحدهما: أنّه إذا اجتمع حقان: حق لله، وحق للمخلوق، سقط حق المخلوق لحق الله، وهذا على رأي الكوفيين في أنّه لايُجمع على السارق غُرم وقطع[٣]. والمعنىٰ الثاني: أنّ الصداق ليس مقابل البُضع، وإنّما هو عبادة إذ كان النكاح شرعياً، وإذا كان ذلك كذلك فلا صداق في النكاح الذي على غير الشرع[٤].

---

* لا خلاف بين فقهاء الإماميّة في أنّه لو أكره شخص امرأة على الزنا فزنىٰ بها قُتل.

والمشهور بين فقهائهم -بل لم يعدّ كثيرٌ منهم هذه المسألة من مسائل الخلاف- أنّه يثبت للمكرهة على الواطئ مثل مهر نسائها؛ لقول علي عليه السلام في خبر طلحة، المنجبر بفتوىٰ فقهائهم: «إذا اغتصب الرجل أمةً فافتضها فعليه عشر ثمنها، فإذا كانت حرّةً فعليه الصداق»، المؤيَّد بمفهوم قوله صلى الله عليه وآله: (لا مهر لبغي)، وبما يُفهم من غيره مما ورد في الشبهة وغيرها من ضمان منفعة البضع في غير الزنا، خلافاً للشيخ الطوسي في المبسوط والخلاف، فقال بعدم ثبوت المهر لها، تمسكاً بالأصل وبأنّه لا مهر لبغي، وقد رُدَّ بعدم كونها بغياً، ولذا نقل العلّامة الحلي عنه أنّه رجع عن ذلك. (مسالك الأفهام ١٤: ٣٣١ ـ ٣٣٢، كشف اللثام ١٠: ٤٠٩ ـ ٤١٠، جواهر الكلام ٤١: ٢٦٦ـ٢٦٨، مختلف الشيعة ٩: ١٢٨، مباني تكملة المنهاج ٤١: ٢٣٥).

---

١. النتف في الفتاوىٰ ٢: ٦٣٩، المبسوط للسرخسي ٩: ٨٦، ١٠٥، المنتقىٰ للباجي ٥: ٢٦٨ـ٢٦٩، الاستذكار ٢٢: ١٢٧، المغني لابن قدامة ٥: ٤١٢ ـ ٤١٣.

٢. الاستذكار ٢٢: ١٢٧، المنتقىٰ للباجي ٥: ٢٦٨ ـ ٢٦٩.

٣. النتف في الفتاوىٰ ٢: ٦٣٩، بدائع الصنائع ٩: ٣٣٩ ـ ٣٤٠، الاستذكار ٢٢: ١٢٧.

٤. أنظر: تقويم النظر ٣: ٧٠ ـ ٧١.

ومن مسائلهم المشهورة في هذا الباب: مَن غصب أسطوانة فبنىٰ عليها بناء يساوي قائماً أضعاف قيمة الأسطوانة، فقال مالك والشافعي: يحكم على الغاصب بالهدم، ويأخذ المغصوبُ منه أُسطوانته[١]*. وقال أبو حنيفة: تفوت بالقيمة، كقول مالك فيمن غيّر المغصوب بصناعة لها قيمة كثيرة[٢]. وعند الشافعي لايفوت المغصوب بشيء من الزيادة[٣]. وهنا انقضى هذا الكتاب.

---

* أجمع فقهاء الإماميّة ـ إجماعاً محصّلاً ومنقولاً ـ على أنّه يجب ردّ المغصوب ما دام باقياً، بل الظاهر أنّ الحكم كذلك حتى وإن تعسّر ردُّ المغصوب واقتضى هدم البناء، كالخشبة المستدخلة في البناء، ضرورة بقائها على ملك مالكها ووجوب ردّ المغصوب فوراً، وقد قال أمير المؤمنين عليه السلام: «أنّ الحجر المغصوب في الدار رهن على خرابها». (مسالك الأفهام ١٢: ١٧٥، كفاية الفقه ٢: ٦٣٨ ـ ٦٣٩، رياض المسائل ١٢: ٢٦٨، مفتاح الكرامة ١٤: ١٦٦، جواهر الكلام ٣٧: ٧٥).

---

١. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٣٦٤، التفريع ٢: ٢٧٧، مختصر المزني: ١٢٩، الوجيز ١: ٢١٣، التهذيب للبغوي ٤: ٣٢٩.

٢. مختصر القدوري: ١٣٠، الهداية للمرغيناني ٤: ٣٤٠، أما قول مالك فقد تقدَّم تخريجه عند بيان حكم الطوارئ على المغصوب.

٣. الوجيز ١: ٢١١، المهذّب للشيرازي ٣: ٤٢٢ ـ ٤٢٣.

كتاب الاستحقاق

كتاب الاستحقاق

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلَّى الله على سيّدنا محمّد وآله وصحبه وسلَّم تسليماً.

وجُلّ النظر في هذا الكتاب هو في أحكام الاستحقاق، وتحصيل أصول أحكام هذا الكتاب: أنّ الشيء المستحَق من يد إنسان بما تثبت به الأشياء في الشرع لمستحقها إذا صار إلى ذلك الإنسان الذي استُحق من يده الشيء المستحَق بشراء: أنّه لا يخلو من أن يستِحقّ من ذلك الشيء أقلَّه أو كلَّه أو جلَّه، ثم إذا استُحق منه كلُّه أو جلُّه: فلا يخلو أن يكون قد تغيَّر عند الذي هو بيده بزيادة أو نقصان، أو يكون لم يتغيَّر ثم لايخلو أيضاً أن يكون المستحق منه قد اشتراه بثمن أو مثمون.

فأمّا إن كان استحق منه أقلُّه: فإنّه إنّما يرجع عند مالك على الذي اشتراه منه بقيمة ما استُحق من يده، وليس له أن يرجع بالجميع[1]*.

---

* ظاهر فقهاء الإماميّة الإجماع على أنّه لو باع غير المالك، أو غير من له البيع ما يملك وما لايملك بعقد واحد وثمن واحد فإنّه يجوز بيعه فيما يملك.

وأمّا فيما لايملك فإنّه يكون شأنه شأن بيع الفضولي مال غيره. ←

---

١. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٣٧٧ ـ ٣٧٨، ٣٨٦ ـ ٣٨٧، البيان والتحصيل ١١: ١٦٣ ـ ١٦٤.

وأمّا إن كان استُحق كلُّه أو جُلُّه فإن كان لم يتغيَّر أخذه المستحق ورجع المستحق من يده على الذي اشتراه منه بثمن ما اشتراه منه إن كان اشتراه بثمن * وإن كان اشتراه بالمثمون رجع بالمثمون بعينه إن كان لم يتغيَّر، فإن تغيَّر تغيُّراً يوجب اختلاف قيمته رجع بقيمته يوم الشراء[١]، وإن كان المال المستحَق قد بيع، فإنّ للمستحق أن يمضي البيع ويأخذ الثمن، أو يأخذه بعينه[٢]، فهذا حكم المستحِق والمستحَق من يده ما لم يتغيَّر الشيء المستحق. فإن تغيَّر الشيء المستحق، فلايخلو أن يتغيَّر بزيادة أو نقصان. فأمّا إن كان تغيَّر بزيادة: فلايخلو أن يتغير بزيادة من قبل الذي استحق من يده الشيء، أو بزيادة من ذات الشيء:

فأمّا الزيادة من ذات الشيء فيأخذها المستحق، مثل أن تسمن الجارية أو يكبر الغلام[٣] **.

← فالمشهور بل كاد يكون إجماعاً بين فقهائهم أنّه يكون موقوفاً على إجازة المالك، فإن أجاز العقد صحّ وأخذ كلٌّ من البائع والمالك نصيبه من الثمن، وإن لم يُجز العقد بطل ورجع المشتري على البائع بما يقابل ما لايملكه البائع من الثمن.

وذهب بعضهم إلى بطلان بيع الفضولي من أصله، ولا خلاف بينهم في أنّ للمشتري أن يردّ جميع الصفقة. (جواهر الكلام ٢٢: ٢٧٣ ـ ٢٧٤، ٢٨٠ ـ ٢٨١، ٣٠٩ ـ ٣١٤، رياض المسائل ٨: ١١٩ ـ ١٢٢، ١٢٦ ـ ١٢٧، الحدائق الناضرة ١٨: ٣٧٦ ـ ٣٧٧، ٣٩٩ ـ ٤٠٠).

* أجمع فقهاء الإماميّة على أنّه يرجع المشتري على البائع بما دفعه إليه من الثمن عند ظهور كون المبيع لغير البائع وردّه إلى مالكه. (جواهر الكلام ٢٢: ٣٠١، رياض المسائل ١٢: ٢٨٩).

** أجمعت الإماميّة على أنّ فوائد المغصوب مضمونة بالغصب وهي مملوكة للمغصوب منه؛ لأنّها نماء ملكه وإن تجددت في يد الغاصب، فلو سمنت الدابة في ←

---

١. المدوّنة الكبرى ٥: ٣٨٧، ٣٩٤ ـ ٣٩٥، أصول الفتيا في الفقه: ٣٨٢.

٢. أصول الفتيا في الفقه: ٣٨٠، الكافي في فقه أهل المدينة: ٤٣٣.

٣. النوادر والزيادات ١٠: ٤١١.

وأمّا الزيادة من قبل المستحق منه: فمثل أن يشتري الدار فبنىٰ فيها فتُستحق من يده، فإنّه مخيَّر بين أن يدفع قيمة الزيادة ويأخذ ما استحقه، وبين أن يدفع اليه المستحق من يده قيمة ما استحق، أو يكونا شريكين، هذا بقدر قيمة ما استحق من يده، وهذا بقدر قيمة ما بنىٰ أو غرس[1]*، وهو قضاء عمر بن الخطاب[2].

وإمّا إن كانت الزيادة ولادةً من قبل المستحق منه، مثل أن يشتري أمةً فيولدها ثم تُستَحق منه، أو يزوّجها على أنها حرّة فتخرج أمة: فإنّهم اتّفقوا على أنّ المستحق ليس له أنْ يأخذ أعيان الولد، واختلفوا في أخذ قيمتهم، وأما الأُم فقيل: يأخذها بعينها، وقيل يأخذ قيمتها[3]**. وأمّا إن كان الولد بنكاح فاستُحقت بعبودية فلا خلاف أنّ لسيدها أن يأخذها

← يد الغاصب، أو تعلم المملوك صنعة أو علماً فزادت قيمته، ضمن الغاصب تلك الزيادة. (مسالك الأفهام ١٢: ٢١٧، ٢١٨، جواهر الكلام ٣٧: ١٦٦ ـ ١٦٧).

* قال جمع من فقهاء الإماميّة: إذا ابتاع إنسان أرضاً فبنىٰ فيها أو غرس، وأنفق فاستحقها عليه إنسان آخر، كان للمستحق قلع البناء والغرس، ويرجع المبتاع على البائع بقيمة ما ذهب منه، فإن كان ما غرسه قد أثمر فعلىٰ قولين:

الأوّل: كان ذلك لرب الأرض وعليه للغارس مثل ما أنفقه، وأجر مثله في عمله.

الثاني: الثمرة والزرع لصاحب الغرس والبذر، ولصاحب الأرض قلعه فإن فسدت الأرض بالغرس كان لربها عليها أرش ما أفسد ويرجع هو على البائع بذلك. (المقنعة: ٦١١، النهاية ونكتها٢: ١٨٦ ـ ١٨٧، السرائر ٢: ٣٣٣، ٣٣٤).

** لا خلاف بين فقهاء الإماميّة في أنّ للمالك انتزاع جاريته من المشتري الذي اشتراها من غير مالكها جاهلاً ثم ظهر أنها مستحقة. ←

---

١. النوادر والزيادات ١٠: ٤٠٦ ـ ٤٠٧، التفريع ٢: ٢٨٢.

٢. لم نعثر عليه.

٣. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٣٨٣، أصول الفتيا في الفقه: ٣٨٠، الكافي في فقه أهل المدينة: ٤٣٣.

ويرجع الزوج بالصداق على من غرّه، وإذا ألزمناه قيمة الولد لم يرجع بذلك على من غرّه، لأنّ الغرر لم يتعلق بالولد[١]*.

وأمّا إذا كان غير ضامن، مثل أن يكون وارثاً فيطرأ عليه وارث آخر فيستحق بعض ما في يده فإنّه يردّ الغلّة[٢]. وأمّا إن كان غير ضامن إلّا أنّه ادّعى في ذلك ثمناً، مثل العبد يُستحق بحرّية، فإنّه وإن هلك عنده يرجع بالثمن ففيه قولان: أنّه لا يضمن إذا لم يجد على من يرجع، ويضمن إذا وجد على مَن يرجع[٣]**.

← كما أنّه لا خلاف بينهم ـ بل حكي الإجماع عليه عن المبسوط والخلاف وغيرهما ـ في أنّ الولد يكون حرّاً، إلّا ما عن المفيد في المقنعة فحكم برقية الولد.

وقد نُسب قوله هذا إلى الشذوذ والضعف، وأجمعوا أنّ على المشتري أن يدفع للمالك قيمة الولد يوم سقط حياً. (كتاب الخلاف ٣: ١٥٩، مفتاح الكرامة ٩: ٦٣٩، ١٤: ٢٠٠، جواهر الكلام ٢٤: ٢٢٥ـ٢٢٨، ٣٧: ١٨١ـ١٨٢).

* لا خلاف بين فقهاء الإماميّة أنّ من أولد جارية قد اشتراها جاهلاً ثم ظهر أنّها مستحقة للغير فللمالك أن ينتزعها.

ولا خلاف معتدّاً به في أنّ للزوج الرجوع بما اغترمه من مهر وقيمة ولد على المدلِّس ـ إن كان النكاح فاسداً قطعاً ـ لقاعدة الغرور، وللأخبار. (جواهر الكلام ٢٤: ٢٢٥، ٣٠: ٣٦٦ ـ ٣٦٩، مسالك الأفهام ٨: ١٣٩ ـ ١٤١، كفاية الفقه ٢: ٢٠٨ـ٢٠٩).

** تقدم إجماع الإماميّة على أنّ فوائد المغصوب مضمونة بالغصب وهي مملوكة للمغصوب منه؛ لأنّها نماء ملكه، وإن كانت تجددت في يد الغاصب أعياناً، كانت كاللبن والشعر والولد والثمر، أو منافع كسكنى الدار. (جواهر الكلام ٣٧: ١٦٦، ١٦٧).

---

١. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٣٨٤، وانظر: أصول الفتيا في الفقه: ٣٨٠.

٢. منتخب الأحكام: ٢: ٢٥٠، المقدّمات الممهّدات ٢: ٥٠٧، البيان والتحصيل ١١: ١٧٦.

٣. المقدّمات الممهّدات ٢: ٥٠٧.

وأمّا من أي وقت تصحّ الغلّة للمستحق فقيل: يوم الحكم، وقيل: من يوم ثبوت الحق، وقيل: من يوم توقيفه[١].

وإذا قلنا: إنّ الغلّة تجب للمستحق في أحد هذه الأوقات الثلاثة: فإذا كانت أصولاً فيها ثمرة فأدرك هذا الوقت الثمر ولم يقطف بعده: فقيل: إنّها للمستحق ما لم تقطف، وقيل: ما لم تيبس، وقيل: ما لم يطب، ويرجع عليه بما سقىٰ وعالج المستحق من يديه، وهذا إن كان اشترىٰ الأُصول قبل الإبار، وأمّا إن كان اشتراها بعد الإبار فالثمرة للمستحق عند ابن القاسم إن جُذَّت ويرجع بالسقي والعلاج. وقال أشهب: هي للمستحق ما لم تُجذّ[٢].

والأرض إذا استحقت فالكراء إنّما هو للمستحق إن وقع الاستحقاق في إبّان زريعة الأرض. وأمّا إذا خرج الإبّان فقد وجب كراء الأرض للمستحق منه[٣].

وأمّا إن كان تغيَّر بنقصان: فإن كان من غير سبب المستحق من يديه فلا شيء على المستحق من يديه[٤].

وأمّا إن كان أخذ له ثمناً مثل أن يهدم الدار فيبيع نقضها ثم يستحقها من يده رجلٌ آخر، فإنّه يرجع عليه بثمن ما باع من النقض[٥].

قال القاضي: ولم أجد في هذا الباب خلافاً يُعتمد عليه فيما نقلته فيه من مذهب مالك وأصحابه، وهي أصولهم في هذا الباب، ولكن يجيء على أصول الغير أنّه إذا كان المستحق مشترىً بعرض وكان العرض قد ذهب أن يرجع المستحق من يده بعرض مثله لا بقيمته، وهم الذين يرون في جميع المتلفات المثل، وكذلك يجيء على أصول الغير أن يرجع على

---

١. المقدّمات الممهّدات ٢: ٥١٠، البيان والتحصيل ١١: ١٤٢ ـ ١٤٣.

٢. المقدّمات الممهّدات ٢: ٥٠٩ ـ ٥١٠.

٣. المدوّنة الكبرىٰ ٥: ٣٧٣ ـ ٣٧٤، أصول الفتيا في الفقه: ٣٨١.

٤. النوادر والزيادات ١٠: ٣٧٥ ـ ٣٧٦.

٥. النوادر والزيادات ١٠: ٤٠٧.

المشتري إذا استُحق منه قليل أو كثير، لأنّه لم يدخل على الباقي ولا انعقد عليه بيع ولا وقع به تراض *.

كمل كتاب الاستحقاق بحمد الله.

---

* أجمع فقهاء الإماميّة ـ إجماعاً محصلاً ومنقولاً ـ على أنّ للمشتري من غير المالك، أو من غير من له حق التصرُّف ولم يكن عالماً بكون المبيع لغير البائع واغترَّ بظاهر فعله، أو كان عالماً به لكن ادّعىٰ البائع إذن المالك له أن يرجع بالثمن وبما اغترمه للمالك ـ مما لم يكن له في مقابله نفع ـ من نفقة، أو عوض أُجرة، أو نماء، أو أرش جناية، أو قيمة شجر أفسده القلع، أو غير ذلك، أو بناء جدار في الأرض المباعة، أو قيمة ولد قد تولَّد من الأمة التي استحقت منه فأخذها مالكها منه، على البائع الذي غرّه. (جواهر الكلام ٢: ٣٠١).