



منشورات جامعة دمشق
كلية الشريعة

الفقه الاسلامي

الملكية وتوابعها

الجزء الثاني

الدكتور
وهبة الزحيلي

١٤٤٠ - ١٤٤١ هـ
٢٠١٨ - ٢٠١٩ م

جامعة دمشق

منشورات جامعة دمشق
كلية الشريعة



الفقه الإسلامي

(الملكية وتوابعها)

الجزء الثاني

الدكتور
وهبة الزحيلي
الأستاذ بجامعة دمشق
كلية الشريعة

جامعة دمشق


وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم

الحمد لله تعالى ، والصلاة والسلام على رسول الهدى ومعلم الناس الخير ، وعلى آله وصحبه الذين نفذوا أحكام الشرع القويم ، فدانت لهم الدنيا . وبعد :

فإن الملكية وخصائصها من أخطر مايقوم عليه النظام الاقتصادي في الماضي والحاضر ، وهي محور الخلاف بين النظامين العالميين المعاصرين : النظام الرأسمالي والنظام الاشتراكي .

لذا كان بحث الملكية وتوابعها من القضايا المهمة التي تشغل العالم ، وقد خصص لها منهاج الفصل الدراسي الثاني من السنة الثالثة في كلية الشريعة .

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

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

مفردات المنهاج المقرر

للفقه الإسلامي

ـ السنة الثالثة ـ

ـ الملكية : تعريفها ، أسبابها ، أنواعها ، طبيعتها (هل هي مطلقة أم مقيدة ؟)

ـ أحكام الأراضي : العشرية والخراجية ، وأراضي العنوة والصلح .

ـ إحياء الموات

ـ حق الارتفاق

ـ المزارعة ، المساقاة ، المغارسة

ـ اللقطة واللقيط

ـ أحكام المعادن والركاز والنفط ، الحمى والإقطاع

ـ القسمة (قسمة الأعيان ، قسمة المنافع ـ المهايأة)

ـ الغصب والإتلاف

ـ دفع الصائل (الدفاع عن النفس والمال والعرض)

الملكية وخصائصها

المطلب الأول – تعريف الملكية والملك :

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

والملك كما يطلق على هذه العلاقة ، يطلق أيضاً على الشيء المملوك ، تقول : هذا الشيء ملكي أي مملوك لي . وهذا المعنى هو المقصود في تعريف المجلة (م١٢٥) الملك : بأنه مامملكه الانسان ، سواء أكان أعيانا أو منافع . وبهذا المعنى يفهم قول الحنفية : إن المنافع والحقوق ملك وليست بمال .

وبناء عليه فالملك أعم من المال عندهم .

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

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

فإذا حاز الشخص مالاً بطريق مشروع أصبح مختصاً به ، واختصاصه به يمكنه من الانتفاع به والتصرف فيه إلا إذا وجد مانع شرعي يمنع من ذلك كالجنون أو العته أو السفه أو الصغر ونحوها . كما أن اختصاصه به يمنع الغير من الانتفاع به أو التصرف فيه إلا إذا وجد مسوغ شرعي يبيح له ذلك كولاية أو وصاية أو وكالة.

وتصرف الولي أو الوصي أو الوكيل لم يثبت له ابتداء ، وإنما بطريق النيابة

---

(١) حق الملكية وغيره لا يثبت إلا باقرار الشرع واعترافه به ، لأن الشرع هو مصدر الحقوق، وليس الحق في الشريعة حقا طبيعيا ، وانما هو منحة الهية منحها الخالق للافراد ولفئة لمصلحة الجماعة .

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

الشرعية عن غيره ، فيكون القاصر أو المجنون ونحوهما هو المالك ، إلا أنه ممنوع من التصرف بسبب نقص أهليته أو فقدانها ، ويعود له الحق بالتصرف عند زوال المانع أو العارض .

المطلب الثاني – قابلية المال للتملك وعدمها

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

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

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

وأملاك بيت المال (أو وزارة المالية ، أو الحكومة) لايصح بيعها إلا برأي الحكومة لضرورة أو مصلحة راجحة ، كالحاجة إلى ثمنها ، أو الرغبة فيها بضعف الثمن ونحو ذلك ، لأن أموال الدولة كأموال اليتيم عند الوصي لايتصرف فيها إلا للحاجة أو المصلحة ، قال الخليفة عمر رضي الله عنه :

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

---

(١) أجاز الحنفية الاستبدال بالوقوف ارضا اخرى للحاجة والمصلحة ، فقالوا : يجوز للقاضي النزيه العدل الآذن باستبدال الوقف، بشرط ان يخرج عن الانتفاع بالكلية ، وان لايكون هناك ريع للوقف يعمر به ، وان لا يكون البيع بغبن فاحش ، وان يستبدل بعقار لا بدراهم ودنانير (الدر المختار ورد المحتار : ٤٢٥/٣) .

٣ ـ مايجوز تملكه وتمليكه مطلقاً بدون قيد : وهو ماعدا النوعين السابقين .

المطلب الثالث ـ أنواع الملك :

الملك إما تام أو ناقص .

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

ومن أهم خصائصه : أنه ملك مطلق دائم لايتقيد بزمان محدود مادام الشيء محل الملك قائماً ، ولايقبل الاسقاط ، (أي جعل الشيء بلا مالك) ، فلو غصب شخص عينا مملوكه لآخر ، فقال المالك المغصوب منه : أسقطت ملكي ، فلا تسقط ملكيته ويبقى الشيء ملكاً له ، وإنما يقبل النقل ، إذ لايجوز أن يكون الشيء بلا مالك . وطريق النقل إما العقد الناقل للملكية كالبيع ، أو الميراث أو الوصية .

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

وإذا أتلف المالك مايملكه لاضمان عليه ، إذ لايتصور مالك وضامن في شخص واحد ، لكن يؤاخذ ديانة ، لأن اتلاف المال حرام ، وقد يؤاخذ قضاء ، فيحجر عليه إذا ثبت سفهه .

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

المطلب الرابع ـ أنواع الملك الناقص

وبناء عليه يكون الملك الناقص ثلاثة أنواع :

١ ـ ملك العين فقط :

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

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

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

٢ ـ ملك المنفعة الشخصي أو حق الانتفاع (١):

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

---

(١) يرى الحنفية : انه لافرق بين ملك المنفعة وحق الانتفاع ، وهما شيء واحد . فللمنتفع ان ينتفع بنفسه ، او ان يملك غيره المنفعة ، الا اذا وجد مانع صريح من قبل مالك العين ، او وجد مانع يقتضيه العرف والعادة ، فمن وقف داره لسكنى الطلاب الفقراء كان للطالب حق السكنى فقط ، وحق الانتفاع بالمرافق العامة كالمدارس والجامعات والشارع مقيد بالمنتفع فقط ، وليس له تمليك غيره . وهذا الرأي هو المعمول به قانوناً. وقال المالكية : هناك فرق بين ملك المنفعة وحق الانتفاع . فملك المنفعة اختصاص يكسب صاحبه ان ينتفع بنفسه ، وان يملكها لغيره بعوض او بغير عوض . وأما حق الانتفاع : فهو مجرد رخصة بالانتفاع الشخصي بناء على اذن عام كحق الانتفاع بالمنافع العامة كالطرق والانهار والمدارس والمصحات وغيرها ، او اذن خاص كحق الانتفاع بملك شخص اذن له به ، كركوب سيارته ، والمبيت في منزله ، وقراءة كتبه ، ونحو ذلك . فليس للمنتفع ان يملك المنفعة لغيره ، فتمليك الانتفاع : هو أن يباشر المنتفع بنفسه ، وتمليك المنفعة أعم واشمل ، فيباشر بنفسه ويمكن غيره من الانتفاع بعوض كالاجارة ، وبغير عوض كالاعارة .

(راجع الفروق للقرافي : ١ / ١٨٧ ، الفرق ٣٠) .

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

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

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

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

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

وسواء أكانت الإباحة مفيدة الملك بالانتفاع بالشيء بالفعل أو باحرازه كما يرى الحنفية ، أو مجرد الانتفاع الشخصي كما يرى المالكية ، فإن الفقهاء متفقون على أنه ليس للمنتفع إنابة غيره في الانتفاع بالمباح له ، لابالإعارة ولا بالإباحة لغيره .

والفرق بين الإباحة والملك هو :

أن الملك يكسب صاحبه حق التصرف في الشيء المملوك مالم يوجد مانع . أما

الإباحة : فهي حق الإنسان بأن ينتفع بنفسه بشيء بموجب إذن . والإذن قد يكون من المالك كركوب سيارته ، أو من الشرع كالانتفاع بالمرافق العامة ، من طرقات وأنهار ومراعي ونحو ذلك .

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

خصائص حق المنفعة أو الانتفاع الشخصي :

يتميز الملك الناقص أو حق المنفعة الشخصي بخصائص أهمها مايأتي :

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

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

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

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

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

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

انتهاء حق المنفعة :

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

١ ــ انتهاء مدة الانتفاع المحددة .

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

٣ ــ وفاة المنتفع عند الحنفية ، لأن المنافع لا تورث عندهم .

٤ ــ وفاة مالك العين : إذا كانت المنفعة من طريق الإعارة أو الإجارة ، لأن الإعارة عقد تبرع ، وهو ينتهي بموت المتبرع ، ولأن ملكية المأجور تنتقل إلى ورثة المؤجر .

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

٣ ــ ملك المنفعة العيني أو حق الارتفاق :

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

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

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

والماء بالنسبة لهذا الحق أربعة أنواع (١) :

آ — ماء الأنهار العامة كالنيل ودجلة والفرات ونحوها من الأنهار العظيمة : لكل واحد الانتفاع به ، لنفسه ودوابه وأراضيه ، بشرط عدم الاضرار بالغير لحديث : « الناس شركاء في ثلاث : الماء والكلأ والنار » وحديث « لاضرر ولاضرار ».

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

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

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

وحق المجرى : هو حق صاحب الأرض البعيدة عن مجرى الماء في إجرائه من ملك جاره إلى أرضه لسقيها . وليس للجار أن يمنع مرور الماء لأرض جاره ، وإلا كان له اجراؤه جبراً عنه ، دفعاً للضرر عنه .

وحق المسيل : هو مجرى على سطح الأرض ، أو أنابيب تنشأ لتصريف المياه

---

(١) البدائع : ١٨٨/٦ وما بعدها ، تكملة فتح القدير : ١٤٤/٨ ، القوانين الفقهية : ص ٣٣٩ ، نهاية المحتاج : ٢٥٥/٤ ، المغني : ٥٢١/٥ .

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

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

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

أ — **حق التعلي :** وهو الثابت لصاحب العلو على صاحب السفل .

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

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

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

فالضرر في كل أنواع الجوار ممنوع ، أما التصرفات التي يشكل أمرها في الجوار العلوي فلا يعلم . أيحصل منها ضرر أم لا ، كفتح باب ونافذة في الطابق الأسفل ،

أو وضع متاع ثقيل في الطابق الأعلى قد يؤثر في السقف ، فهذه مختلف في منعها(١) : فقال أبو حنيفة : يمنع هـذا التصرف إلا بإذن الجار ، لأن الأصل في تصرفات المالك في ملكه ، التي يتعلق بها حق الغير : هو المنع والحظر ، لأن ملكه ليس خالصاً ، فلا يباح له إلا مايتعين فيه عدم الضرر ، ويتوقف ماعداه على إذن صاحب الحق ورضاه.. وهذا الرأي هو المفتى به عند الحنفية .

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

أمور ثلاثة متعلقة بحقوق الارتفاق :

الأول ــ الفرق بين حق الارتفاق وحق الانتفاع الشخصي :

يفترق حق الارتفاق عز حق الانتفاع من نواح تالية :

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

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

---

(١) فتح القدير : ٥/٥٠٣ ، رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين : ٤/٣٧٢ ، ط البابي الحلبي ، البدائع : ٦/٢٦٤ ، البحر الرائق : ٧/٣٢ ، تبيين الحقائق للزيلعي : ٤/١٩٦ .

(٢) المنتقى على الموطأ : ٦/٤٠ وما بعدها ، القوانين الفقهية : ص ٢٤١ .

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

٤ ــ حق الارتفاق يورث حتى عند الحنفية الذين لايعتبرونه مالاً ، لأنه تابع العقار . وأما حق الأنتفاع فمختلف في إرثه بين الفقهاء كما بينا .

الثاني ــ خصائص حقوق الارتفاق :

لحقوق الارتفاق أحكام عامة وخاصة .

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

وأما الأحكام الخاصة فقد أجملنا بعضها في كل نوع من أنواع هذه الحقوق، ومن أراد التوسع فليرجع إلى المصادر الفقهية .

الثالث ــ أسباب حقوق الارتفاق :

تنشأ حقوق الارتفاق بأسباب متعددة منها :

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

٢ ــ الاشتراط في العقود : كاشتراط البائع على المشتري أن يكون له حق

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين : ٥/٤٢٧ .

به ، أو حق شرب لأرض أخرى مملوكة له . فيثبت هذان الحقان بهذا الشرط .

٣ ــ التقادم : أن يثبت حق ارتفاق لعقار من زمن قديم لايعلم الناس وقت ثبوته ، كارث أرض زراعية لها حق المجرى أو المسيل على أرض أخرى ، لأن الظاهر أنه ثبت بسبب مشروع حملا لأحوال الناس على الصلاح ، حتى يثبت العكس .

المطلب الخامس ــ أسباب الملك التام :

إن أسباب أو مصادر الملكية التامة في الشريعة أربعة هي :

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

وهذه الأسباب تتفق مع الأسباب الشرعية (٢) ماعدا الحيازة والتقادم (وضع اليد على مال مملوك للغير مدة طويلة) ، فإن الإسلام لايقر التقادم المكسب على أنه سبب للملكية ، وإنما هو مجرد مانع من سماع الدعوى بالحق الذي مضى عليه زمن معين (٣) ، توفيراً لوقت القضاء ، وتجنباً لما يثار من مشكلات الإثبات ، والشك في أصل الحق . أما أصل الحق فيجب الاعتراف به لصاحبه وإيفاؤه له ديانة . فمن وضع يده على مال مملوك لغيره لايملكه شرعاً بحال .

كذلك لايقر الإسلام مبدأ التقادم المسقط على أنه مسقط للحق بترك المطالبة به مدة طويلة .

---

(١) راجع الفصل الثاني من حق الملكية ــ أسباب كسب الملكية : م ٨٢٨ ، ٨٣٦ ، ٨٧٦ ، ٨٧٩ ، ٨٩٤ ، ٩٠٧ وما بعدها من القانون المدني السوري .

(٢) يلاحظ ان المادة (١٢٤٨) من المجلة اقتصرت على الاسباب الثلاثة الاولى للتملك . ولكن من الضروري اضافة سبب رابع وهو التولد من المملوك اذ هو سبب مستقل من تلك الاسباب .

(٣) حدده الفقهاء بـ ٣٣ سنة ، وحددته المجلة (م ١٦٦١ ، ١٦٦٢) في الحقوق الخاصة بـ ١٥ سنة وفي الاراضي الاميرية بـ ١٠ سنوات ، وفي الاوقاف واموال بيت المال بـ ٣٦ سنة.

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

١ – الاستيلاء على المباح

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

آ – إنه سبب منشىء للملكية على شيء لم يكن مملوكاً لأحد . أما بقية أسباب الملكية الأخرى (العقد ، الميراث ونحوهما) ، فإن الملكية الحادثة مسبوقة بملكية أخرى ، فهي سبب ناقل .

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

ويشترط لهذا الطريق أي إحراز المباح شرطان :

أولهما – ألا يسبق إلى احرازه شخص آخر ، لأن « من سبق إلى مالم يسبقه إليه مسلم فهو له » كما قال النبي عليه الصلاة والسلام .

ثانيهما – قصد التملك : فلو دخل الشيء في ملك إنسان دون قصد منه لايتملكه ، كما إذا وقع طائر في حجر إنسان ، لايتملكه . ومن نشر شبكته ، فإن كان للاصطياد تملك مايقع فيها ، وإن كان للتجفيف لم يتملك مايقع فيها . لأن « الأمور بمقاصدها » .

والاستيلاء على المباح له صور أربعة :

أولاً – **احياء الموات** : أي استصلاح الأراضي البور . والموات : ماليس مملوكاً من الأرضين ، ولاينتفع بها بأي وجه انتفاع ، وتكون خارجة عن البلد . فلا يكون

مواتاً : ماكان ملكاً لأحد الناس أو ماكان داخل البلد . أو خارجاً عنها . ولكنه مرفق لها كمحتطب لأهلها أو مرعى لأنعامهم .

والإحياء يفيد الملك لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « من أحيا أرضاً ميتة فهي له » سواء أكان الاحياء بإذن الحاكم أم لاعند جمهور الفقهاء.وقال أبو حنيفة ومالك : لابد من إذن الحاكم . واحياء الأرض الموات يكون بجعلها صالحة للانتفاع بها كالبناء والغرس والزراعة والحرث وحفر البئر . وعمل مستصلح الأرض لاحيائها يسمى فقهاً « التحجير » وقد حدد بثلاث سنين ، قال عمر : « ليس لمتحجر بعد ثلاث سنين حق » .

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

والصيد حلال للإنسان إلا إذا كان محرماً بالحج أو العمرة ، أو كان المصيد في حرم مكة المكرمة أو المدينة المنورة ، قال تعالى : « أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعاً لكم وللسيارة ، وحرم عليكم صيد البر مادمتم حرما » .

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

---

(١) قال تعالى : « يسألونك ماذا أحل لهم، قل : أحل لكم الطيبات، وما علمتم من الجوارح مكلبين ، تعلمونهن مما علمكم الله ، فكلوا مما أمسكن عليكم ، واذكروا اسم الله عليه ، واتقوا الله ، ان الله سريع الحساب » (المائدة /٤/) .

وإذا دخل طائر في دار إنسان ، فأغلق صاحبها الباب لأخذه ، ملكه . وان أغلقه صدفة ، لم يملكه . وهكذا لو وقع الصيد في حفرة أو ساقية ، المعول في تملكه على نية صيده . وإلا فلمن سبقت إليه يده .

ثالثاً – الاستيلاء على الكلأ والآجام :

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

والآجام : الأشجار الكثيفة في الغابات أو الأرض غير المملوكة .

وحكم الكلأ : أن لايملك ، وان نبت في أرض مملوكة ، بل هو هو مباح للناس جميعاً ، لهم أخذه ورعيه ، وليس لصاحب الأرض منعهم منه ، لأنه باق على الإباحة الأصلية ، وهو الراجح في المذاهب الأربعة ، لعموم حديث : « الناس شركاء في ثلاثة : الماء والكلأ والنار » (١) .

وأما الآجام: فهي من الأموال المباحة إن كانت في أرض غير مملوكة ، فلكل واحد حق الاستيلاء عليها ، وأخذ مايحتاجه منها ، وليس لأحد منع الناس منها ، وإذا استولى شخص على شيء منها وأحرزه صار ملكاً له .

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

رابعاً – الاستيلاء على المعادن والكنوز :

المعادن : مايوجد في باطن الأرض من أصل الخلقة والطبيعة ، كالذهب والفضة والنحاس والحديد والرصاص ونحوها .

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

---

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

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

وقال المالكية والشافعية والحنابلة : الركاز : دفين الجاهلية . والمعدن : دفين أهل الإسلام .

حكم المعادن :

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

أما تملك المعادن فللفقهاء فيه رأيان :

قال المالكية في أشهر أقوالهم(١) : جميع أنواع المعادن لاتملك بالاستيلاءعليها، كما لاتملك تبعاً لملكية الأرض ، بل هي للدولة يتصرف فيها الحاكم حسبما تقضي المصلحة ، لأن الأرض مملوكة بالفتح الإسلامي للدولة ، ولأن هذا الحكم مما تدعو إليه المصلحة .

وقال الحنفية(٢) : المعادن تملك بملك الأرض ، لأن الأرض إذا ملكت ملكت بجميع أجزائها ، فإن كانت مملوكة لشخص كانت ملكاً له ، وإن كانت في أرض للدولة فهي للدولة ، وإن كانت في أرض غير مملوكة فهي للواجد ، لأنها مباحة تبعاً للأرض ، وذلك على تفصيل سيأتي في بحث المعادن والاقطاع ،فعند الشافعية يملك المحيي المعادن الباطنية ، وعند الحنابلة يملك المحيي المعادن الجامدة .

وأما حق الدولة في المعادن ففيه رأيان أيضاً :

قال الحنفية : في المعادن الخمس ، لأن الركاز عندهم يشمل المعادن والكنوز

---

(١) القوانين الفقهية : ص ١٠٢ ، الشرح الكبير مع الدسوقي : ٤٨٦/١ وما بعدها .
(٢) الدر المختار ورد المحتار : ٦١/١ وما بعدها ، المهذب : ١٦٢/١ ، المغني : ٢٨/٢ ، ٥٢٠/٥ .

بمقتضى اللغة، والباقي للواجد نفسه . وذلك في المعادن الصلبة القابلة للطرق والسحب كالذهب والفضة والحديد والنحاس والرصاص . أما المعادن الصلبة التي لاتقبل الطرق والسحب كالماس والياقوت والفحم الحجري ، والمعادن السائلة كالزئبق والنفط فلا يجب فيها شيء للدولة ، لأن الأولى تشبه الحجر والتراب ، والثانية تشبه الماء ، ولايجب في ذلك شيء للدولة ، إلا الزئبق فيجب فيه الخمس .

وقال غير الحنفية : لايجب في المعادن شيء للدولة ، لاالخمس وغيره ، وإنما يجب فيها الزكاة ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « العجماء جُبَّار ، والبئر جبار ، والمعدن جبار ، وفي الركاز الخمس»(١) فأوجب الخمس في الركاز : وهو دفين أهل الجاهلية ، ولم يوجب في المعدن شيئاً، لأن «الجبار » معناه : لاشيء فيه . وايجاب الزكاة عندهم هو بعموم أدلة الزكاة .

حكم الكنز :

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

فالاسلامي : ماوجد به علامة أو كتابة تدل على أنه دفن بعد ظهور الاسلام مثل كلمة الشهادة أو المصحف ، أو آية قرآنية أو اسم خليفة مسلم .

والجاهلي : ماوجد عليه كتابة أوعلامة تدل على أنه دفن قبل الاسلام كنقش صورة صنم أو وثن ، أو اسم ملك جاهلي ونحو ذلك .

والمشتبه فيه : وهو مالم يتبين بالدليل أنه اسلامي أو جاهلي ، قال فيه متقدمو الحنفية: إنه جاهلي . وقال متأخروهم : إنه اسلامي لتقادم العهد . وإن وجد كنز مختلط فيه علامات الاسلام والجاهلية فهو اسلامي ، لأن الظاهر أنه ملك مسلم ، ولم يعلم زوال ملكه .

والكنز الإسلامي : يبقى على ملك صاحبه ، فلا يملكه واجده ، بل يعتبر كاللقطة ، فيجب تعريفه والاعلان عنه . فإن وجد صاحبه سلم إليه وإلا

---

(١) رواه الائمة الستة في كتبهم عن ابي هريرة (نصب الراية : ٢/٣٨٠) .

تصدق به على الفقراء ، ويحل للفقير الانتفاع به . هذا رأي الحنفية (١) .

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

وأما الكنز الجاهلي : فاتفق أئمة المذاهب على أن خمسه لبيت المال (خزانة الدولة) وأما باقيه وهو الأربعة الأخماس ، ففيه اختلاف : فقيل : إنها للواجد مطلقاً سواء وجدها في أرض مملوكة أم لا . وقيل : إنها للواجد في أرض غير مملوكة أو في أرض ملكها بالاحياء . فإن كان في أرض مماركة فهي لأول مالك لها أو لورثته إن عرفوا ، وإلا فهي لبيت المال .

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

٢ ـ العقود الناقلة للملكية :

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

ويدخل في العقود التي هي سبب مباشر للملكية حالتان(٣) :

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

الثانية : نزع الملكية الجبري : وله صورتان:

---

(١) فتح القدير : ٣٠٧/٢ ، البدائع : ٢٠٢/٦ ، المبسوط : ٤/١١ وما بعدها ، الدر المختار : ٣ / ٣٥١ .

(٢) بداية المجتهد : ٣٠١/٢ ، الشرح الكبير مع الدسوقي : ١٢١/٤ ، المهذب : ٤٣٠/١ ، مغني المحتاج : ٤١٥/٢ ، المغني : ٦٣٦/٥ .

(٣) المدخل الفقهي العام للاستاذ الزرقاء : ف ١٠٥ .

آ ـ الشفعة : وهي حق الشريك أو الجار الملاصق بتملك العقار المبيع جبراً على مشتريه بما بذل من ثمن ونفقات .

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

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

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

٣ ـ الخلافة :

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

والإرث سبب جبري للتملك يتلقى به الوارث بحكم الشرع مايتركه المورث من أموال التركة .

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

٤ ـ التولد من المملوك :

معناه أن مايتولد من شيء مملوك يكون مملوكاً لصاحب الأصل . لأن مالك الأصل هو مالك الفرع ، سواء أكان ذلك بفعل مالك الأصل ، أو بالطبيعة والخلقة . فغاصب الأرض الذي زرعها يملك الزرع لأنه نماء البذر وهو ملكه ، ويضمن لصاحب الأرض نقصانها بسبب الزرع . وثمرة الشجر وولد الحيوان وصوف الغنم ولبنها لمالك الأصل .

هل الملكية الفردية في تشريع الإسلام ... مطلقة أم مقيدة ؟

عرفنا أن البيع بمثابة قانون منظم لمعاملات الأفراد وحقوق التملك ، ولاحظنا الهدف من قيود الشرع في التعامل وأهمها الحفاظ على حقوق الناس الطبيعية فيما يتملكونه من أموال ، فلا تنتقل ملكية أحد إلى آخر إلا في دائرة الحق والعدل ، دون أن يكون هناك غش أو غبن أو تغرير أو استغلال أو جهالة تؤدي إلى المنازعة واضطراب المعاملات ، أو أكل أموال الناس بالباطل . وهذه هي أهم الأسباب التي تؤثر على العقد فتجعله فاسداً أو باطلاً . وهو مناط تحريم العقد في شرعة الإسلام .

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

تمهيد :

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

فالنظام الرأسمالي : يعترف بحق الفرد في تملك الأموال ملكية خاصة ، سواء أكانت هذه الأموال من أموال الاستهلاك ، أو من أموال الانتاج ، على أنه لايشترط أن تكون جميع الأموال مملوكة للأفراد ، بل يجوز للدولة أو أحد فروعها أن تمتلك جانباً من هذه الأموال ، كما لايشترط أن يكون حق الملكية الفردية مطلقاً ، بل يجوز أن ترد عليه بعض القيود للمنفعة العامة .

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

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

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

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

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

وأما ملكية أموال الانتاج : فهي ملكية اشتراكية تظهر بشكل ملكية للدولة، أو بشكل ملكية تعاونية ، ومع ذلك فلم تلغ الملكية الخاصة لأموال الانتاج الغاء كاملاً في روسيا ، فيسمح القانون الروسي بالمشاريع الاقتصادية الصغيرة الخاصة بالفلاحين القرويين وبالحرفيين على أن يقوموا بعملهم شخصياً ، وبشرط ألا يستغلوا فيه جهد الآخرين(٤) ، مما أوجد نوعاً ثالثاً من أنواع المشروعات الزراعية هو المشروعات

---

(١) راجع اصول الاقتصاد لاستاذنا الدكتور محمد حلمي مراد ص : ١٥١ - ١٨٣ .

(٢) وهي الارض وراس المال والعمل .

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

(٤) هذا هو نص المادة التاسعة من الدستور السوفييتي ، وقريب منها نص المادة السابعة: « لكل عائلة من عوائل المزرعة التعاونية بالاضافة الى دخلها الاساسي الذي يأتيها من اقتصاد المزرعة التعاونية المشترك قطعة من الارض خاصة بها ، وملحقة بمحل السكن . ولها في الارض اقتصاد اضافي ومنزل للسكنى وماشية منتجة وطيور وادوات زراعيـة بسيطة كملكيـة خاصـة » .

الفردية بجانب المزارع الحكومية والمزارع المشتركة . وعلى هذا فليست الملكيه الشخصية حقاً مطلقاً ثابتاً ،وإنما هي متطورة في محورها العام نحو الملكية الجماعية ، لأن الملكية في ذاتها وظيفة اجتماعية تخدم مصالح الجماعة .

وغاية النظام الاشتراكي تحقيق العدالةالاجتماعية ، لذا فإنه يهتم بالدرجة الأولى في إشباع كل حاجات الأفراد ، ولكن بحسب ضرورتها وأهميتها(١) من أجل تحقيق مستوى مادي ومعنوي لائق بكرامة الإنسان ، ثم السعي لرفع ذلك المستوى بشكل مستمر ،مما جعل الجماهير الكادحة تتجه أنظارها إلى النظام الاشتراكي باعتباره المنقذ من أدران الرأسمالية .

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

وبناء عليه فهو يعترف بحق الإنسان في التملك الفردي ، ويمنحه حق الانتفاع والاستغلال المشروع ، والتصرف فيه طوال حياته وبعد مماته في حدود معينة تعتبر أوسع بكثير من القدر الذي تسمح به الشيوعية ، ولكنه لايعطي المالك السلطان المطلق

---

(١) هدف الرأسمالية اشباع حاجات الافراد بحسب القدرة الشرائية مما يؤدي الى عجز بعض الافراد عن سد حاجاتهم الضرورية ، بينما يشبع فريق آخر حاجاته الترفية المتعددة

فيما يملك بغير أي قيد عليه كما تفعل الرأسمالية . فهو لايسمح بالربا والاحتكار ، ولا أن تكون الملكية سبيلا للاستغلال والطغيان . وبذلك يجمع الاسلام بين مزايا كل من الاشتراكية والرأسمالية ويتجنب أوجه الانحراف والمبالغة في كل منهما(١) .

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

وإنما الإسلام نظام قائم بنفسه لاينسب إلى مذهب جديد أو قديم ، مهمته الربط بين قوى الحياة ومواهب الفطرة في كيان المرء وبين ثمار الطبيعة الظاهرة والباطنة ، فيحدث التفاعل بين الجانبين ، وتتكون الحضارة الصالحة بما في الانسان من مواهب العقل والروح وما في الكون من أسرار الحقائق وكنوز المال والثروة ، وبما في الاسلام من حلول جذرية لمشكلات الحياة ، وقواعد للفرد والمجتمع في الحقوق والواجبات . وإذا كان في الاشتراكية بعض المعاني الإنسانية التي جاء بها الاسلام من ضرورة التكافل الاجتماعي ، فلا يعني ذلك أن نظام الإسلام هو النظام الاشتراكي الماركسي .

المال والملكية في تقدير الإسلام :

المال عند الحنفية كما عرفنا : هو مايميل إليه الإنسان طبعاً ، ويمكن ادخاره لوقت الحاجة . وعند الجمهور : هو كل ماله قيمة يباع بها ويلزم متلفه وان قلّت ، ومالا يطرحه الناس مثل الفلس وماأشبه ذلك . وهذا التعريف مأخوذ عن الإمام الشافعي رضي الله عنه (٢).

وبناء على التعريف الأول لاتكون المنافع والحقوق المجردة مالاً ماعدا منفعة العين المؤجرة ، وعلى التعريف الثاني تكون المنافع أموالاً متقومة في ذاتها يمكن أن تورث .

---

(١) الفكر الاسلامي الحديث للدكتور محمد البهي : ص ٣٨٧ ، شبهات حول الاسلام للاستاذ محمد قطب : ص ٢٧ ، نظرية الاسلام السياسية للمودودي : ص ٥٧ .

(٢) الاشباه والنظائر للسيوطي : ص ٢٥٨ .

والملك : هو اختصاص حاجز شرعاً يسوغ صاحبه التصرف إلا لمانع(١).

والمال في الحقيقة لله سبحانه : « لله ملك السموات والأرض ومافيهن »(٢)وتملك الإنسان للمال مجاز . أي أنه مؤتمن على المال ومستخلف عليه :« وأنفقوا مما جعلكم مستخلفين فيه » .

قال عروة رضي الله عنه : « أشهد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى : أن الأرض أرض الله ، والعباد عباد الله . ومن أحيا مواتاً فهو أحق به » . ويترتب عليه أن الإنسان ملزم بالتقيد بأوامر الله سبحانه في التملك بحسب مايريده صاحب الملك . والناس على السواء . لهم حق في تملك خيرات الأرض . والملكية الفردية حق ممنوح من الله تعالى ، والمال ليس غاية مقصودة لذاتها . وإنما هو وسيلة للانتفاع بالمنافع وتأمين الحاجيات (٣).

ومن الجدير بالذكر أنه لم يحدث في تاريخ الإسلام أن أخذ مال غني بغير رضاه وأعطي لفقير ، مهما اشتدت الحاجة وبلغت الفاقة . وإنما كان النبي صلى الله عليه وسلم يحض المسلمين على البذل . ويرغبهم في العطاء من غير أمر ولا عزيمة ، فجاء أبو بكر مرة بماله كله ، وجاء عمر بنصف ماله ، وجهز عثمان جيش العسرة بجميع مايلزمه ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : « ماضر عثمان مافعل بعد اليوم»(٤)

تقييد الملكية :

يقول بعض الكاتبين : لما كان المال مال الله ، والناس جميعاً عباد الله ، وكانت

---

(١) المدخل الفقهي للاستاذ مصطفى الزرقاء ، المجلد الاول : جـ ١ ص ٢٢٠ ، والمراد من كلمة « حاجز » انه الذي يخول صاحبه منع غيره وهو قريب المعنى من المفهوم اللغوي للملكية الذي يدل على معنى الاستئثار والاستبداد مما يتعلق به من الاشياء . والمراد من جملة ((يسوغ صاحبه التصرف))ان الملك قدرة مبتدأة لا مستمدة من شخص آخر .

(٢) المائدة : ١٢٠ .

(٣) انظر اشتراكية الاسلام للمرحوم الدكتور مصطفى السباعي : ص ٧٧ وما بعدها ، التكافل الاجتماعي في الاسلام لاستاذنا الشيخ محمد ابو زهرة : ص ١٤ وما بعدها .

(٤) انظر بحث الملكية الفردية في الاسلام للاستاذ محمد عبد الله كنون المنشور مع بحوث المؤتمر الاول لمجمع البحوث في الازهر : ص ١٨٦ ، وانظر حديث عثمان في التلخيص الحبير ص ٢٧٨ .

الحياة التي يعملون فيها ويعمرونها بمال الله هي أيضاً لله ، كان من الضروري أن يكون المال — وإن ربط باسم شخص معين — لجميع عباد الله ، وينتفع به الجميع ، قال الله تعالى : « هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً » وبهذا يكون للمال وظيفة اجتماعية هدفها اسعاد المجتمع وقضاء حاجياته ومصالحه ، وتكون الملكية الشخصية إذن في نظر الإسلام وظيفة اجتماعية(١) .

ويرى أستاذنا الشيخ محمد أبو زهرة أنه لامانع من وصف الملكية بكونهاوظيفة اجتماعية ، ولكن يجب أن يعرف أنها بتوظيف الله تعالى ، لابتوظيف الحكام ، لأن الحكام ليسوا دائماً عادلين (٢) .

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

وبعبارة أخرى : إن الاسلام لايمنع الملكية الفردية مطلقاً ، ولا يطلقها بلا حدود . قال الله تعالى : « ياأيها الذين آمنوا لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ، إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » ، « الذين في أموالهم حق للسائل والمحروم »، « والله فضل بعضكم على بعض في الرزق » ، « ذلك فضل الله يؤتيه من يشاء » ويقول الرسول صلى الله عليه سلم : « كل المسلم على المسلم حرام : دمه وماله وعرضه »(٣) « إن دماءكم وأموالكم حرام عليكم كحرمة يومكم هذا في بلدكم

---

(١) انظر مقال شيخ الازهر السابق لاستاذنا الشيخ محمود شلتوت في جريدة الجمهورية ٢٢ كانون الاول (ديسمبر) ١٩٦١ ، اشتراكية الاسلام للسباعي : ص ٨٠ .

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

(٣) رواه مسلم وغيره عن ابي هريرة رضي الله عنه (راجع الترغيب والترهيب : ٣ ص ٦٠٩ وما بعدهـــا) .

هذا في شهركم هذا »(١) ، « لايحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه» (٢)

وبناء عليه فيحرم التعدي على ملكيات الأفراد مادامت مشروعة ، قال صلى الله عليه وسلم : « من ظلم شبراً من الأرض طوقه الله من سبع أرضين »(٣) .

وقرر الإسلام عقوبات على السرقة والغصب والسلب والغش ، والجباية الظالمة ونحوها ، وطالب بضمان الأموال المتلفة . وأما الملكية غير المشروعة فيجوز للدولة التدخل في شأنها لرد الأموال إلى أصحابها ، بل إن لها الحق في مصادرتها ، سواء أكانت منقولة أم غير منقولة ، كما فعل سيدنا عمر في مشاطرة بعض ولاته الذين وردوا عليه من ولاياتهم بأموال لم تكن لهم ، استجابة لمصلحة عامة : وهو البعد بها عن الشبهات وعن اتخاذها وسيلة للثراء(٤) ، لأن الملكية مقيدة بالطيبات والمباحات ، أما المحرمات التي تجيء عن طريق الرشوة أو الغش أو الربا أو التطفيف في الكيل والميزان أو الاحتكار أو استغلال النفوذ والسلطة ، فلا تصلح سبباً مشروعاً للتملك .

وكذلك يحق للدولة التدخل في الملكيات الخاصة المشروعة لتحقيق العدل والمصلحة العامة سواء في أصل حق الملكية ، أو في منع المباح وتملك المباحات قبل الإسلام وبعده إذا أدى استعماله إلى ضرر عام ، كما يتضح من مساوئ الملكية الاقطاعية ، ومن هنا يحق لولي الأمر العادل أن يفرض قيوداً على الملكية ، فيحددها بمقدار معين أو ينتزعها من أصحابها مع دفع تعويض عادل عنها(٥) إذا كان

---

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

(٢) اخرجه الدار قطني في سننه بلفظ : « لا يحل لامرىء من مال اخيه شيء الا ما طابت به نفسه » ولهالفاظ وروايات كثيرة منها : مارواه الحاكم وابن حبان في صحيحيهما عن ابي حميد الساعدي بلفظ : « لا يحل لامرىء ان ياخذ عصا اخيه بغير طيبة نفس منه » (انظر مجمع الزوائد : ٤ ص ١٧١ ، نصب الراية : ٤ ص ١٦٩ ، سبل السلام : ٣ ص ٦٠)

(٣) متفق عليه بين البخاري ومسلم واحمد عن عائشة (نيل الاوطار : ٢١٧/٥) .

(٤) انظر التلخيص الحبير : ص ٢٥٤ .

(٥) ولا تعويض وانما يصادر المال اذا كان مكتسبا بطريق غير مشروع كالاغتصاب والاختلاس او كان سبب اكتسابه مشتبها فيه ، ولقد صادر النبي صلى الله عليه وسلم وصحابته وبخاصة سيدنا عمر اموال الولاة الذين ذكروا سببا غير مشروع لملكياتهم كالاهداء أو لم يبينوا من اين ملكوا المال .

ذلك في سبيل المصلحة العامة للمسلمين (١) . ومن المقرر عند الفقهاء أن لولي الأمر أن ينهي إباحة الملكية بحظر يصدر منه لمصلحة تقتضيه ، فيصبح ماتجاوزه أمراً محظوراً ، فإن طاعة ولي الأمر واجبة بقوله تعالى : « ياأيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم » وأولو الأمر : الأمراء والولاة كما روى ابن عباس وأبو هريرة ، وقال الطبري : إنه أولى الأقوال بالصواب .

ومن أمثلة تدخل ولي الأمر في الملكية : ماروى محمد الباقر عن أبيه علي زين العابدين أنه قال : « كان لسمرة بن جندب نخل في حائط (أي بستان) رجل من من الأنصار ، وكان يدخل هو وأهله فيؤذيه ، فشكا الأنصاري ذلك إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال رسول الله لصاحب النخل : بعه ، فأبى ، فقال الرسول : فاقطعه ، فأبى ، فقال : فهبه ولك مثله في الجنة ، فأبى ، فالتفت الرسول إليه وقال : أنت مضار ، ثم التفت إلى الأنصاري ، وقال : اذهب فاقلع نخله »(٢) ففي هذه هذه الحادثة مايدل على أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يحترم الملكية المعتدية ، وهو القائل في القضاء في حقوق الارتفاق : « لاضرر ولا ضرار »(٣) ، وروى أبو أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لايمنع أحدكم جاره خشبة يغرزها في جداره » (٤) . وشرع الاسلام حق الشفعة على الملكية دفعاً للضرر واقراراً لقاعدة المصلحة .

ومن الأمثلة أيضاً ماروى الإمام مالك في الموطأ : وهو أن رجلاً اسمه الضحاك بن خليفة ساق خليجاً من العريض (واد في المدينة) ، فأراد أن يمر به في أرض محمد ابن مسلمة ، فأبى ، فكلم فيه الضحاك عمر بن الخطاب ، فدعا عمر محمد بن مسلمة ، فأمره أن يخلي سبيله ، فقال محمد : « لا ، فقال عمر : لم تمنع أخاك ماينفعه ، وهو

---

(١) انظر بحث الاستاذ الشيخ علي الخفيف « الملكية الفردية وتحديدها في الاسلام » ص ١١٣ ، ١٢٨ وما بعدها من كتاب المؤتمر الاول لمجمع البحوث الاسلامية .

(٢) انظر الاحكام السلطانية لابي يعلى ، مطبعة البابي الحلبي : ص ٢٨٥ .

(٣) رواه مالك في الموطأ مرسلا عن عمر بن يحيى عن أبيه ، ورواه احمد في مسنده وابن ماجه والدار قطني في سننيهما مسندا عن ابي سعيد الخدري . وله طرق يقوي بعضها بعضا. والضرر : الحاق مفسدة بالغير ، والضرار : مقابلة الضرر بالضرر .

(٤) رواه مالك واحمد وابن ماجه .

لك نافع : تسقي به أولاً وآخراً . وهو لايضرك ؟ فقال محمد : لا والله ؛ فقال عمر : والله ليمرن به ولو على بطنك. فأمره عمر أن يمر به. ففعل الضحاك »(١) ففي هذا مايدل على أنه لايكفي الامتناع من الضرر . بل يجب على المسلم في ملكه أن يقوم بما ينفع غيره مادام لاضرر عليه فيه .

ويمكن أن يعتبر مسوغاً لتنظيم الملكية أو تقييدها – بناء على قاعدة الضرورات تبيح المحظورات . وعملاً بقانون المصلحة العامة وبمبدأ سد الذرائع – كون صاحبها مانعاً لحقوق الله تعالى أو اتخاذها طريقاً للتسلط والظلم والطغيان ، أو التبذير والاسراف وتبديد الأموال والوقوع في حمأة الرذيلة والفساد ، أو اشعال نار الفتنة والاضطرابات بين الناس . أو الاحتكار والتلاعب بأسعار الأشياء . ومحاولة تهريب الأموال إلى خارج البلاد . أو دفع ضرر فقر ألم بفئة من الناس ، أو لإهدار الأموال المجموعة من الربا(٢)وذلك بشرط أن يكون اجراء استثنائياً مرهوناً بوقت الحاجة لاتشريعاً دائماً ، وبشرط ألا يهتدم رأس المال من أصله .

قيود الملكية :

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

القيد الأول – منع الإضرار بالآخرين : ان الحقوق المقررة على الملكية أساسها أمران :

١ – منع ضرر الغير ، لأن كل حق في الإسلام مقيد بمنع الضرر .

٢ – نفع الغير إن لم يكن ثمة ضرر لاحق به(٣) .

---

(١) الموطأ : ٢ ص ٢١٨ وما بعدها ، وهناك حادثة اخرى في الموطأ تشابه هذه الحادثة قضى فيها عمر .

(٢) الربا والاحتكار هما عصبية الرأسمالية الطاغية ، اذ مكنتها رويداً رويداً من تجميع الثروات في ايديها وحرمان سائر الناس منها (جاهلية القرن العشرين لمحمد قطب : ص ٢٧٨) .

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

والضرر أربعة أقسام عند العلماء(١):

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

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

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

وفي هذا اختلف الفقهاء : فالمالكية والحنابلة يرون العمل بقاعدة « دفع المضار مقدم على جلب المصالح » واحتمال وقوع الضرر كاف لمنع الفعل . والحنفية والشافعية يرون أن الفعل مشروع في أصله ، واحتمال الضرر لايصلح دليلاً على الضرر المتوقع ، فلا يمنع حق لمجرد احتمال الضرر .

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

القيد الثاني ــ منع الملكية الخاصة في بعض الحالات :

ليست كل الأموال قابلة للتملك الفردي ، فهناك أنوع ثلاثة من المال لاتقبل الملكية الفردية وإنما هي مملوكة للجماعة(٢) ، وما عداها من المرافق الخاصة كالمزروعات والمصنوعات : يجوز للأفراد تملكها والتصرف فيها :

---

(١) المصدر السابق : ص ٦٤ ــ ٦٦ .

(٢) انظر التكافل الاجتماعي للاستاذ ابي زهرة : ص ٢٩ وما بعدها .

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

النوع الثاني : الأموال الموجودة بخلق الله تعالى ، كالمعادن والنفط والأحجار والماء والكلأ والنار . فهذه الأشياء لم يوجدها البشر وإنما هي مخلوقة بخلق الله تعالى . وكون المعادن كلها مملوكة للدولة وتستخدم من أجل المرافق العامة هو الحق وهو الرأي الراجح عند المالكية وهو رأي الحنابلة في المعادن المعادن الظاهرة أو السائلة وهي التي يحصل عليها من غير مؤنة ينتابها الناس ، كالملح والماء والكبريت والنفط والكحل والياقوت ونحوها . أما المعادن الجامدة فتملك بملك الأرض التي هي فيها(١) .

وأما غير المالكية والحنابلة فعندهم تفصيلات تعرف في كتبهم ، ولكنهم متفقون على أن للدولة فيها حظاً كبيراً . قال ابن قدامة الحنبلي : « وجملة ذلك أن المعادن الظاهرة : وهي التي يوصل مافيها من غير مؤنة ينتابها الناس وينتفعون بها كالملح والماء والكبريت والقير والمومياء (٢) والنفط والكحل والبرام (٣) والياقوت ومقاطع الطين وأشباه ذلك لاتملك بالإحياء ، ولايجوز اقطاعها لأحد من الناس ولا احتجازها دون المسلمين ، لأن فيه ضرراً بالمسلمين وتضييقاً عليهم »(٤)

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

فالأولى مثل مايؤول إلى بيت المال كالأموال الضائعة ، أو التي لاوارث لها ؛ لأن « بيت المال وارث من لا وارث له » والثانية مثل الأراضي الخراجية الزراعية التي آلت إلى المسلمين بالفتح كأراضي الشام ومصر والعراق وفارس وما وراءها تعتبر كالمعادن مملوكة للدولة ، وتعتبر اليد القائمة عليها يد اختصاص وانتفاع فقط ، لا يد تملك تام أي (للرقبة والمنفعة معاً) . وإذا كانت أغلب أراضي المسلمين هي أراضي خراجية ، ويد الزراع عليها ليست يد ملك مطلق ، فإن لولي الأمر أن ينتزع

---

(١) المغني : ٢٨/٣ ، ٥٢٠/٥ .
(٢) نوع من السواد .
(٣) البرام - بكسر الباء جمع برمة - بضم الباء : وهي القدر من الحجارة .
(٤) المغني : ٥٢٠/٥ .

الأراضي من أيدي واضعي اليد عليها . ويعوضهم عنها إذا اقتضت المصلحة العامة نزعها . وقد ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حمى أرضاً بالمدينة وهو النقيع (موضع معروف بالمدينة) لترعى فيها خيل المسلمين(١) أي أنه جعلها مشاعة لجميع الناس . أي مؤممة للجماعة بتعبير العصر . وحمى عمر رضي الله عنه أرضاً بالربذة والشرف (وهما موضعان بين مكة والمدينة) وجعل كلأهما للمسلمين كافة . فجاءه أهلها يشكون قائلين : «ياأمير المؤمنين . إنها أرضنا . قاتلنا عليها في الجاهلية وأسلمنا عليها . فلام تحميها؟» فأطرق عمر وقال : « المال مال الله . والعباد عباد الله . والله لولا ماأحمل في سبيل الله ماحميت من الأرض شبراً في شبر » وظاهر هذا الأثر أن حمى عمر كان في أرض لأهلها فيها منافع ومرافق بسبب الجوار . ولم يمنعه من حمايتها على أهلها حين دعت إلى ذلك مصلحة عامة(٢) . مثل شركات المياه والكهرباء والنفط وخطوط النقل الجوية والبرية والبحرية ونحوها من المرافق الحيوية ذات النفع العام للبلاد .

القيد الثالث – حقوق الجماعة في ملكيات الأفراد :

للجماعة أو للدولة حقوق في أموال وملكيات الأفراد يترتب على أدائها تفتيت الثروات الضخمة . لأن الاسلام يكره تكديس الأموال واكتنازها وتضخم الملكيات(٣)

---

(١) روى احمد وابن حبان عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم حمى النقيع للخيل ـ خيل المسلمين . ورواه أحمد وأبو داود عن الصعب بن جثامة أن النبي صلى الله عليه وسلم حمى النقيع ، وقال « لا حمى الا لله ولرسوله » وقال : « بلغنا أن النبي صلى الله عليه وسلم حمى النقيع ، وان عمر حمى الشرف والربذة » (انظر جامع الاصول : ٣ ص ٣٢١ ، مجمع الزوائد : ٤ ص ١٧١ ، نيل الاوطار : ٥ ص ٣٠٨) وتكون حمى الارض بجعلها حرما يمنع غير حاميها من الرعي والاقامة ، والحمى كان الغرض منه مجرد انتفاع مقصور على الحامي مدة موقوتة تتحدد بصلاحية المكان للرعي ، فاذا انتهت صلاحيته انتهت حمايته .

(٢) الاموال لابي عبيد : ص ٢٩٤ ـ ٣٠٢ ، بحث الاستاذ علي الخفيف « الملكية الفردية وتحديدها في الاسلام » : ص ١٠٨ من كتاب المؤتمر الاول لمجمع البحوث الاسلامية .

(٣) هناك آيات قرآنية كثيرة في هذا المعنى مثل قوله تعالى : « والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها في سبيل الله فبشرهم بعذاب اليم » « ولو بسط الله الرزق لعباده لبغوا في الارض ولكن ينزل بقدر ما يشاء » « كلا ان الانسان ليطغى أن رآه استغنى » « كيلا يكون دولة بين الاغنياء منكم » « وابتغ فيما آتاك الله الدار الاخرة ولا تنس نصيبك من الدنيا ، واحسن كما أحسن الله اليك ، ولا تبغ الفساد في الارض ، ان الله لا يحب المفسدين » .

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

١ — الزكاة : هي تشريع إلزامي في الاسلام يجب على الأغنياء القيام بتنفيذه . وتقوم الدولة بجباية الزكوات من أصحاب رؤوس الأموال . ولما أن تجبر هم على أدائها ، فليست الزكاة صدقة كما يظن بعض الكاتبين . كما أنها ليست إذلالاً للفقير ، وإنما هي حق مستقيم واجب ديانة وقانوناً . وهي تؤخذ من الأموال النامية المنتجة ، وهي أربعة أقسام في عرف المسلمين في الماضي :

١ — النعم : وهي الإبل والبقر والغنم التي ترعى أغلب العام في عشب مباح ، ومقادير المأخوذ منها معروفة في كتب السنة والفقه .

٢ — النقدان : الذهب والفضة بنسبة ربع العشر ٢,٥٪ ، ويمثلها في عصرنا الأوراق النقدية .

٣ — أموال التجارة بنسبة ربع العشر .

٤ — الزروع والثمار بنسبة العشر فيما يسقى بغير آلة ، ونصف العشر إن كانت تسقى بآلة .

٢ — تأمين حاجيات الدفاع عن البلاد : إذا اقتضت حاجات الدفاع عن الأمة أو الجهاد في سبيل الله بعض الأموال ، ولم يكن في الخزينة العامة مايكفي لسد تلك الحاجة ، فعلى الدولة أن تفرض في أموال الناس من الضرائب بقدر ماينـدفع به الخطر عملاً بالمصالح المرسلة ، وقد نص على ذلك كثير من علماء الاسلام مثل الغزالي والقرافي والشاطبي والقرطبي وابن حزم والعز بن عبد السلام وابن عابدين (٢).

---

(١) انظر اشتراكية الاسلام للسباعي : ص ١٢١ ، ١٢٦ وما بعدها ، التكافل الاجتماعي في الاسلام للاستاذ محمد ابو زهرة . ص ٧٩ وما بعدها .

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

٣ ــ كفاية الفقراء : وللدولة أيضاً أن تطالب الأغنياء باغناء الفقراء ، فهي ممثلة لهم ، قال عليه الصلاة والسلام ــ فيما يرويه علي بن أبي طالب رضي الله عنه : « إن الله فرض على أغنياء المسلمين في أموالهم بقدر الذي يسع فقراءهم . ولن يجهد الفقراء إذا جاعوا أو عروا إلا بما يصنع أغنياؤهم ، ألا وإن الله يحاسبهم حساباً شديداً ويعذبهم عذاباً أليما »(١) وقال عليه السلام أيضاً « أيما أهل عرْصة (أي بقعة) أصبح فيهم امرؤ جائعاً فقد برئت منهم ذمة الله تبارك وتعالى »(٢)

وقال عليه الصلاة والسلام أيضاً : « إن في المال حقاً سوى الزكاة »(٣) ، وقال سيدنا عمر رضي الله عنه : « لو استقبلت من أمري ماستدبرت لأخذت فضول أموال الأغنياء ، فرددتها على الفقراء » . قال ابن حزم(٤) في كتاب المحلى : « فرض

---

(١) رواه الطبراني في الاوسط والصغير وقال : تفرد به ثابت بن محمد الزاهد ، قال الحافظ ابن حجر : وثابت ثقة صدوق روى عنه البخاري وغيره ، وبقية رواته لا باس بهم ، وروي موقوفا على علي رضي الله عنه وهو اشبه (انظر الترغيب والترهيب : ١ ص ٢٨٥ ، مجمع الزوائد : ٣ ص ٦٢) .

(٢) رواه الحاكم واحمد بلفظ « من احتكر الطعام اربعين ليلة فقد برئ من الله ، وبرئ الله منه ، وايما اهل عرصة اصبح فيهم امرؤ جائع فقد برئت منهم ذمة الله » وفي اسناد اصبغ بن زيد وكثير بن مرة ، والاول مختلف فيه ، والثاني قال ابن حزم : انه مجهول ، وقال فيره : معروف ، ووثقه ابن سعد ، وروى عنه جماعة واحتج به النسائي (انظر نيل الاوطار : ٥ ص ٢٢١) .

(٣) رواه الترمذي عن فاطمة بنت قيس بلفظ « ان في المال حقا سوى الزكاة » وتلا قوله تعالى : « ليس البر ان تولوا وجوهكم قبل المشرق والمغرب ولكن البر من آمن بالله واليوم الاخر » . وقال : « اسناده ليس بذاك » (انظر التلخيص الحبير : ص ١٧٧ احكام القرآن للجصاص : ١ ص ١٥٣) وروى ابن حزم عن ابن عمر انه قال : « في مالك حق سوى الزكاة » ثم قال : وصح عن الشعبي وعطاء وطاوس وغيرهم انهم يقول : في المال حق سوى الزكاة ، ثم ذكر انه لا خلاف في هذا الا عن الضحاك بن مزاحم ، وهو ليس بحجة .

(٤) يعتبر ابن حزم بعد ابي ذر الغفاري مفكر الاشتراكية الاسلامية ، فهو اول من نظر فحص استنباط الاحكام التي تعالج الانسانية التي جاءت الاحكام لتعالجها ، فاحس بمشكلة الفقر في المجتمع ، وان سبب الفقر : الجوع والعري وفقد الماوى ، وهذه في الواقع هي الحاجات الاساسية للانسانية ، ثم قرر ان الزكاة ليست كل الواجب ، وان الواجب الاسلامي لا يتم الا بتحقيق وسائل الحياة الكريمة للطبقة الفقيرة . وبذلك يكون للفقراء حق في اموال الاغنياء غير مقيد بالزكاة ، وان للدولة ان تاخذ من الاغنياء ما يمكن ان يسد حاجات الفقراء (انظر بحث الدكتور ابراهيم اللبان وموضوعه « حق الفقراء في اموال الاغنياء » المنشور مع بحوث المؤتمر الاول لمجمع البحوث الاسلامية : ص ٢٤٩ وما بعدها .

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

٤ — الانفاق على الأقارب : يجب على الإنسان أن يكفي أقاربه إذا كانوا محتاجين كالآباء والأجداد والأبناء وفروعهم . وأما الإخوة وفروعهم والأعمام والعمات والأخوال والخالات ، فقد اختلفت المذاهب في أمر الانفاق عليهم .

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

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

٧ — النذور والكفارات : يجب على المسلم أن يفي بنذره إذا نذر أن يتبرع لله بمال ، كما يجب عليه الكفارة بإطعام الفقراء والمساكين جزاء لبعض الآثام كالحنث في اليمين والظهار ، أو بسبب الإخلال ببعض الواجبات الدينية كالإفطار في رمضان بالنسبة للعاجز أو الذي ينتهك حرمة الصيام بالجماع نهاراً ، ونحوه كالواجبات التي تجب أثناء الاحرام بالحج .

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

وهناك أيضاً قيود أخلاقية دينية كالمكاسب ينبغي على الدولة ملاحظتها لمنع الاستغلال واختلال توازن الثروات مثل تحريم الربا والاحتكار والميسر والغش والتغرير والغبن والتدليس وإنقاص المكيال والميزان ونحوه .

---

(١) المحلي : جـ ٦ ص ٤٥٢ م ٧٢٥ .

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



Damascus University

أحكام الأراضي

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

أولاً ـ أحكام الأراضي المستولى عليها بالفتح .

ثانياً ـ أحكام الأراضي المستقرة في داخل الدولة .

ونبدأ بالنوع الأول .

أولاً ـ أحكام الأراضي المستولى عليها بالفتح :

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

١ ـ الأراضي التي فتحت عنوة :

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

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

وعند الحنفية : لاتنتقل ملكية الأراضي إلا بالقسم إلى دار الإسلام أو حيازتها فعلاً ، وجعلها جزءاً من دار الإسلام .

وموات الأرض التي فتحت عنوة أو صلحاً لايملك إلا بالاحياء بالاتفاق(١).

---

(١) الخرشي ، الطبعة الثانية : ١٢٨/٧ ، تأسيس النظر للدبوسي : ص ٩٧ ، مغني المحتاج : ٢٣٤/٤ ، المهذب : ٢٤١/٢ ، القواعد لابن رجب : ص ١٨٩ ، ٢١١ وما بعدها ، المغني : ٤٢٢/٨ ، مفتاح الكرامة : ٧/٧ ، البحر الزخار : ٢١٥/٢ .

واختلف الفقهاء في حكم انتقال ملكية هذه الأرض بعد الاستيلاء عليها :

آ ـ فذهب جمهور الصحابة والشافعية والظاهرية(١) : إلى أن أنه تنتقل ملكية هذه الأراضي من أصحابها إلى المسلمين . كالغنائم . الخمس لمن ذكرتهم آية الغنائم : « واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه وللرسول . . »

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

ب ـ وقال المالكية في المشهور عندهم ، والإمامية(٢) : تصبح هذه الأراضي وقفاً على المسلمين ، بمجرد الحيازة ، دون أن تحتاج الى وقف الإمام ، ولاتكون ملكاً لأحد ، ويصرف خراجها(٣) في مصالح المسلمين من أرزاق المقاتلة ، وبناء الثغور والمساجد ، وغير ذلك من سبل الخير ، إلا أن يرى ولي الأمر في وقت من الأوقات أن المصلحة تقتضي القسمة .

حـ ـ وقال الحنابلة في أظهر الروايات عن أحمد(٤) : إن الإمام يفعل ما يراه الأصلح من قسمتها ووقفها ، نظير خراج دائم يقرر عليها كالأجرة ، وتكون أرضاً عشرية خراجية ، العشر على المستغل ، والخراج على رقبة الأرض .

ء ـ وقال الحنفية والزيدية(٥) : الإمام بالخيار ، إن شاء قسمها بين المسلمين ،

---

(١) الام : ١٠٢/٤ ، ١٩٢ ، مخطوط الروضة للنووي : ٢ ق ٢٤/ب ، المحلى : ٢٤١/٧ .

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

(٣) الخراج لغة : هو ما حصل من ريع ارض او كرائها او اجرة غلام ونحوه ، ثم سمي ما يأخذه السلطان خراجا ، فيقع على الضريبة والجزية ومال الفيء ، ويختص في الغالب بضريبة الأرض .

(٤) زاد المعاد : ١٧٣/٢ ، الشرح الكبير للمقدسي : ٥٣٨/١ ، المحرر : ١٧٨/٢ ، احكام اهل الذمة لابن القيم : ص ١٠٢ .

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

كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم بخيبر ، وإن شاء أقر أهلها عليها ، ووضع عليهم الجزية ، وعلى أراضيهم الخراج . فتكون أرض خراج ، وأهلها أهل ذمة . قال ابن عابدين : القسمة بين الغانمين أولى عند حاجتهم . وتركها بيد أهلها أولى عند عدم الحاجة لتكون عدة للمسلمين في المستقبل .

الأدلة :

يتضح مما سبق أن الفقهاء متفقون على جواز قسمة الغنائم بين الغانمين ، لعموم قوله تعالى : « واعلموا أنما غنمتم من شيء ، فأن لله خمسه وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل . . » أي أن خمس الغنيمة لمن ذكرتهم الآية ، أو للدولة ، والأربعة الأخماس الباقية ملك للغانمين من غير خلاف بين الأمة ، بدليل إسناد الحق في الغنيمة للغانمين في قوله تعالى : « غنمتم » أسنده إليهم إسناد الملك إلى مالكه.

وبدليل لما بينته السنة بقوله صلى الله عليه وسلم وفعله ، أما قوله فمثل : « أيما قرية أتيتموها وأقمتم بها فسهمكم فيها ، وأيما قرية عصت الله ورسوله ، فإن خمسها لله ورسوله ، ثم هي لكم »(١) ، فالمراد بالقرية الأولى : الفيء ، ويصرف مصارفه ، والمراد بالقرية الثانية : ما أخذ عنوة ، فيكون غنيمة يخرج منه الخمس ، وباقيه للغانمين ، وهو معنى قوله : « ثم هي لكم » أي باقيها .

وأما فعله عليه الصلاة والسلام : فالثابت عنه أنه قسم خيبر بين الغانمين بعد أن فتحت عنوة ، وقسم أيضاً أموال بني قريظة وبني النضير (٢).

وقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه : « أما والذي نفسي بيده ، لولا أن أترك آخر الناس بيّاناً(٣) ، ليس لهم شيء ، مافتحت علي قرية إلا قسمتها

---

(١) رواه احمد ومسلم وابو داود (شرح مسلم للنووي : ٦٩/١٢ ، الاموال لابي عبيد : ص ٥٧) .

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

(٣) البيان : المعدم الذي لا شيء له ، والمعنى : لو لا اني اتركهم فقراء معدومين لا شيء لهم اي متساوين في الفقر ، لانه اذا قسم البلاد المفتوحة على الغانمين بقي من لم يحضر الغنيمة ، ومن يجيء بعد من المسلمين بغير شيء منها ، فلذلك تركها لتكون بينهم جميعا (فتح الباري : ٢٩٥/٧ ، النهاية لابن الاثير : ٦٩/١) .

كما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر ، ولكني أتركها خزانة لهم ، يقتسمونها(١) ، فكان رأي عمر أن يترك الأرض ولا يقسمها .

هل القسمة لازمة للإمام أم له الخيار في أمور أخرى ؟

آ ــ قال الشافعية والظاهرية : يجب قسمة الأراضي بين الغانمين ، كسائر الأموال ، عملاً بمقتضى القرآن والسنة ، إذ لا فرق بين العقار والمنقول ، وعموم آية الغنائم : « واعلموا أنما غنمتم . . » يوجوب القسمة يتفق مع فعله صلى الله عليه وسلم الذي يجري مجرى البيان للمجمل ، فضلاً عن العام(٢) .

وأما آية الحشر : « وما أفاء الله على رسوله منهم . . » فهي في الفيء (أي الأموال الآيلة للمسلمين بدون قتال) على ماهو الظاهر منها .

وإذا لم يقسم الامام الأرض ، فعليه أن يستطيب الغانمين . كما استطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أنفس الغانمين يوم حنين ممن صار في يديه سبي هوازن ، وكما فعل في خيبر وبني قريظة(٣) ، وكما استطاب عمر بن الخطاب الغانمين بعد فتح سواد العراق بعوض أو بغيره ، فصارت الأرض وقفاً أي فيئاً للمصالح العامة بعد أن كانت غنيمة . فقد أعطى عمر جريراً البجلي عوضاً من سهمه ، وأعطى امرأة بجلية عوضاً من سهم أبيها ، لأن حق الغانمين قد ثبت في الغنيمة بعد الفتح بالاستيلاء . فلا يملك الإمام إبطال هذا الحق بترك الأرض في أيدي أهلها كالمنقول ، ومن لم يطب نفساً منهم فهو أحق بحقه(٤) .

ب ــ وقال المالكية في المشهور عندهم والإمامية(٥) : تصبح الأرض وقفاً بمجرد الاستيلاء عليها ، أي كأثر طبيعي لازم دون حاجة لصيغة من الإمام ، ولا لتطيب أنفس المجاهدين ، محتجين بفعل عمر ، حيث وقف الأراضي التي افتتحها كمصر والشام والعراق .

---

(١) صحيح البخاري : ٨٦/٤ .
(٢) بداية المجتهد : ٢٨٨/١ ، مجمع الزوائد : ٣٤٠/٥ .
(٣) رواه البخاري والبيهقي وغيرهما (سنن البيهقي : ٦٤/٩ ، ١٢٦ ، البداية والنهاية : ٤ / ٢٥٢) .
(٤) مغني المحتاج : ٢٣٤/٤ ، شرح المجموع : ٢٧٤/١ .
(٥) الحطاب : ٣٦٦/٣ ، منح الجليل : ٧٢٥/١ ، بداية المجتهد : ٢٨٧/١ ، القوانين الفقهية : ص ١٤٨ ، مفتاح الكرامة : ٦/٧ .

هـ — وقال الحنفية والحنابلة : إن الأصل المقرر أن يكون للإمام الخيار في الأراضي ، فله أن يقسمها ، وله أن يتركها وقفاً ، وعمر رضي الله عنه قد استعمل حقه ، فقرر أن تكون وقفاً . أي ملكاً للجماعة الإسلامية بأن تكون ملكية الرقبة للدولة ، وملكية المنفعة فقط لأهلها القائمين عليها .

أدلة القائلين بإعطاء الخيار للإمام في وقف الأرض :

استدل هؤلاء ، وهي في الواقع أدلة لعمر بما يأتي :

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

والرسول عليه السلام قد عمل بآية الأنفال ، وعمر قد عمل بآية الفيء وليس فعل النبي صلى الله عليه وسلم يراد لفعل عمر ؛ لأن فعل الرسول إما على سبيل الإباحة لجهالة صفة الفعل منه ، وإما على سبيل الوجوب فهو واجب مخير ، بدليل الآية التي استنبط منها عمر خصلة الواجب الأخرى (٣) ، قال عمر :

---

(١) الفيء : ما أخذ بغير قتال ، مصروفا لمصالح المسلمين يفعل ولي الامر في ذلك ما يسراه مصلحة ، ولا يخمس الفيء عند الجمهور خلافا للشافعية والزيدية . (بداية المجتهد : ٢٢١/١ ، القوانين الفقهية : ص ١٤٧ ، ١٥٠ ، نهاية المحتاج : ١٠٦/٥ ، البحر الزخار : ٤٤٢/٥) .

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

(٣) مخطوط الدرة اليتيمة في الفقيمة للشيخ الفزاري : ق ١٠٢ .

فاستوعبت هذه الآية (آية الحشر) الناس إلى يوم القيامة(١) ، وقال أيضاً : « والله مامن أحد من المسلمين إلا وله حق في هذا المال أعطي منه أو منع ، حتى راعٍ بعدن»(٢)

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

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

٣ — إجماع الصحابة رضي الله عنهم ، على مارآه عمر ، حينما فتح سواد العراق ، فقد ترك الأراضي في أيدي أهلها ، وضرب على رؤوسهم الجزية ، وعلى أراضيهم الخراج ، بمحضر من الصحابة محتجاً بآيات الحشر السابق ذكرها ، ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر . فكان ذلك إجماعاً منهم .

ومن خالف منهم في مبدأ الأمر كبلال وسلمان ، عاد ، فوافق بعدئذ(٦).

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

---

(١) رواه ابو داود (سنن ابي داود : ٣/ ... ، القسطلاني : ٢٠١/٥) .
(٢) رواه ابن ابي شيبة والبيهقي (سنن البيهقي : ٣٥١/٦) .
(٣) المنتقى على الموطأ : ٢٢٣/٣ وما بعدها ، زاد المعاد : ٦٩/٢ .
(٤) كما خرج مسلم في صحيحه ، وهو الاصح عند العلماء (بداية المجتهد : ٣٨٨/١) .
(٥) القسطلاني شرح البخاري : ٢٠٢/٥ ، زاد المعاد : ٦٩/٢ ، الخراج لابي يوسف : ص ٦٨ ، القياس لابن تيمية : ص ٤٠ .
(٦) انظر الخراج لابي يوسف : ص ٢٧ ، ٣٥ ، شرح السير الكبير : ٢٥٤/٣ ، القسطلاني: ٢٠٠/٥ ، الاموال : ص ٥٨ .

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

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

وقال أيضاً : « أرأيتم هذه الثغور لابد لها من رجال يلتزمونها . أرأيتم هذه المدن العظام ، كالشام والجزيرة والكوفة والبصرة ومصر ، لابد لها من أن تشحن بالجيوش وإدرار العطاء عليهم ، فمن أين يعطى هؤلاء إذا قسمت الأرضون والعلوج ؟ » فقالوا جميعاً : الرأي رأيك ، فنعم ماقلت وما رأيت (١).

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

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

وأرجح اعتبار الفيء والغنيمة بمعنى واحد : وهو كل ماجاء من العدو ، كما تقضي اللغة ، فيخير الإمام بكل منهما على حدة بين القسمة وعدمها وفق مقتضيات المصلحة العامة كما رأى عمر رضي الله عنه .

٢ – الأرض التي جلا عنها أصحابها خوفاً :

هذا النوع الثاني من الأرضين هو المعروف لدى الفقهاء بالفيء : وهو المال الذي

---

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

الذي حصل من الحربيين بلا قتال ولا إيجاف خيل ولا ركاب ، كالجزية والعشور التجارية (١) .

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

أما المنقول في الفيء : فيوقف أيضاً عند الجمهور . ويصرف لمصالح المسلمين ، أي الأمر فيه للإمام يفعل مايراه مصلحة ويخمس عند الشافعية المنقول كالغنيمة ؛ لأن آية الفيء ، « ماأفاء الله على رسوله . . . » مطلقة . وآية الغنيمة : « واعلموا أنما غنمتم من شيء . . . » مقيدة . فحمل المطلق على المقيد ، جمعاً بينهما لاتحاد الحكم ، فإن الحكم واحد ، وهو رجوع المال من الحربيين للمسلمين ، وإن اختلف السبب بالقتال وعدمه(٣) .

غير أن مذهب الجمهور في هذا أصح ، بدليل ماروى مالك بن أنس عن عمر ، قال : « كانت أموال بني النضير مما أفاء الله على رسوله مما لم يوجف عليه المسلمون بخيل ولا ركاب ، فكانت للنبي صلى الله عليه وسلم خاصة ، فكان ينفق على أهله نفقة سنة ، ومابقي يجعله في الكراع (الخيول) والسلاح عُدَّة في سبيل الله (٤).

---

(١) بداية المجتهد : ٢٨٩/١ ، المهذب : ٢٤٧/٢ ، نهاية المحتاج : ٤٠٥/٥ ، أحكام أهل الذمة لابن القيم : ص ١٠٦ .

(٢) فتح القدير : ٢٥٣/٤ ، الخراج : ص٢٣ ، الشرح الكبير للدردير : ١٧٥/٢ ، القوانين الفقهية : ص ٦٦ ، الأحكام السلطانية للماوردي : ص ١٢٣ ، ولأبي يعلى : ص ١٢٢ ، مغني المحتاج : ٩٩/٣ ، الشرح الكبير للمقدسي : ٥٤٢/١٠ ، كشاف القناع : ٧٥/٣ ، ط انصار السنة ، المحرر : ١٧٩/٢ .

(٣) زاد المعاد : ٢٢٠/٣ ، القوانين الفقهية : ص ١٤٨ ، ط تونس ، مغني المحتاج : ٩٣/٣ .

(٤) شرح مسلم : ٧٠/١٢ .

فقوله : « كانت للنبي صلى الله عليه وسلم خاصة » يؤيد مذهب الجمهور في أنه لايخمس الفيء ، إذ من المعروف أن فدك والعوالي (أموال بني النضير في المدينة) (١) كانت للرسول صلى الله عليه وسلم خاصة ، ولمن بعده من الأئمة ، لقوله تعالى : « وماأفاء الله على رسوله منهم . . . » « ماأفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول . . . » أراد أن ذلك لايقسم كالغنائم ، بدليل قوله تعالى : « كيلا يكون دُولة بين الأغنياء منكم »

وإذا أراد الإمام تفريق الفيء بين المسلمين اتخذ ديواناً يحفظهم ويرتبهم ويجعل العطاء على حسب مايتيسر له شهرياً أو غير ذلك (٢) .

٣ — الأرض التي فتحت صلحاً :

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

في الحالة الأولى : تصبح الأرض وقفاً للمسلمين ، كأرض العنوة ، وتعتبر من بلاد الإسلام ، كالأرض التي جلا عنها أهلها ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم فتح خيبر ، وصالح أهلها على أن يعمروا أرضها ، ولهم نصف ثمرتها ، فكانت للمسلمين دونهم . قال ابن عمر رضي الله عنهما : « عامل النبي صلى الله عليه وسلم خيبر بشطر مايخرج منها من ثمر أو زرع »(٣) ، وصالح النبي بني النضير على أن يجليهم من المدينة ولهم ماأقلت الإبل من المتعة والأموال إلا الحلقة (السلاح) وكانت مما أفاء الله على رسوله (٤) .

ويوضع على هذه الأرض الخراج ، ويكون تابعاً لها ، فإذا اشترى مسلم بعضاً

---

(١) سيرة ابن هشام : ٢/٣٣٧ .
(٢) البحر الزخار : ٥/٤٤٢ ، المهذب : ٢/٢٤٨ .
(٣) رواه البخاري والبيهقي وأبو داود (صحيح البخاري : ٢/١٠٥ ، ٥/١٤٠ ، سنن البيهقي : ٦/١٢٢ ، سنن ابي داود : ٣/٢٥٧) .
(٤) الشرح الكبير لابن قدامة المقدسي : ١٠/٥٤٢ .

منها ، ظل ملتزماً بضريبة الخراج ؛ لأنه يعتبر أجرة في نظير الانتفاع بالأرض ، وهذا أمر متفق عليه بين الفقهاء (١) .

وفي الحالة الثانية : تكون الأرض ملكاً لأهلها بموجب الصلح ، باتفاق الفقهاء ، ويلتزم المسلمون بتنفيذ شروط الصلح كاملة ، مادام هؤلاء قائمين على الصلح ، ولكن يوضع الخراج على الأرض يؤدونه عنها ، ويكون لبيت المال(٢) وهذا الخراج يعتبر في حكم الجزية ، فمتى أسلموا سقط عنهم عند الجمهور والشيعة الإمامية(٣) ، بدليل ماكتب عمر بن عبد العزيز لعماله : ولا خراج على من أسلم من أهل الأرض .

أما عند الحنفية والشيعة الزيدية : فلا يسقط ؛ لأن الخراج عندهم فيه معنى المؤنة ومعنى العقوبة ، ولذا يبقى على المسلم ولا يبتدأ به (٤) .

وتعتبر دار هؤلاء المصالحين دار عهد أو صلح عند الشافعية وبعض الحنابلة(٥) وعند الجمهور تعتبر الدار بالصلح دار إسلام ، ويصير أهلها أهل ذمة تؤخذ منهم الجزية .

ثانياً – أحكام الأراضي في داخل الدولة :

الأراضي نوعان : أرض مملوكة وأرض مباحة . والمملوكة نوعان : عامرة

---

(١) المدونة : ٢٦/٣ ، المنتقى على الموطا : ٢١٩/٣ ، الخرشي : ١٤٩/٣ ، ط ثانية ، كشاف القناع : ٧٥/٣ ، المحرر : ١٧٩/٢ ، احكام اهل الذمة : ص ١٠٦ ، مفتاح الكرامة : ٢٤٩/٤ ، المختصر النافع : ص ١٤ .

(٢) الخراج : ص ٦٣ ، تبيين الحقائق : ٢٧٤/٣ ، حاشية ابن عابدين : ٥٣/٢ ، حاشية الدسوقي : ١٧٥/٢ ، القوانين الفقهية : ص ١٤٨ ، الام : ١٠٣/٤ ، ١٩٣ ، الشرح الكبير للمقدسي : ٥٤٣/١٠ ، احكام اهل الذمة : ص ١٠٥ ، غاية المنتهى : ٤٦٧/١ ، ويلاحظ ان هذه المصادر عند الحنابلة تقرر وجود الخراج لنا لكن ورد في كشاف القناع : ٦٨٦/٣ باب حكم الارضيين المغنومة : لا خراج على ارض صولح اهلها على ان الارض لهم ، كارض اليمن والحيرة ، كما لا خراج على ما احياه المسلمون كارض البصرة .

(٣) لباب اللباب : ص ٧٣ ، سنن البيهقي : ١٤١/٩ ، المحرر في الفقه الحنبلي : ١٧٩/٢ ، مفتاح الكرامة : ٢٣٩/٤ ، المختصر النافع : ص ١١٤ .

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

(٥) الاحكام السلطانية للماوردي : ص ١٣٣ ، ولابي يعلى : ص ١٣٣ ، كشاف القناع : ٧٥/٣ .

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

آ — حكم الأرض المملوكة العامرة : هو أنه لايجوز لأحد أن يتصرف فيها من غير إذن صاحبها .

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

وأما الكلأ(١) الذي ينبت في أرض مملوكة فهو مباح للناس غير مملوك لأحد ، إلا إذا قطعه صاحب الأرض ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « الناس شركاء في ثلاث : الماء والكلأ والنار »(٢) فإذا قطع الكلأ صاحب الأرض وأحرزه صار مملوكاً له ، لأنه استولى على مال مباح غير مملوك فيملكه كالماء المحرز في الأواني والظروف وسائر المباحات ، قال صلى الله عليه وسلم : « من سبق إلى مالم يسبق إليه مسلم فهو له »(٣)

والمروج غير المملوكة ، والآجام(٤) غير المملوكة ، والسمك وسائر المباحات كالطير ، تعتبر في حكم الكلأ .

---

(١) الكلأ : الحشيش او العشب الذي ينبت في الارض من غير صنع احد .

(٢) رواه احمد وابو داود عن بعض اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم بلفظ « المسلمون شركاء في ثلاثة : في الماء والكلا والنار » وبلفظ « الناس شركاء .. » ورواه ابن ماجه عن ابن عباس ، وزاد « وثمنه حرام » ورواه الطبراني في معجمه عن ابن عمر ، ورواه غيرهم (راجع تحقيق وتخريج احاديث تحفة الفقهاء : ٣ ص ٤٣٠ وما بعدها ، نصب الراية : ٤ ص ٢٩٤ ، سبل السلام : ٣ ص ٨٦) .

(٣) رواه ابو داود عن اسمر بن مضرس ، وصححه الضياء في المختارة ، وقال البغوي : لاأعلم بهذا الاسناد غير هذا الحديث (نيل الاوطار : ٥ ص ٣٠٢ وما بعدها) .

(٤) الاجمة بالتحريك : الشجر الكثير الملتف جمع اجم ، واجم ، واجمات ، وجمع الجمع : آجام

وأما الحطب والقصب في الأجمة المملوكة : فليس لأحد أن يقتطعها إلا بإذن المالك ، لأن ذلك مملوك لصاحب الأجمة ينبت على ملكه ، وإن لم يوجد منه الانبات أصلاً ، لأن مالك القصب والحطب مقصود من مالك الأجمة ، فيملك بملكها ، بخلاف الكلأ . فإنه غير مقصود ، وإنما المقصود زراعة الأرض(١).

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

جـ ـ حكم الأرض الموات : الأرض الموات كما عرفنا نوعان :

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

والحد الفاصل فيما يعتبر قريباً من بلدة : هو المكان الذي يسمع فيه الرجل صوت الشخص الذي يناديه من آخر أرض مملوكة ، فإذا لم يسمع الصوت ، فهو موات لايتبع تلك البلدة . ومثل أرض القرية : أرض الملح والقار(٢) والنفط ونحوها مما لايستغني عنه المسلمون ، فهي لاتعد أرض موات ، فلا يجوز اقطاعها لأحد ، وإنما تكون حقاً لجماعة المسلمين .

والثاني : مالايكون تبعاً لقرية من القرى وهو الموات في اصطلاح الفقهاء .

والموات : هو مالايملكه أحد ولاينتفع به من الأراضي لانقطاع الماء عنه أو لغلبة الماء عليه ومأأشبه ذلك مما يمنع الزراعة : بأن غلبت عليه الرمال مثلاً ، ولا يكون مملوكاً لمسلم أو ذمي ، وأن يكون في رأي أبي يوسف بعيداً عن القرية بحيث إذا وقف إنسان في طرف الدور ، فصاح ، لايسمع الصوت من كان فيه .

---

(١) البدائع : ٦ ص ١٩٢ وما بعدها .

(٢) القار : مادة سوداء تطلى بها السفن ، وقيل هو الزفت .

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

واحياء الأرض . معناه إصلاحها ببناء أو غرس أو سقي أوتفجير ماء أو حرث بحيث تصبح الأرض منتفعاً بها(١) . أما لو وضع حول الأرض أحجاراً أو تراباً أو حاطها بحائط صغير ، وجعل ذلك حداً ، فإنه لايملكها ، لأن هذا ليس بإحياء للأرض ، وإنما يصير متحجراً ، ويكون أحق بها من غيره باتفاق الأئمة(٢) . لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « من سبق إلى مالم يسبق إليه مسلم فهو أحق به » . وقوله عليه السلام أيضاً « من سبق إلى مناخ من سبق » (٣) .

ومن حجر أرضاً ولم يعمرها ثلاث سنين أخذها الإمام ودفعها إلى غيره ، لأن التحجير كما قلنا ليس بإحياء ، وإنما هو اعلام بوضع الأحجار حول الأرض . واعطاء المحتجر الحق في ترك الأرض له مدة ثلاث سنين مأخوذ من قول عمر رضي الله عنه : « ليس لمحتجر بعد ثلاث سنين حق »(٤) ولأن هذه المدة يحتاج إليها لتهيئة الأمور والاستعداد لاتمام الاحياء .

هل يحتاج احياء الموات إلى إذن الحاكم : اختلف العلماء في ذلك ، فقال أبو حنيفة والمالكية(٥) : يحتاج احياء الموات إلى إذن الإمام أو نائبه ، لقوله صلى الله

---

(١) البدائع : المرجع السابق : ص ١٩٤ ، تكملة فتح القدير : ٨ ص ١٣٦ وما بعدها ، الدر المختار : ٥ ص ٢٠٦ .

(٢) تكملة فتح القدير : ص ١٣٨ ، البدائع : ص ١٩٥ ، الدر المختار : ص ٢٠٧ ، الواجع السابق ، شرح الكبير للدردير : ٤ ص ٧٠ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٣٦٦ ، المغني : ٥ ص ٥١٨ ، ٥٢٨ ، المهذب : ص ٤٢٥ .

(٣) رواه احمد واصحاب السنن . ابو داود والترمذي وابن ماجه والبيهقي عن السيدة عائشة رضي الله عنها ، قال الترمذي : حديث حسن . والمناخ : مبرك الابل ، وتحصل الاشارة (راجع تحقيق وتخريج احاديث تحفة الفقهاء للمؤلف مع الاستاذ المنتصر الكتاني : ٣ ص ٤٤٢ ، نيل الاوطار : ٨ ص ٢٢) .

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

(٥) البدائع : ٦ ص ١٩٤ ، تكملة فتح القدير : ٨ ص ١٣٦ ، الدر المختار : ٥ ص ٢٠٩ ، الشرح الكبير للدردير : ٤ ص ٦٩ .

عليه وسلم : « ليس للمرء إلا ماطابت به نفس إمامه»(١) فإذا لم يأذن لم تطب نفسه به ، فلا يتملكه .

وقال الصاحبان والشافعية والحنابلة(٢) : يجوز تملك الأرض بالاحياء ، وإن لم يأذن الإمام فيه ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « من أحيا أرضاً ميتة فهي له ، وليس لعرق ظالم حق »(٣) فبهذا الحديث أثبت الملك فيه للمحيي من غير اشتراط إذن الإمام ، ولأن احياء الأرض مباح استولى عليه المحيي ، فيملكه بدون إذن الامام، كما لو أخذ إنسان صيداً أوحش كلأ .

هل للبئر أو النهر في أرض الموات حريم(٤) ؟ إذا حفر الرجل بئراً في برية أو حفر نهراً في أرض موات ، فيعتبر الحفر إحياء للأرض ، ولكن هل للبئر أو للنهر حريم ؟

اتفق الفقهاء على أن للبئر والنهر حريماً لايجوز للآخرين التعدي عليه باحياء الأرض مثلاً فيه، لأن الرسول عليه الصلاة والسلام جعل للبئر حريماً كما سنبين ، إلا أنهم اختلفوا في مقدار حريم البئر . واتفق الحنفية على أن حريم العين خمسمائة ذراع من كل جانب ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « للعين خمسمائة ذراع ، وحريم بئر العطن أربعون ذراعاً »(٥).

وأما حريم البئر والنهر ففيه خلاف : قال الحنفية : حريم بئر العطن(٦) : أربعون

---

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

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

(٣) روي عن ثمانية : وهم عائشة وسعيد بن زيد ، وجابر ، وعبد الله بن عمرو بن العاص ، وفضالة بن عبيد ، ومروان بن الحكم ، وعمرو بن عوف ، وابن عباس ، وحديث عائشة رواه البخاري وغيره (راجع نصب الراية : ٤ ص ٢٨٨ ، سبل السلام : ٣ ص ٨٣) قال هشام بن عروة في تفسير « وليس لعرق ظالم حق » : الظالم : ان يأتي الرجل الارض الميتة لغيره ، فيغرس فيهـا .

(٤) الحريم : الموضع المجاور حول النهر او البئر الذي تجب حمايته .

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

(٦) بئر العطن بتحريك العين والطاء : هي التي ينزح منها الماء باليد . والعطن : موطن الابل ومبركهـا ، أو مناخهـا حول المـاء .

أربعون ذراعاً لقوله صلى الله عليه وسلم : « من حفر بئراً فله مما حولها أربعون ذراعاً عطناً (١)لماشيته»(٢)

وأما حريم بئر الناضح(٣) : فعند أبي حنيفة : أربعون ذراعاً ، عملاً باطلاق الحديث السابق ، ولأن حاجة الناضح تتحقق بأربعين ذراعاً من كل جانب كحاجة بئر العطن .

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

وأما حريم النهر : فاختلف في تقديره أبو يوسف ومحمد . وقال أبو يوسف ، ورأيه هو المفتى به : يقدر بنصف أرض النهر من كل جانب . وقال محمد : يقدر بقدر عرض النهر من كل جانب (٤) .

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

وقال المالكية : إن مايضر بالماء حريم لكل بئر ، ويزاد عليه بالنسبة لبئر الماشية والشرب مالا يضايق الوارد الذي يشرب من هذه البئر (٥).

وقال الشافعية : حريم البئر المحفورة في أرض الموات : هو بقدر مايقف فيه النازح

---

(١) اي مبركا للماشية .

(٢) رواه ابن ماجه والطبراني عن عبد الله بن مغفل . قال ابن حجر : واسناده ضعيف ، لان فيه اسماعيل بن اسلم ، ورواه ايضا احمد في مسنده عن ابي هريرة بلفظ : « حريم البئر اربعون ذراعا من جوانبها كلها لاعطان الابل ، والغنم ، وابن السبيل او الشارب ، ولا يمنع فضل ماء ، ليمنع به الكلا » (نصيب الراية : ٤ ص ٢٩١ وما بعدها ، سبل السلام: ٣ ص ٨٥) .

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

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

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

منها على رأس البئر ليستقي إن كانت البئر للشرب ، وقدر مايمر فيه البعيران إن كانت للسقي .

وحريم النهر : هو ملقى الطين ومايخرج منه من الرواسب ، ويرجع فيه إلى أهل العرف في الموضع(١) . واستدلوا بالحديث السابق : « من حفر بئراً فله مما حولها أربعون ذراعاً . . » وبحديث مرسل عن سعيد بن المسيب : « حريم البئر البديء – أي المستحدث – خمسة وعشرون ذراعاً ، وحريم البئر العادية – أي القديمة – خمسون ذراعاً ،وحريم بئر الزرع ثلثمائة ذراع » (٢)

وقال الحنابلة : حريم البئر المستحدث خمس وعشرون ذراعاً حواليها ، وحريم البئر القديم خمسون ذراعاً ، بدليل حديث ابن المسيب السابق(٣) . وسيأتي في بحث إحياء الموات تفصيل الكلام في الحريم .

★ ★ ★

(١) المهذب : ١ ص ٤٢٤ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٣٦٢ .

(٢) رواه ابو داود في مراسيله عن الزهري عن سعيد بن المسيب . واخرجه الدار قطني والخلال باسنادهما عن سعيد بن المسيب عن ابي هريرة مرفوعا الى النبي صلى الله عليه وسلم، وفيه ابن ابي جعفر ضعيف وهو عند احمد عن ابي هريرة (نصب الراية : ٤ ص ٢٩٢ وما بعدها ، تخريج احاديث تحفة الفقهاء : ٣ ص ٤٣٩) .

(٣) المغني : ٥ ص ٥٤٠ .

احياء الموات

(استصلاح الأراضي الزراعية)

خطة البحث :

الكلام في هذا الموضوع يشمل مايأتي :

المبحث الأول – تعريف احياء الموات ومشروعيته والترغيب فيه .

المبحث الثاني – مايقبل الاحياء من الموات .

المبحث الثالث – كيفية الاحياء وطرقه – التحجير .

المبحث الرابع – شروطه .

المبحث الخامس – أحكامه – تملك الأرض ومقدار مايملك (الحريم) .

المبحث الأول – تعريف احياء الموات ومشروعيته والترغيب فيه شرعاً :

تعريف احياء الموات : الاحياء لغة : جعل الشيء حياً ، أي ذا قوة حساسة أو نامية . والموات : مالا روح فيه ، أو الأرض التي لا مالك لها ، أو الأرض الخراب الدارسة غير العامرة . والمراد باحياء الموات : التسبب للحياة النامية .

وشرعاً : الاحياء : اصلاح الأرض الموات بالبناء أو الغرس أو الكراب(١)، أو غير ذلك . والموات : الأرض التي لاعمارة ولاماء فيها ، ولايملكها ولاينتفع

---

(١) كرب الارض : قلبها للحرث .

بها أحد(١) . أو هو الأرض التي تعذر زرعها لانقطاع الماء عنها ، أو لغلبته عليها ، غير مملوكة ، بعيدة من العامر . أو هو ماسلم عن اختصاص باحياء أي بسبب احياء(٢).

وحد الموات عند الشافعية : مالم يكن عامراً ، ولا حريماً لعامر ، قرب من العامر أو بعد(٣).

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

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

« من أحيا أرضاً ميتة فهي له»(٤) ، « من أحيا أرضاً ميتة فهي له ، وليس لعرق ظالم حق »(٥) « من عمر أرضاً ليست لأحد ، فهو أحق بها»(٦) « من سبق إلى مالم يسبق إليه مسلم فهو له ، قال : فخرج الناس يتعادون يتخاطون »(٧).

دلت هذه الأحاديث على إباحة احياء الأرض الميتة التي لامالك لها ، ولم ينتفع بها أحد ، فيحييها الشخص بالسقي ، أو الزرع أو الغرس ، أو البناء ، أو بالتحويط

---

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

(٢) الكنز للنسفي مع تبيين الحقائق : ٢٤/٦ ، اللباب مع الكتاب : ٢١٨/١ وما بعدها .

(٣) مغني المحتاج ، المكان السابق .

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

(٥) رواه احمد وابو داود والترمذي ، وقال : هذا حديث حسن .

(٦) رواه مالك في موطئه ، واحمد والبخاري وابو داود عن عائشة . قال ابن عبد البر : وهو مسند صحيح متلقى بالقبول عند فقهاء المدينة وغيرهم . وروى ابو عبيد في الاموال عن عائشة « من احيا ارضا ليست لاحد فهو احق بها » .

(٧) رواه ابو داود من اسمر بن مضرس . ومعنى يتعادون يتخاطون : المعاداة : الاسراع بالسير . ويتخاطون : يعملون على الارض علامات بالخطوط ، وهي تسمى الخطط ، جمع خطة بكسر الخاء (راجع الاحاديث كلها في نيل الاوطار : ٣٠٢/٥ ، نصب الراية : ٢٨٨/٤ وما بعدها) .

على الأرض بمقدار مايسمى حائطاً في اللغة . قال عروة : قضى عمر بن الخطاب رضي الله عنه في خلافته وعامة فقهاء الأمصار على أن الموات يملك بالاحياء ، وإن اختلفوا في شروطه .

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

المبحث الثاني ـ الموات القابل للاحياء :

لاتصلح كل أرض للإحياء ، وإنما منها مايقبل الاحياء ، ومنها مالا يقبل . وقد اتفق الفقهاء على أن الأرض التي لم يملكها أحد ، ولم يوجد فيها أثر عمارة وانتفاع ، تملك بالاحياء .

كما اتفقوا على أن الأرض التي لها مالك معروف بشراء أو عطية ، لم ينقطع ملكه ، لايجوز احياؤها لأحد ، غير أصحابها .

واختلفوا في أنواع أخرى من الأرض (١) :

النوع الأول ـ مامالك بالاحياء ، ثم ترك حتى دثر (درس) وعاد مواتا :

قال الشافعية والحنابلة(٢) : لايملك بالاحياء ، لأن الأحاديث التي أجازت الاحياء مقيدة بغير المملوك : « من أحيا أرضاً ميتة ليست لأحد » ، « ليس لعرق ظالم حق » ، ولأن سائر الأموال لايزول الملك عنها بالترك .

وقال أبو يوسف من الحنفية(٣) . يملك بالإحياء ، مالا يعرف له مالك بعينه إذا كان بعيداً من القرية ، بحيث إذا وقف إنسان جهوري الصوت في أقصى العمران من دور القرية ، فصاح بأعلى صوته ، لم يسمع الصوت فيه . وعند محمد : إن

---

(١) المغني : ٥/٥١٢ وما بعدها ، كشاف القناع : ٤/٢٠٦ .

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

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

ملكت في الإسلام لاتكون مواتاً ، وإذا لم يعرف مالكها تكون لجماعة المسلمين. وظاهر الرواية المفتى به : عدم ارتفاق البلدة كما سنذكر.

وقال المالكية(١): يملك بالاحياء ما اندرس من عمارة الأرض ، لعموم الحديث: « من أحيا أرضاً ميتة فهي له » ، ولأن أصل هذه الأرض مباح ، فإذا تركت حتى تصير مواتاً ، عادت إلى الإباحة .

النوع الثاني : مايوجد فيه آثار ملك قديم من الجاهلية كآثار الروم ومساكن ثمود ونحوهم يملك بالاحياء في المذاهب الأربعة (٢)، وهو الأظهر عند الشافعية، إذ لاحرمة لملك الجاهلية ، ولقوله صلى الله عليه وسلم : « عادي الأرض لله ولرسوله ثم هو بعد لكم(٣)» أي قديم الخراب بحيث لم يملك في الاسلام .

والرأي الثاني للشافعي : أنه لايملك بالاحياء ، لأنه ليس بموات .

النوع الثالث : ماجرى عليه الملك في الاسلام لمسلم أو ذمي غير معين ، أي لم يعرف مالكه : يملك بالاحياء عند الحنفية والمالكية ، وفي رواية عن أحمد ، لعموم الأخبار الواردة في مشروعية الاحياء ، ولأنه أرض موات لاحق فيها لقوم بأعيانهم، فأشبهت مالم يجر عليه ملك مالك .

وقال الشافعية : هو مال ضائع ، أمره إلى الإمام الحاكم في حفظه إلى ظهور مالكه ، أو بيعه وحفظ ثمنه واستقراضه على بيت المال أي لايملك بالاحياء .

والصحيح عند الحنابلة : أنه لايملك بالاحياء ، فلا أثر لاحيائه ويكون فيئاً بمنزلة ماجلا عنه الأعداء خوفاً منا أي يوزع في سبيل المصالح العامة(٤) .

توضيح آراء المذاهب في الموات القابل للاحياء :

يحسن بيان رأي كل مذهب على حدة فيما يقبل الاحياء .

---

(١) الشرح الكبير : ٦٦/٤ ، ٦٨ ، الشرح الصغير : ٨٧/٤ .
(٢) المراجع السابقة .
(٣) رواه عن طاوس سعيد بن منصور في سننه وابو عبيد في الاموال (المغني ، المكان السابق).
(٤) المراجع السابقة .

١ ـ **مذهب الحنفية**(١): الأرض الموات : هي أرض خارج البلد ، لم تكن ملكاً لأحد ، ولا حقاً له خاصاً . ففي داخل البلد لايكون مواتاً أصلاً ، وكذا ماكان خارج البلدة من مرافقها ، محتطباً لأهلها ، أو مرعى لهم . فلا يجوز احياء ماقرب من العامر ، لأنه من مرافقه التابعة له ويترك مرعى لأهل القرية ، ومطرحاً لحصائدهم ، لتحقق حاجتهم إليها ، فلا يكون مواتاً كالطريق والنهر .

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

٢ ـ **مذهب المالكية**(٢) : موات الأرض : ماسلم عن اختصاص باحياء أي بسبب احياء لها بشيء أو بسبب كونه حريم عمارة كمحتطب أو مرعى لبلد . فإذا اندرست عمارتها من بناء أو غرس أو تفجير ماء ونحو ذلك ، لايزول ملكها عمن أحياها ، إلا باحياء جديد من غيره بعد اندراسها بمدة طويلة يقدرها عرف الناس ، فتصبح حينئذ ملكاً للمحيي الثاني .

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

٣ ـ **مذهب الشافعية**(٣) : حد الموات : مالم يكن عامراً ، ولاحريماً لعامر قرب من العامر أو بعد . أو هو الأرض التي لم تعمّر قط في بلاد الاسلام . ولا يملك بالاحياء حريم معمور . وهو ماتمس الحاجة إليه لتمام الانتفاع ، مثل مرتكض الخيل ومناخ الابل ومطرح الرماد ونحوها .

---

(١) اللباب شرح الكتاب : ٢١٩/٢ وما بعدها ، البدائع : ١٩٤/٦ ، تبيين الحقائق : ٢٤/٦ ، الدر المختار ورد المحتار : ٢٠٧/٥ ، تكملة الفتح : ١٣٦/٨ .

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

(٣) مغني المحتاج : ٣٦١/٤ ، ٣٦٣ ، المهذب : ٤٢٢/١ .

٤ ـ **مذهب الحنابلة(١)** : الموات : هو الأرض التي ليس لها مالك ، ولابها ماء ، ولا عمارة ، ولاينتفع بها . أو هي الأرض المنفكة عن الاختصاصات وملك معصوم : مسلم كان أو كافر . لكن لا يجوز احياء ما قرب من العامر وتعلق بمصالحه من طرقه ومسيل مائه ومطرح قمامته وملقى ترابه وآلاته ، والمتعلق بمصالح القرية كفنائها ومرعى ماشيتها ومحتطبها وطرقها ومسيل مائها ، والحد الفاصل بين القريب والبعيد يتحدد بالعرف .

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

المبحث الثالث ـ كيفية الاحياء وطرقه :

احياء الأرض الموات باستصلاحها للزراعة بحسب عرف الناس وعاداتهم ، كما قرر الشافعية ، لكن للمذاهب آراء في ذلك الموضوع .

قال الحنفية(٢) : اصلاح الأرض الموات يكون بالبناء أو الغرس أو الكراب (قلبها للحرث) ، أو إقامة المسنّاة (السد : وهو ما يبنى ليرد ماء السيل ، والمراد هنا الجسر) ، أو شق النهر ، أو إلقاء البذور ، أو السقاية مع حفر الأنهار ، أو التحويط والتسنيم بحيث يعصم الماء ، لأنه من جملة البناء .

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

وقال المالكية(٣) : الاحياء يكون بالبناء والغرس والزراعة والحرث واجراء المياه فيها وغيرها من أحد أمور سبعة هي :

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

---

(١) كشاف القناع : ٢٠٥/٤ ، المغني : ٥١٣/٥ وما بعدها ، ٥١٦ .

(٢) تبيين الحقائق : ٣٦/٦ ، الهداية مع تكملة الفتح : ١٣٩/٨ ، اللباب مع الكتاب : ٢١٨/٢ .

(٣) الشرح الصغير : ٩٣/٤، الشرح الكبير : ٦٩/٤ وما بعدها، القوانين الفقهية: ص ٣٣٩.

والثاني : بإزالة الماء منها حيث كانت الأرض غامرة بالماء .

والثالث : ببناء أرض .

والرابع : بسبب غرس الشجر بها .

والخامس : بسبب تحريك أرض بحرثها ونحوه .

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

والسابع : بسبب كسر حجرها مع تسوية الأرض .

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

فإن أراد إحياء الموات مسكناً ، اشترط فيه تحويط البقعة بآجر أو لبن أوقصب بحسب عادة ذلك المكان . والمعتمد أنه لايكتفى بالتحويط من غير بناء ، بل لابد من البنا ، ويشترط سقف بعض الأرض ليتهيأ للسكنى ، وتعليق (نصب) باب ، لأن العادة في المنازل أن يكون لها أبواب ، ولاتصلح الأرض للسكنى بما دون ذلك .

وإن أراد احياء الموات زريبة دواب أو نحوها كحظيرة لجمع ثمار وغلات وغيرها فيكتفى بالتحويط بالبناء بحسب العادة ، ولايشترط سقف شيء ، لأن العادة فيها عدمه . ولابد من تركيب باب على الأرجح .

وإن أراد احياء الموات مزرعة ، فيطلب جمع التراب حولها ، وتسوية الأرض ، وترتيب ماء لها بشق ساقية من نهر ، أو بحفر بئر أو قناة أو نحو ذلك ، إن لم يكفها المطر المعتاد . ولاتشترط الزراعة فعلاً في الأصح . لأنه استيفاء منفعة الأرض ، وهو خارج عن الاحياء ، كما لايعتبر في احياء الدار سكناها .

وإن أراد إحياء الموات بستاناً ، فيشترط جمع التراب حول الأرض كالمزرعة ،

---

(١) مغني المحتاج : ٣٦٥/٢ وما بعدها ، المهذب : ٤٢٤/١ .

والتحويط حيث جرت العادة به عملاً بها ، وتهيئة ماء كما تقرر في المزرعة . ويشترط أيضاً في البستان غرس البعض على المذهب .

وقال الحنابلة(١) : احياء الأرض : أن يحوط عليها حائطاً منيعاً ، سواء أرادها للبناء أو للزرع أو حظيرة للغنم أو الخشب أو غير ذلك ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « من أحاط حائطاً على أرض ، فهي له »(٢) ، ولأن الحائط حاجز منيع ، فكان احياء .

وكالحائط اجراء ماء للأرض من نهر أو بئر إن كانت لاتزرع إلا به ، أو حفر بئر فيها ينبع فيها الماء ، فإن لم يخرج الماء فهو كالمحتجر الشارع في الاحياء .

ومثل الحائط : أن يغرس فيها شجراً ، أو أن يمنع عن الموات مالا يمكن زرعها إلا بجمعه عنها كأرض البطائح(٣).

ولا يحصل الاحياء بمجرد الحرث والزرع ، لأنه لايراد للبقاء بخلاف الغرس ، كما لايحصل الاحياء أيضاً بخندق يجعله حول الأرض التي يريد احياءها ولابشوك وشبهه يحوطها به ، ويكون تحجراً .

هل يحصل الاحياء بالتحجير ؟

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

فقال الحنفية(٤) : إن حجر شخص الأرض ، لايملكها بالتحجير ، لأنه ليس باحياء في الصحيح ، لأن الاحياء جعلها صالحة للزراعة والتحجير للاعلام مشتق من الحجر : وهو المنع للغير بوضع علامة من حجر ، أو بحصاد ما فيها من

---

(١) المغني : ٥/٥٣٨ ، كشاف القناع : ٤/٢١٢ .
(٢) رواه أحمد وابو داود عن جابر ، ولهما مثله عن سمرة بن جندب .
(٣) البطحاء والابطح : مسيل واسع فيه دقاق الحصى .
(٤) تبيين الحقائق : ٦/٢٥ ، تكملة الفتح : ٨/١٣٨ ، الدر المختار : ٥/٢٠٧ .

الحشيش والشوك ونفيه عنها وجعله حولها ، أو باحراق مافيها من الشوك وغيره ، وكل ذلك لايفيد الملك ، فبقيت مباحة على حالها .

لكن المتحجر أولى بها من غيره ، ولاتؤخذ منه إلى ثلاث سنين ، فإذا لم يعمرها فيها ، أخذها الحاكم منه ، ودفعها إلى غيره . والتقدير بثلاث سنين مأخوذ من قول عمر رضي الله عنه : « ليس لمتحجر بعد ثلاث سنين حق(١)» لكن هذا حكم ديانة، أما قضاء : فإذا أحياها غيره قبل مضيها ، ملكها لتحقق سبب الملك منه ، دون الأول أي المتحجر .

وقال المالكية(٢) : لايكون الاحياء بتحويط (تحجير) للأرض بنحو خط عليها ، ولا رعي كلأ بها ، ولا حفر بئر ماشية بها ، إلا أن يبين الملكية حين حفر البئر ، فإن بينها فاحياء .

وقال الشافعية والحنابلة(٣) : إن تحجر مواتاً ، وهو أن يشرع في احيائه ، ولم يتمه ، أو أعلم على بقعة بنصب أحجار ، أو غرز خشباً فيها ، أو نصب أسلاكاً شائكة ، أو حاطها بحائط صغير لم يملكها بذلك ، لأن الملك بالاحياء ، وليس هذا إحياء .

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

فلو أحياه آخر ملكه . فإن لم يتم احياء المتحجر ، وطالت المدة عرفا ، كنحو ثلاث سنين ، قيل له : إما أن تحييه فتملكه ، أو تتركه لمن يحييه ، ان حصل متشوف للإحياء ، لأنه ضيق على الناس في حق مشترك بينهم ، فلم يمكّن من ذلك ، فإن طلب المتحجر المهلة لعذر ، أمهل شهرين أو ثلاثة أو أقل ، على ما يراه الحاكم لأنه يسير . وإن لم يكن له عذر ، فلا يمهل .

---

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

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

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

المبحث الرابع – شروط الاحياء :

هناك شروط في المحيي ، والأرض المحياة ، واجراء الاحياء .

المطلب الأول – شروط المحيي :

المحيي: هو الذي يباشر الاحياء الذي هو من أسباب الاختصاص أو التملك ، ويجوز احياء كل من يملك المال ، لأنه فعل يملك به ، كالاصطياد .

ولايشترط عند الجمهور (الحنفية والمالكية والحنابلة(١)) كون المحيي مسلماً ، فلا فرق بين المسلم والذمي في الاحياء ، لعموم قول النبي صلى الله عليه وسلم : « من أحيا أرضاً ميتة ، فهي له » ، ولأن الاحياء أحد أسباب التمليك ، فاشترك فيه المسلم والذمي ، كسائر أسباب الملكية .

واشترط الشافعية(٢) في المحيي أن يكون مسلماً ، ولايملك الذمي احياء الأرض الموات ، وإن أذن له فيه الإمام ، لأن استعلاء ، وهو ممتنع عليهم بدار الاسلام . فلو أحيا ذمي أرضاً ، نزعت منه ولا أجرة عليه ، فلو نزعها منه مسلم ، وأحياها ، ملكها ، وإن لم يأذن له الإمام ، إذ لا أثر لفعل الذمي .

المطلب الثاني – شروط الأرض المحياة :

يشترط في الأرض المحياة شروط تتعلق بملكيتها والارتفاق بها ومكانها هي مايأتي :

١ – ألا تكون ملكاً لأحد ، مسلم أو ذمي ، وليست من اختصاص أحد . وهذا معنى قول الفقهاء : أن تكون الأرض عادياً (أي قديم الخراب بحيث لم يملك في الاسلام) ، لامالك له في الاسلام ، فكأنها خربت من عهد عاد . وهذا الشرط متفق عليه فقهاً (٣) .

---

(١) الهداية مع تكملة الفتح : ١٣٨/٨ ، الشرح الكبير : ٦٩/٤ ، المغني : ٥١٧/٥ .
(٢) مغني المحتاج : ٣٦١/٤ – ٣٦٢ ، المهذب : ٤٢٣/١ وما بعدها .
(٣) الدر المختار : ٣٠٦/٥ ، اللباب شرح الكتاب : ٢١٩/٢ ، الشرح الكبير : ٦٦/٤ ، مغني المحتاج : ٣٦١/٤ ، المهذب : ٤٢٣/١ ، كشاف القناع : ٢٠٥/٤ .

٢ ــ ألا تكون مرتفقاً بها أي مستعملة ارتفاقاً لأهل البلدة ، قريباً أو بعيداً ، كمحتطب ومرعى ، وناد (مجلس يجتمعون فيه للتحدث) ، ومرتكض خيل ، ومُناخ إبل ، ومطرح رماد ، وحريم بئر ، وشوارع وطرقات ، ونحو ذلك . وهو شرط متفق عليه أيضاً بين المذاهب في الأرجح عند بعضها كالحنفية(١) .

٣ ــ أن تكون الأرض عند الشافعية في بلاد الاسلام : فإن كانت في دار الحرب فللمسلم احياؤها إن كانت مما لايمنعها أهلها عن المسلمين ، فإذا منعوها أو دفعوا المسلمين عنها ، فلا يملكها المسلم بالاستيلاء(٢) .

ولافرق عند الجمهور غير الشافعية بين دار الحرب ودار الاسلام لعموم الأخبار ، ولأن عامر دار الحرب إنما يملك بالقهر والغلبة كسائر أموالهم(٣) .

المطلب الثالث ــ شروط الاحياء الذي يثبت به الملك :

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

١ ــ أن يكون الاحياء عند أبي حنيفة(٤) بإذن الحاكم ، لحديث : « ليس للمرء إلا ماطابت به نفس امامه » (٥) ، فإذا لم يأذن لم تطب نفسه به . ولأن هذه الأراضي كانت في أيدي الكفرة ، ثم صارت في أيدي المسلمين ، فهي فيء ، والإمام هو المختص بتوزيع الفيء ، كالغنائم ، وذلك مثل اعطاء السلب للقاتل في قوله عليه الصلاة والسلام : « من قتل قتيلاً فله سلبه »(٦) فهذا تصرف من الرسول بطريق الإمامة والسياسة ، لابطريق الشرع والنبوة .

---

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

(٢) مغني المحتاج : ٣٦٢/٤ .

(٣) المغني : ٥١٥/٥ ، المراجع السابقة .

(٤) البدائع : ١٩٤/٦ وما بعدها ، الهداية مع التكملة : ١٣٦/٨ ، تبيين الحقائق : ٣٥/٦ ، الدر المختار : ٣٠٦/٥ ، الخراج لابي يوسف : ص ٦٤ .

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

(٦) أخرجه الجماعة الا النسائي عن أبي قتادة الانه لأبي (نصب الراية : ٣٨٢/٣) .

وقال المالكية(١) :إذا كانت الأرض قريبة من العمران ، افتقر احياؤها إلى إذن الإمام ، بخلاف البعيدة من العمران .

وقال الصاحبان والشافعية والحنابلة(٢) : من أحيا أرضاً مواتاً ، تملكها ، وإن لم يأذن له فيها الامام ، اكتفاء بإذن رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من أحيا أرضاً ميتة فهي له » الصادر بطريق الشرع والنبوة ، ولأنه مال مباح كالاحتطاب والاصطياد ، سبقت إليه يد المحيي ، فيملكه .

لكن يستحب استئذانه ، خروجاً من الخلاف .

٢ — يشترط عند الحنفية في حالة التحجير : أن يتم الاحياء خلال مدة أقصاها ثلاث سنين . فإذا لم يعمرها فيها أخذها الحاكم منه ، ودفعها إلى غيره ، لأن البدء أو الشروع في استصلاحها يتطلب تعميرها ، فيحصل النفع للمسلمين بدفع العشر أو الخراج ، فإذا لم يحصل المقصود ، فلا فائدة في تركها في يده (٣) .

والتقدير بثلاث سنين مأخوذ — كما عرفنا — من قول عمر رضي الله عنه: « ليس لمتحجر بعد ثلاث سنين حق»(٤) . وهذه مدة معقولة لاستصلاح الأراضي وتدبير مصالحها . لكن هذا الحكم من طريق الديانة ، أما من طريق القضاء ، فلو أحياها غيره قبل مضي تلك المدة ، ملكها لتحقق سبب الملك منه ، دون الأول .

---

(١) الفوانين الفقهية : ص ٣٣٩ ، الشرح الصغير : ٩٤/٤ .

(٢) مغني المحتاج : ٣٦١/٤ ، تكملة فتح القدير ، المكان السابق ، المهذب : ٤٢٣/١ ، المحرر في الفقه الحنبلي : ٢٦٧/١ ، المغني : ٥٤٢/٥ ، وكشاف القناع : ٢٠٦/٤ .

(٣) تبيين الحقائق : ٣٥/٦ .

(٤) عرفنا أن في سنده ضعفا . وروى حميد بن زنجويه النسائي في كتاب الاموال عن عمرو بن شعيب أن النبي صلى الله عليه وسلم اقطع ناسا من جهينة ارضا ، فعطلوها وتركوها ، فاخذها قوم اخرون ، فاحيوها ، فخاصم فيها الاولون الى عمر بن الخطاب ، فقال : لو كانت قطيعة مني او من ابي بكر لم اردها ، ولكنها من رسول الله صلى الله عليه وسلم، وقال : من كانت له ارض ، فعطلها ثلاث سنين ، لا يعمرها ، فعمرها غيره ، فهو احق بها (نصب الراية : ٢٩٠/٤) .

المبحث الخامس ـ أحكام إحياء الموات :

يترتب على احياء الأرض تملكها ، وفرض ضريبة العشر أوالخراج عليها ، وعدم تملك حريم المعمور ، وتملك حريم الموات .

المطلب الأول ـ تملك الأرض المحياة :

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

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

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

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

المطلب الثاني ـ وظيفة الأرض المحياة :

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

قال أبو يوسف : إن أحياها مسلم ، فإن كانت تلك الأرض من الأراضي

---

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

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

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

العشرية فالواجب فيها العشر ، وإن كانت من حيّز الأراضي الخراجية فالواجب فيها الخراج .

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

وقال الحنابلة : لاخراج على من أحيا موات الأرض المفتوحة عنوة ، كأرض مصر والشام والعراق . أما إن أحياها ذمي فهي خراجية مطلقاً . وهذا رأي متفق عليه(١).

المطلب الثالث ــ القيد الوارد على ملكية المحيي والملكية الإضافية ــ الحريم :

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

ولا يجوز باتفاق الفقهاء(٢) تملك حريم الأراضي العامرة قبل الاحياء ، لأنه تابع للعامر ، فلا يملك بالاحياء ، لأنا لو جوزنا احياءها أبطلنا الملك في العامر على أهله .

ولا يجوز أيضاً بالاحياء تملك مابين العامر من الرحاب والشوارع ومقاعد الأسواق ، لأن المذكور ليس من الموات ، وإنما من جملة العامر ، ولأنا لو جوزنا ذلك ضيقنا على الناس في أملاكهم وطرقهم .

والخلاصة : أن كل مملوك لايجوز احياء ماتعلق بمصالحه .

---

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

(٢) البدائع : ١٩٥/٦ ، تبيين الحقائق : ٣٦/٦ ، الشرح الكبير : ٦٧/٤ ، الشرح الصغير : ٨٨/٤ ، مغني المحتاج : ٢٦٣/٤ ، المهذب : ٤٢٣/١ ، المغني : ٥٢٥/٥ ، كشاف القناع : ٢٠٨/٤ .

ومن جهة أخرى للمحيي ملكية إضافية قررها الشارع وهو حريم الأرض التي أحياها ، فله بالاحياء مايحتاج إليه من المرافق كفناء الدار (الساحة أمام الدار) ومسيل وحريم البئر ، وله أن يمنع غيره منه .

والكلام عن الحريم في أصل مشروعيته ، ومقداره .

مشروعية الحريم : الأصل في مشروعية الحريم أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل للبئر حريماً(١) . وللعين حريم بالاجماع ، لأنه عليه الصلاة والسلام جعل لكل أرض حريماً(٢) .

مقدار الحريم : للفقهاء تقديرات متقاربة للحريم .

فعند الحنفية (٣) :

أ ـ **حريم العين الجارية** : الأصح أن حريمها خمسمائة ذراع من كل جانب والذراع ست قبضات ، كل قبضة أربع أصابع ، وهو من المرفق إلى الأنامل . لقول الزهري : « وحريم العين خمسمائة ذراع ، من كل ناحية » وبناء عليه يمنع غير صاحب الحريم من الحفر ونحوه في مسافة الحريم ، لأنه ملك له ، فله تضمين المعتدي أو ردم الحفرة .

ب ـ **وحريم البئر** : يختلف بين بئر العطن (العطن : مُناخ الابل حول

---

(١) قال عليه السلام : « من حفر بئرا ، فله مما حولها اربعون ذراعا ، عطنا لماشيته » اخرجه ابن ماجه من حديث عبد الله بن مغفل ، ورواه احمد من حديث ابي هريرة (نصب الراية: ٤/٢٩١) .

(٢) اخرج ابو داود في مراسيله عن الزهري عن سعيد بن المسيب ، قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « حريم البئر العادية خمسون ذراعا ، وحريم بئر البديء خمس وعشرون ذراعا » واخرج الحاكم عن عبادة بن الصامت ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في النخلة ان حريمها مبلغ جريدها (نصب الراية : ٤/٢٩٢ وما بعدها) وزاد الزهري: « وحريم العين خمسمائة ذراع من كل ناحية » .

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

البئر) ، وبئر العطن (هي التي ينزح منها الماء باليد) وبين بئر الناضح : (وهي التي ينزع منها الماء بالبعير ونحوه) .

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

وحريم بئر الناضح أربعون ذراعاً كبئر العطن عند أبي حنيفة عملاً بحاجة الناس . وعند الصاحبين : ستون ذراعاً لما روي : « وحريم بئر الناضح ستون ذراعاً » والصحيح : أن حريمها على قدر الحاجة من كل الجوانب . بشرط أن يحفرها في موات بإذن الإمام أو في ملكه ، فلو حفر في ملك الغير لايستحق الحريم .

جـ ـ **حريم القناة** : وهي مجرى الماء تحت الأرض . ولم يقدر حريمه بشيء يمكن ضبطه ، فحريمه بقدر مايصلحه لالقاء الطين ونحوه . وعن محمد : أنه بمنزلة البئر في استحقاق الحريم ، وقيل بآراء أخرى ، أولاها عندي : أن لها حريماً مفوضاً إلى رأي الإمام ، لأنه لانص في الشرع .

د ـ **حريم النهر** : اختلف فيه الحنفية . فعند أبي حنيفة : لاحريم للنهر في ملك الغير . وقال الصاحبان : له حريم من الجانبين ، لأن استحقاق الحريم للحاجة ، وصاحب النهر يحتاج إليه كصاحب البئر والعين ، إذ إنه يحتاج إلى المشي على حافتي النهر ، كما يحتاج إلى موضع لالقاء الطين عليه عند كري النهر . ثم اختلف الصاحبان في تقديره .

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

وقال محمد : قدر جميع بطن النهر من كل جانب ، أي عرض النهر . واتفق الحنفية أن للنهر حريماً بقدر مايحتاج إليه لالقاء الطين ونحوه ، فيما لو أحياه في أرض موات . وعليه من كان له نهر في أرض غيره ، فليس له حريمه عند أبي حنيفة بمجرد دعواه أنه له ، لأن الظاهر لايشهد له ، بل لصاحب الأرض ، لأنه

---

(١) نصب الراية : ٤/٢٩٢ .

من جنس أرضه ، والقول لمن يشهد له الظاهر ، إلا أن يقيم البينة على ذلك ، لأنها لاثبات خلاف الظاهر .

وقال الصاحبان له مسناة (١) يمشي عليها ، ويلقي عليها طينه ، لأن النهر لابد له من ذلك . ، فكان الظاهر أنه له .

وثمرة الخلاف : أن ولاية الغرس لصاحب الأرض عند أبي حنيفة ، وعند الصاحبين : لصاحب النهر .

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

هـ - **حريم الشجر** : حريم الشجر الذي يغرس في الأرض الموات : خمسة أذرع من كل جانب ، حتى لايملك غيره أن يغرس شجراً في حريمه ، لأنه يحتاج إلى الحريم لجذائ ثمره ، وللوضع فيه . وقد جعل النبي صلى الله عليه وسلم حريم الشجرة خمسة أذرع (٢) .

ومقدار الحريم عند المالكية (٣) : ما يأتي :

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

وحريم الدار : مدخلها ومخرجها ، ومواضع مضابطها ، وشبه ذلك ، مما يرتفق أهلها به من مطرح تراب ، ومصب ميزاب لدار .

وحريم الفدان (٤) : حواشيه ، ومدخله ومخرجه .

---

(١) المسناة : ما يبنى في وجه السيل لحبس الماء . ويراد بها هنا : ما يكون كالجسر للنهر ، للمشي والقاء الطين عند الكري (اي الحفر) .

(٢) اخرجه ابو داود في سننه عن ابي سعيد الخدري (نصب الراية ٤/٢٩٣) .

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

(٤) الفدان : ٥٧٦٠ م٢ = ٢٤٠ قصبة ، والدونم : ١٠٠٠ م٢ .

وحريم القرية : موضع محتطبها ومرعاها .

وحريم الشجر : مافيه مصلحة عرفا ، فلصاحبها منع من أراد احداث شيء بقربها يضرّ بها ، من بناء أو غرس أو حفر بئر ونحو ذلك .

وعند الشافعية(١) : يرجع في تقدير الحريم إلى العرف ، حتى إن المنصوص عليه مراعي فيه العرف . والحريم كما بينا : هو ماتمس الحاجة إليه لتمام الانتفاع بالمعمور ، وإن حصل أصل الانتفاع بدونه .

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

وحريم البئر المحفورة في الموات : موقف النازح منها (وهو القائم على رأس البئر ليستقي)(٢) والحوض (وهو ما يصب النازح فيه ما يخرجه من البئر) ، والدولاب ، ومجتمع الماء (الذي يطرح فيه من الحوض لسقي الماشية والزرع) ، ومتردد النازح من الدابة إن استقى بها ، أو الآدمي .

وحريم بئر الشرب : موضع المستقي منها .

وحريم النهر : وهو ملقى الطين ومايخرج منه بحسب العرف في الموضع . بدليل حديث عبد الله بن مغفل السابق أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من احتفر بئراً ، فله أربعون ذراعاً حولها ، عطنا لماشيته » .

وحريم الدار المبنية في الموات : مطرح رماد وكناسة وثلج ، وممر في صوب الباب (جهته) .

وحريم آبار القناة ؛ ما لو حفر فيه (أي في الحريم) نقص ماؤها ، أو خيف عليها الانهيار . والدار المحفوفة بدور لاحريم لها . ويتصرف كل واحد في ملكه على العادة ، فإن تعدى ضمن .

ويجوز احياء موات الحرم ، كما يملك عامره بالبيع وغيره ، دون عرفات

---

(١) مغني المحتاج : ٣٦٣/٤ وما بعدها ، المهذب : ٤٢٤/١ وما بعدهما .
(٢) اما المحفورة في ملكه ، فيعتبر فيها العرف .

ومزدلفة ومنى ، لايجوز احياؤها لتعلق الوقوف بعرفات ، وأداء شعائر الحج فيها وفي غيرها ، كالحقوق العامة من الطرق ومصلى العيد في الصحراء ، وموارد الماء.

ومذهب الحنابلة (١) كالشافعية قالوا :

البئر العادية (بتشديد الياء نسبة إلى عاد)(٢) : هي القديمة التي انطمت وذهب ماؤها ، فجدد حفرها وعمارتها ، أو انقطع ماؤها ، فاستخرجه المحيي الذي يملكها ويملك حريمها . وحريمها : خمسون ذراعاً من كل جانب .

والبئر غير العاذية (البئر البديء) : حريمها على النصف من حريم العادية ، وهو خمسة وعشرون ذراعاً من كل جانب .

كما روى أبو عبيد في الأموال عن سعيد بن المسيب قال : «السنة في حريم القليب – البئر العادية : خمسون ذراعاً ، وحريم البديء : خمسة وعشرون ذراعاً ، وحريم بئر الزرع ثلثمائة ذراع »

وحريم عين وقناة من موات حولها : خمسمائة ذراع ، أي ذراع اليد ، لانه المتبادر عند الاطلاق .

وحريم بهر من حافتيه : مايحتاج النهر إليه ، لطرح كرايته (أي مايلقى منه طلبا لسرعة جريه) وما يضر صاحبه ، بتملكه عليه ، وإن كثر ، وكذا ما يرتفق بدخوله ، لأنه من مصالحه .

وحريم شجرة : قدر مد أغصانها . وحريم النخل : بقدر مد جريدها ، لحديث أبي سعيد الخدري المتقدم : « اختصم إلى النبي صلى الله عليه وسلم في حريم نخلة ، فأمر بجريدة من جرائدها فذرعت ، فكانت سبعة أذرع ، أو خمسة أذرع ، فقضى بذلك » .

وحريم أرض زراعة : قدر مايحتاجه زارعها لسقيها ، وربط دوابها ، وطرح

---

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

(٢) لم يرد عادا بعينها ، لكن لما كانت « عاد » في الزمن الاول ، وكانت لها آثار في الارض ، نسب اليها كل قديم . لذا عرفت بانها : القديمة .. الخ .

سبخها ونحوه ، كمصرف مائها عند الاستغناء عنه ، لأن ذلك كله من مرافقها .

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

ولاحريم لدار محفوفة بملك الغير من كل جانب ، لأن الحريم من المرافق ، ولايرتفق بملك غيره ، لأن مالكه أحق به . ويتصرف كل واحد منهم في ملكه وينتفع بحسب ماجرت به العادة ، فإن تعدى العادة ، منع التعدي ، عملاً بالعادة .

★ ★ ★

الحمى وإقطاع الأراضي والمعادن

فيه مبحثان : الأول – الحمى ، الثاني – الإقطاع .

المبحث الأول – الحمى :

معناه وأصله ، مشروعيته ، ماحماه النبي صلى الله عليه وسلم أو إمام غيره :

أولاً – أصل الحمى ومعناه : أصل الحمى عند العرب في الجاهلية : أن الرئيس منهم كان إذا نزل بأرض مخصبة ، استعوى كلباً ، على مكان عال ، فحيث انتهى إليه صوته من كل جانب ، حماه لنفسه ، فلا يرعى فيه غيره ، ويرعى هو مع غيره . وهذا لايجوز شرعاً ، فقد نهى عنه النبي صلى الله عليه وسلم لما فيه من التضييق على الناس ، ومنعهم من الانتفاع بشيء لهم فيه حق .

والحمى بمعنى المحمي ، مصدر يراد به اسم المفعول ،أو المراد به الحماية والتحجير . ومعناه شرعاً . أن يحمي الإمام أرضاً من الموات ، فيمنع الناس من رعي مافيها من الكلأ ، ليختص بها دونهم ، لمصلحة المسلمين ، لا لنفسه . وعرف المالكية الحمى الشرعي بقولهم : أن يحمي الإمام مكاناً خاصاً لحاجة غيره(١) .

ثانياً – مشروعيته : لايجوز لأحد أن يحمي مواتاً ليمنع إحياء الموات ، ورعي مافيه من الكلأ ، لما روي الصعب بن جثّامة : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لاحمى إلا الله ولرسوله »(٢)

---

(١) نيل الاوطار : ٥/٣٠٨ ، المغني : ٥/٥٢٨ وما بعدها ، التدبير في الشرح الكبير : ٤/٦٨ وما بعدها ، وفي الصغير : ٤/٩٢ ، المهذب . ١/٤٢٧ ، كشاف القناع : ٤/٢٣٢ ومـا بعدهـنا .

(٢) رواه احمد والبخاري وابو داود(نيل الاطار : ٥/٣٠٨) .

ويجوز باتفاق المذاهب في الصحيح عند الشافعية – للإمام أن يحمي لخيل المجاهدين ونعم(١) الجزية ، وابل الصدقة ، والماشية الضعيفة ؛ بدليل أن النبي صلى الله عليه وسلم حمى النقيع(٢) للخيل – خيل المسلمين(٣) . ويؤيده ماروى عامر بن عبد الله بن الزبير عن أبيه ، قال : أتى أعرابي من أهل نجد عمر ، فقال : ياأمير المؤمنين ، بلادنا قاتلنا عليها في الجاهلية ، وأسلمنا عليها في الاسلام ، فعلام تحميها ؟ فأطرق عمر رضي الله عنه ، وجعل ينفخ ، ويفتل شاربه ، وكان إذا كره أمراً ، فتل شاربه ونفخ ، فلما رأى الأعرابي مابه ، جعل يردد ذلك ، فقال عمر : « المال مال الله ، والعباد عباد الله ، فلولا ماأحمل عليه في سبيل الله ، ماحميت من الأرض شبراً في شبر »(٤) .

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

وقال البخاري : بلغنا أن النبي صلى الله عليه وسلم حمى النقيع ، وأن عمر حمى شرّف والرّبذة(٥) .

وعن أسلم مولى عمر : أن عمر استعمل مولى له ، يدعى « هنيّاً » على الحمى ، وقال له : ياهني ، اضم جناحك على المسلمين(٦) ، واتق دعوة المظلوم ، فإن دعوة المظلوم مستجابة ، وأدخل رب الصريمة(٧) ، ورب الغنيمة ، وإياك ونعم ابن

---

(١) النعم : الابل والبقر والغنم .

(٢) النقيع : موضع معروف ، على بعد عشرين فرسخا من المدينة . والفرسخ ميل في لغتين أميال . واصل النقيع : كل موضع ينتقع فيه الماء ، فيكثر فيه الخصب ، بسبب وجود الماء .

(٣) رواه أحمد عن ابن عمر (نيل الاوطار : ٥/٢٠٨) .

(٤) رواه أبو عبيد باسناده عن عامر بن [illegible] بن الزبير .

(٥) رواه البخاري عن الصعب بن جثامة (نيل الاوطار ، المكان السابق) والشرف : موضع بقرب مكة ، والربذة : موضع معروف بين مكة والمدينة .

(٦) في كتب الفقهاء : اضمم جناحك عن الناس اى امسك يدك ولا تمدها الى ضرر مسلم اي تواضع لهم ، او اتق الله فيهم .

(٧) الصريمة : تصغير صرمة : وهي القطعة من الابل نحو الثلاثين ، فهي ما بين العشرين الى الثلاثين من الابل ، او من العشر الى الاربعين منها ، والغنيمة : ما بين الاربعين والمائة من الشاء .

عوف ، ونعم ابن عفان(١) ، فإنهما إن تهلك ماشيتهما ، يرجعان إلى نخل وزرع .

ورب الصريمة ورب الغنيمة ، إن تهلك ماشيتهما ، يأتيني ببينة يقول : يا أمير المؤمنين أفتاركهم أنا ، لا أبالك(٢) ، فالماء والكلأ أيسر عليّ من الذهب والورق .

وأيم الله ، إنهم ليرون أني قد ظلمتهم ، إنها لبلادهم ، قاتلوا عليها في الجاهلية ، وأسلموا عليها في الإسلام .

والذي نفسي بيده ، لولا المال الذي أحمل عليه في سبيل الله ، ما حميت عليهم من بلادهم شيئاً(١) .

قال ابن قدامة(٢) : وهذا اجماع من الصحابة ، ولأن ماكان لمصالح المسلمين قامت الأئمة فيه مقام رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال :

« ماأطعم الله لنبي طعمة ، إلا جعلها طعمة لمن بعده » رواه أحمد .

وأجاز المالكية(٣) الحمى الشرعي بشروط أربعة ، هي :

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

٢ — أن يكون المحمي قليلاً ، لا كثيراً . والقليل : مالا يضيق فيه على الناس والكثير : ماضيق فيه على الناس .

٣ — أن يكون المحمي في مكان عفا ، أي خالياً من البناء والغرس .

---

(١) اي لا تدخلها الحمى ، فانهما فنيان لا يضرهما هلاك نعمهما .
(٢) ظاهره الذم ، والقصد : التحريض على الشيء .
(٣) رواه البخاري (نيل الاوطار ، المكان السابق) .
(٤) المغني : ٥/٥٢٠ .
(٥) الشرح الكبير : ٤/٦٩ ، الشرح الصغير : ٤/٩٢ .

٤ ــ أن يكون الغرض من الحمى : تحقيق مصلحة عامة للناس مثل الجهاد ونحوه ، أي لترعى فيه دواب الحرب أو الصدقة أو ضعفة المسلمين .

ونائب الإمام مثل الإمام ، وإن لم يأذن له الإمام ، بخلاف الاقطاع ، فليس لنائب السلطان اقطاع إلا بإذن ، لأن الاقطاع يحصل به التمليك ، فلا بد فيه من الاذن ، بخلاف الحمى .

ثالثاً ــ ماحماه النبي صلى الله عليه وسلم أو إمام غيره (١) :

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

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

والثاني ــ لايجوز ، لأن ماحكم به رسول الله صلى الله عليه وسلم نص ، فلا يجوز نقضه بالاجتهاد .

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

وإن أحياه انسان بعد الإمام ففيه قولان :

أحدهما ــ لايملكه ، كما لايملك ماحماه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولأن اجتهاد الإمام لايجوز نقضه .

والثاني ــ يملك ، لأن حمى الإمام اجتهاد ، وملك الأرض بالاحياء نص ، والنص يقدم على الاجتهاد .

---

(١) راجع المهذب : ٤٢٧/١ ، المغني : ٥/٥٣٠ ، كشاف القناع : ٢٢٤/٤ .

المبحث الثاني – الاقطاع :

تعريفه ، مشروعيته ، أنواعه وحكم كل نوع .

أولاً – تعريف الاقطاع : هو جعل بعض الأراضي الموات مختصة ببعض الأشخاص – سواء أكان ذلك معدناً ، أو أرضاً ، فيصير ذلك البعض أولى به من غيره ، بشرط أن يكون من الموات الذي لايختص به أحد .

أو هو تسويغ الإمام من مال الله شيئاً لمن يراه أهلاً لذلك . وأكثر مايستعمل في الأرض : وهو أن يخرج منها لمن يراه مايحوزه ، اما بأن يملكه ، فيعمره ، وإما بأن يجعل له غلته مدة(١) .

ثانياً – مشروعيته : يجوز للإمام أن يقطع موات الأرض لمن يملكه بالاحياء ، لما روى وائل بن حُجر : « أن النبي صلى الله عليه وسلم أقطعه أرضاً ، بحضرموت وبعث معاوية ليقطعها إياه»(٢) ، وروى ابن عمر : « أن النبي صلى الله عليه وسلم أقطع الزبير حُضْر فرسه(٣) . وأجرى الفرس حتى قام ، ثم رمى بسوطه ، فقال : أقطعوه ، حيث بلغ السوط »(٤) . وروى عمرو بن شعيب أن النبي صلى الله عليه وسلم أقطع ناساً من جهينة أو مزينة أرضاً(٥) .

وروي أن أبا بكر أقطع الزبير ، وأقطع عمر علياً ، وأقطع عثمان رضي الله عنهم خمسة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم : الزبير ، وسعدا ، وابن مسعود ، وخباباً . وأسامة بن زيد . رضي الله عنهم . ويروى عن نافع أبي عبدالله : أنه قال لعمر : إن قبلنا أرضاً بالبصرة ، ليست من أرض الخراج ، ولاتضر بأحد من المسلمين ، فإن رأيت أن تقطعنيها ، أتخذ فيها قصيلا(٦) لخيلي فافعل . قال : فكتب عمر إلى أبي موسى : إن كانت كما يقول ، فأقطعها إياه(٧) . ويجوز

---

(١) نيل الاوطار : ٥/٢١١ .

(٢) رواه الترمذي وصححه (نيل الاوطار : ٥/٢١٢) .

(٣) حضر فرسه : مقدار عدوه .

(٤) رواه أحمد وأبو داود لكن في اسناده رجل فيه مقال ، وهو عبد الله بن عمر بن حفص بن عاصم بن عمر بن الخطاب (نيل الاوطار : ٥/٢١٢) .

(٥) رواه سعيد بن منصور في سننه .

(٦) القصيل : الشعير يجز اخضر لعلف الدواب .

(٧) روى هذه الآثار كلها أبو عبيد في الاموال .

أيضاً اقطاع المعادن للاستغلال ، لاملك الرقبة (عين الشيء) ، لما روى ابن عباس قال : « أقطع رسول الله صلى الله عليه وسلم بلال بن الحارث المزني معادن القَبَلِيَّة(١) ، جَلْسيها وغَوْرِيّها وحيث يصلح الزرع من قُدْس(٢) ، ولم يعطه حق مسلم »(٣) .

ثالثاً ـ أنواع الاقطاع :

الاقطاع ثلاثة أقسام : اقطاع تمليك ، واقطاع استغلال ، واقطاع ارفاق . واقطاع التمليك ينقسم إلى موات ، وعامر ، ومعادن . واقطاع الاستغلال نوعان : عشر ، وخراج .

١ ـ حكم اقطاع الموات : أما اقطاع الموات : فيجوز باتفاق المذاهب للإمام إقطاع موات لمن يحييه ، فيؤدي إلى عمارة البلاد . لأنه صلى الله عليه وسلم ـ كما بينا ـ أقطع بلال بن الحارث : العقيق ، وأقطع وائل بن حجر أرضاً ، وأقطع أبو بكر وعمر وعثمان جمعاً من الصحابة .

فإن أقطع الإمام أرضاً لشخص ، ملكها عند المالكية(٤) وإن لم يعمرها بشيء ، فله بيعها وهبتها ، وتورث عنه . وليس هو من الاحياء ، بل هو تمليك مجرد.

ولايملك الموات بالاقطاع عند الجمهور(٥) (غير المالكية) ، لأنه لو ملكه

---

(١) القبلية : ناحية من ساحل البحر ، بينها وبين المدينة خمسة ايام .

(٢) الجلس : كل مرتفع من الارض ، ويطلق على ارض نجد . وغوريها : نسبة الى غور ، قال في القاموس : أن الغور يطلق على مابين ذات عرق الى البحر ، وكل ما انحدر مغربا عن تهامة ، وموضع منخفض بين القدس وحوران مسيرة ثلاثة أيام في عرض فرسخين ، وموضع في ديار بني سليم ، وماء لبني العنوية . اهـ . والمراد هنا المواضع المرتفعة والمنخفضة من معادن القبلية .

(٣) قدس : هو جبل عظيم بنجد ، كما في القاموس. وقيل: الموضع المرتفع الذي يصلح للزرع. رواه احمد وابو داود ، ورويا ايضا من حديث عمرو بن عوف المزني (نيل الاوطار : ٥/٣٠٩) .

(٤) الاحكام السلطانية للماوردي : ص١٨٣ ، الاحكام السلطانية لابي يعلى: ص٢١٢ ، كشاف القناع : ٤/٢١٦ ، الشرح الصغير : ٤/٩٠ .

(٥) البدائع : ٦/١٩٤ ، المهذب : ١/٤٢٦ ، المغني : ٥/٥٢٦ ـ ٥٢٧ ، كشاف القناع : ٤/٢١٦ وما بعدها .

ماجاز استرجاعه ، بل يصير المقطع كالمتجر – الشارع في الاحياء ، فيكون أحق به إذا أحياه في خلال مدة ، أقصاها عند الحنفية ثلاث سنين ، لقول عمر : « ليس لمحتجر بعد ثلاث سنين حق » .

ولاينبغي للإمام أن يقطع من الموات إلا ماقدر المقطع على احيائه ، لأن في اقطاعه أكثر من ذلك تضييقاً على الناس في حق مشترك بينهم ، مما لافائدة فيه ، فيدخل به الضرر على المسلمين .

فإن أقطع الإمام أحداً أكثر من القدر الذي يمكن احياؤه ، ثم تبين عجزه عن عمارته أو إحيائه استرجعه الإمام منه ، كما استرجع عمر من بلال بن الحارث ماعجز عن عمارته ، من العقيق الذي أقطعه اياه رسول الله صلى الله عليه وسلم . وهذا هو المراد بالمصلحة التي يجوز الاقطاع لأجلها ، لأن الحكم يدور مع علته .

وللإمام اقطاع غير موات تمليكاً ، وانتفاعاً للمصلحة(١) . ويجوز الاقطاع من مال الخراج ، كما يجوز من مال الجزية(٢) .

وقال المالكية(٣) : لايقطع الإمام معمور أرض العنوة كأرض مصر والشام والعراق ، أي الصالحة لزرع الحب ملكاً ، لأنها وقف عندهم ، بل يقطعها امتاعاً وانتفاعاً . وأما مالايصلح لزرع الحب ، وان صلح لغرس الشجر ، وليس من العقار ، فإنه من الموات ، يقطعه ملكاً وانتفاعاً .

وأما أرض الصلح فلا يقطعها الإمام لأحد ، مطلقاً ، لأنها مملوكة لأربابها.

٢ – حكم اقطاع العامر وهو اقطاع الارفاق : قال الشافعية والحنابلة(٤): يجوز اقطاع مابين العامر من الرحاب للمساجد ونحوها ، ومقاعد الأسواق ، والطرق

---

(١) كشاف القناع : ٤/٢١٧ .
(٢) المرجع السابق .
(٣) الشرح الصغير : ٤/٩١ وما بعدها ، الشرح الكبير : ٤/٦٨ .
(٤) المهذب : ١/٤٢٧ ، المغني : ٥/٥٢٦ ، كشاف القناع : ٤/٢١٧ ، الاحكام السلطانية للماوردي : ص ١٨٤ ، الاحكام السلطانية لابي يعلى : ص ٢١٢ .

الواسعة ، اقطاع انتفاع ، ولا يملكه المقطع وإنما ينتفع به مالم يضيق على الناس أو يضر بالمارة ، فمن أقطع شيئاً من ذلك صار أحق بالجلوس في الموضع ، لأن للإمام النظر والاجتهاد ، فإذا أقطعه ثبتت يده عليه بالاقطاع ، فلم يكن لغيره أن يقعد فيه ، بمنزلة السابق إليه من غير اقطاع ، إلا في فارق واحد : وهو أن السابق لشيء إذا انتقل عنه بنقل متاعه منه ، زال استحقاقه ، لزوال المعنى الذي استحق به . وفي الاقطاع لايزول استحقاقه سواء نقل متاعه إليه أو لم ينقل ، جلس فيه أو تركه ، لأنه استحق باقطاع الإمام ، فلا يزول حقه بترك الجلوس فيه .

وللجالس في الرحاب أو الطرق أن يظلل على نفسه بما لا ضرر فيه من حصير وكساء للحاجة إليه ، وليس له بناء شيء في الطريق ، ولا في رحبة المسجد ، لما فيه من التضييق .

وليس للجالس بطريق واسع الجلوس بحيث يمنع جاره رؤية المتعاملين معه ، أو يضيق على جاره في كيل أو وزن أو أخذ أو عطاء ، لحديث «لا ضرر ولا ضرار» .

٣ ـ حكم اقطاع المعادن وملكيتها :

تعريف المعادن ، والفرق بينها وبين الرّكاز أو الكنز ، وأنواعها ، وحكم ملكيتها وإقطاعها في المذاهب .

المستخرج من الأرض بالبحث والتنقيب : إما معدن ، أو ركاز أو كنز .

تعريف المعادن : المعادن أو الفلزات : هي ما يوجد في باطن الأرض من أصل الخلقة ، كالذهب والفضة ، والنحاس والحديد والرصاص .

والرّكاز أو الكنز : هو المال المدفون في الأرض بفعل صاحبه ، أو بأثر حادث إلهي ، كزلزال أو رياح عاتية ، أدى إلى طمر بلد مع مافيها من ثروات .

والفرق بين المعدن والركاز : أن المعدن جزء من الأرض ، وأن الركاز ليس جزءاً من الأرض ، وإنما هو دفين مودع فيها ، بفعل الانسان(١) .

---

(١) تبيين الحقائق : ٢٨٧/١ وما بعدها ، مختصر المعاملات الشرعية للاستاذ الشيخ علي الخفيف : ص٢٩ ، الاموال ونظرية العقد ، للدكتور محمد يوسف موسى : ص ١٩٤ .

أنواع المعادن : المعادن أنواع(١) :

آ ـ مايقبل الطرق والسحب ، فيعمل منه الصفائح والحلي والأسلاك ،أو مايذوب بالإذابة وينطبع بالحلية ـ بتعبير الفقهاء ، كالذهب والفضة والحديد والنحاس والرصاص ونحو ذلك .

ب ـ مالايقبل الطرق والسحب أو مالايذوب بالاذابة ، كالماس والياقوت والبلور والعقيق والفيروزج والكحل والزرنيخ ، ونحوها .

جـ ـ المعادن السائلة أو المائعة ، كالنفط والقار ونحوها من الزيوت المعدنية.

وقسم الشافعية والحنابلة(٢) المعادن قسمين : ظاهرة وباطنة .

آ ـ فالظاهرة : هي البارزة غير المختلطة بالأرض ، التي لا تحتاج إلى مشقة في استخراجها أوالوصول إليها ، كالنفط والقار (الزفت) والملح والكحل والكبريت.

ب ـ والباطنة : هي التي تحتاج إلى جهد وعمل لاستخراجها ، كالذهب والحديد والنحاس والرصاص .

حكم المعادن عند الحنفية (٣) :

لاتكون أرض المعادن ، كأرض الملح والقار والنفط ونحوها مما لايستغني عنها المسلمون أو الأمة ، أرض موات . فلا يجوز للإمام أن يقطعها لأحد ، لأنها حق لعامة المسلمين ، وفي الاقطاع ابطال حقهم ، وذلك لايجوز(٤) .

وحكم ملكيتها وزكاتها كالآتي : يقول الحنفية بالتفرقة بين المعدن والكنز ، والركاز يشمل الاثنين وكلاهما من البر . وهناك معادن البحر .

---

(١) البدائع : ٦٧/٢ ، ٦٨ .

(٢) الاحكام السلطانية للماوردي : ص ١٨٩ وما بعدها ، الاحكام السلطانية لابي يعلى : ص ٢١٩ وما بعدها .

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

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

أولاً ــ المعدن : آ ــ ان كان في أرض غير مملوكة في دار الإسلام ، وكان مما يقبل الطرق والسحب ، كالذهب والفضة والحديد والنحاس والرصاص . قليلاً أو كثيراً : يكون فيه الخمس لبيت المال كالواجب في الغنيمة ، والباقي وهو الأربعة الأخماس لمن عثر عليه ، كائناً من كان ، إلا الحربي المستأمن ، فإنه يسترد منه الكل .

ودليلهم : قوله صلى الله عليه وسلم : « وفي الركاز الخمس » (١) والركاز : اسم للمعدن حقيقة ، ويطلق على الكنز مجازاً ، لأن العرب تقول : أركز الرجل : إذا أصاب ركازاً ، وهي قطع من الذهب تخرج من المعادن (٢) . وروى أبو يوسف عن أبي هريرة رضي الله عنه عنه ،قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « في الركاز الخمس ، قيل : وما الركاز يارسول الله ؟ قال : الذي خلقه الله في الأرض يوم خلقت »(٣) فدل ذلك عندهم على أن الركاز يطلق على المعدن ، فالمعدن ركاز ، وعلى المال المدفون .

ب ــ وإن كان المعدن مما لايقبل الطرق والسحب ، كالماس والياقوت وسائر الأحجار الكريمة ، فلا خمس فيه ، ويكون كله للواجد ، لأن ذلك من جنس الأرض ، كالتراب والأحجار العادية ، إلا أنها مضيئة ، ولاخمس في الحجر .

ج ــ وإن كان المعدن مائعاً كالنفط والقير : فلا شيء فيه لبيت المال ،وكله لمن وجده ، لأنه كالماء ، ولا يقصد بالاستيلاء ، فلا يعتبر كالغنائم ، التي يجب فيها الخمس .

أما الزئبق : ففيه الخمس ، لأنه ينطبع مع غيره ، وإن كان مما لاينطبع بنفسه ، فأشبه الفضة .

---

(١) رواه الجماعة (احمد والائمة الستة) عن ابي هريرة (نيل الاوطار : ٤/١٤٧ ، نصب الراية : ٢/٣٨٠) .

(٢) خالفهم الجمهور في ذلك ، فقالوا : لا يقال للمعدن ركاز ، لحديث : « والمعدن جبار ــ اي هدر ــ وفي الركاز الخمس » فقد فرق بينهما بالعطف ، فدل ذلك على المغايرة .

(٣) نصب الراية : ٢/٣٨٠ .

د – وإن وجد المعدن في أرض مملوكة لبعض الناس ، أو دار أو منزل أو حانوت ، فلا خلاف عند الحنفية في أن الأربعة الأخماس لصاحب الملك ، وان وجده غيره في أرضه ، لأن المعدن من توابع الأرض ،لأنه من أجزائها التي خلق فيها .

وأما الخمس فهو لبيت المال إذا كان الموجود مما يقبل الطرق والسحب عند الصاحبين ، للحديث المتقدم : « وفي الركاز الخمس » من غير تفصيل بين الأرض المملوكة وغيرها .

وعند أبي حنيفة : لاخمس فيه ، على من وجده في أرضه أو داره .

ثانياً – الكنز :

آ – إن كان إسلامياً ، بأن وجد عليه علامة الاسلام ، كالمصحف والدراهم المكتوب عليها : « لاإله إلا الله محمد رسول الله » ، ووجد في أرض غير مملوكة ، كالجبال والمفاوز ونحوها ، كان بمنزلة اللقطة ، فيجب على واجده التعريف به ، ثم الانتفاع به ان كان فقيراً ، والتصدق به إن كان غنياً .

ب – وإن كان غير اسلامي ، بأن وجد عليه علامة الجاهلية أو الرومان أو الفرس ، كان لبيت المال الخمس ،والباقي وهو الأربعة الأخماس للواجد ، بلا خلاف عندهم .

جـ – وإن كان في أرض مملوكة : وجب فيه الخمس بلا خلاف ، للحديث السابق : « وفي الركاز الخمس » . والباقي للمالك ثم لورثته عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبويوسف : هو للواجد ، لأنه غنيمة وصل إليها قبل غيره .

د – وإن وجد الكنز في دار الحرب : فإن وجد في أرض غير مملوكة لأحد، فهو للواجد ، ولاخمس فيه ، لأنه مال أخذه ، لابطريق القهر والغلبة . وإن وجد في أرض مملوكة ، ففيه الخمس لبيت المال ، والباقي للمالك عند أبي حنيفة ومحمد. وعند أبي يوسف : للواجد ، لأنه مباح سبقت يده إليه ، أي كما هو المقرر في دار الإسلام .

ثالثاً ـ المستخرج من البحر : كاللؤلؤ والمرجان والعنبر ، وكل حلية تستخرج من البحر ، لاشيء فيه لبيت المال عند أبي حنيفة ومحمد ، وجميعه للواجد ، بدليل ماروي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه سئل عن العنبر ، فقال : هو شيء دسره البحر ، لاخمس فيه ، ولأن يد الكفرة لم تثبت على باطن البحار التي يستخرج منها اللؤلؤ والعنبر ، فلم يكن الخارج منها مأخوذاً بطريق القهر لهم ، فلا يكون غنيمة ، فلا خمس فيه .

وعند أبي يوسف : في كل ماخرج من البحر من الحلي والجواهر : الخمس لبيت المال ، والباقي لواجده أو مستخرجه ، بدليل أن عمر رضي الله عنه كتب لعامل له وجد لؤلؤة بأن فيها الخمس ، وبأن الكفار كانوا يملكون الأرض كلها براً وبحراً ، فيكون كل مايصير من ذلك إلينا **غنيمة ، وفي الغنائم الخمس بنص القرآن (١)** . وهذا الرأي هو الأولى بالاتباع في الظروف الدولية الحاضرة .

وذكر أبو عبيد أقوالاً مختلفة ، منها كما قال أبو حنيفة ومحمد ، ومنها قول لعمر وعمر بن عبد العزيز : أن معادن البحر كمعادن البر ، فيها الزكاة إذا بلغت نصاباً (٢) .

المعادن عند المالكية (٣) :

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

أولاً ـ المعدن : ملكيته ، والواجب فيه :

أما ملكيته فأنواع ثلاثة :

آ ـ إن كان في أرض غير مملوكة لأحد : فهو للإمام أي السلطان أو نائبه ،

---

(١) البدائع : ٢/٦٨ .
(٢) الاموال : ص ٣٤٥ ـ ٣٤٧ .
(٣) القوانين الفقهية : ص ١٠٢ ، الشرح الصغير وحاشية الصاوي عليه : ١/٦٥٠ ـ ٦٥٤ .

يقطعه لمن شاء من المسلمين ، انتفاعاً ، لاتمليكاً ، أو يجعله في بيت المال للمصلحة أو المنفعة العامة ، ولايختص بشيء منه من وجد في أرضه .

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

ج – أن يكون في أرض مملوكة لغير معين ، كأرض العنوة والصلح : المعتمد أنه للإمام ، وقيل : لمن افتتحها .

والخلاصة : أن المعادن الجامدة والسائلة للدولة عند المالكية في مشهور المذهب، لأن المعادن قد يجدها شرار الناس ، فلو لم يكن حكمها للامام ، لأدى الأمر إلى الفتن والهرج .

وأما الواجب في المعدن فهو الزكاة : وهي ربع العشر (١) إن كان نصاباً . فإن كان دون النصاب ، فلا شيء فيه . ولاحول في زكاة المعدن ، بل يزكى لوقته، كالزرع .

ثانياً – الركاز : وهو الكنز ، يختلف حكمه باختلاف الأرض التي وجد فيها. وهي أربعة أنواع :

الأول – أن يوجد في الفيافي ، ويكون من دفن (مدفون) الجاهلية ، فهو لواجده ، وفيه الخمس لبيت المال مطلقاً ، ذهباً كان أو غيره ، قل أو كثر .

الثاني – أن يوجد في أرض مملوكة : قيل : يكون لواجده ، وقيل : يكون لمالك الأرض .

الثالث – أن يوجد في أرض فتحت عنوة : قيل : لواجده ، وقيل : للذين افتتحوا الأرض .

الرابع – أن يوجد في أرض فتحت صلحاً : قيل : لواجده ، وقيل : لأهل الصلح .

---

(١) هذا هو مقدار زكاة الذهب والفضة ، كما ثبت في السنة (نيل الاوطار : ٤/١٢٧) .

وهذا كله مالم يكن بطابع المسلمين . فإن كان بطابع المسلمين فحكمه حكم اللقطة ، يعرّف سنة إذا لم يعلم صاحبه أو وارثه ، فإن لم يعرف فمحله هو بيت مال المسلمين .

والخلاصة : أن في الركاز الخمس لبيت المال ، وباقيه لواجده إن لم تكن الأرض مملوكة . فإن كانت مملوكة ، فلمالك الأرض الأصلي الذي ملكها باحياء ثم لوارثه ، لا لمالكها الحالي مطلقاً سواء ملكها بشراء أو هبة .

هذا إذا علم المالك الأصلي (البائع الأصلي أو الواهب) ، والا فلقطة .

المعادن عند الشافعية والحنابلة (١) :

آ ــ المعدن غير الركاز عندهم . فالمعدن : هو ماتولد من الأرض ، وكان من غير جنسها فهو جزء من الأرض . والركاز : هو دفين الجاهلية أو من تقدم من الكفار ، ويفرقون بين نوعين فيها وهي المعادن الظاهرة : وهي مابرزت بلا عمل ، ويتوصل إليها بلا مؤنة أي لاتحتاج لعزل عن غيرها ، وإنما العمل والجهد في تحصيلها ، كالنفط والقار والملح والكبريت .

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

ب ــ والمعادن الظاهرة : لايجوز اقطاعها لأحد من الناس سواء اقطاع تمليك أو اقطاع ارفاق ، بل هي للجميع ، ينتفعون بها ، ولاتملك باحياء أرض موات ، وجدت فيها ، عند الشافعية ، وفي الأظهر عند الحنابلة ؛ لأن هذه الأمور مشتركة بين الناس ، مسلمهم وكافرهم كالماء والكلأ ، كما في الحديث « الناس شركاء

---

(١) مغني المحتاج : ٣٩٤/١ ــ ٣٩٦ ، المهذب : ١٥٧/١ وما بعدها ، ٤٢٥ ، نهاية المحتاج : ٢٥٣/٤ ، الاحكام السلطانية للماوردي : ص ١٨٩ وما بعدها . المغني : ١٧/٣ ــ ٢٧ ، ٥٢٠/٥ ــ ٥٢٤ ، ٥٤٤ ، كشاف القناع : ٢٥٩/٢ ــ ٢٦٥ ، ٢٠٨/٤ وما بعدها ، ٢١٦ وما بعدها ، الاحكام السلطانية لابي يعلى : ص ٢١٩ وما بعدها .

في ثلاث : في الماء والكلأ والنار » ولأنها ليست من أجزاء الأرض ، فلم يملكها من أحيا الأرض بملك الأرض ، كالكنز . ولأنه صلى الله عليه وسلم أقطع رجلاً ملح مأرب ، فقال رجل : يارسول الله ، إنه كالماء العدّ (أي العذب) قال : فلا ، إذن(١) .

والمعادن الباطنة : لايملكها بالحفر والعمل من كشفها وأحياها في الأظهر عند الشافعية ، وظاهر المذهب عند الحنابلة ، كالمعدن الظاهر ، لأن احياء الأرض الذي يملك به هو العمارة التي يتهيأ بها المحيا للانتفاع من غير تكرار عمل . وهذا أي حفر المعدن : حفر وتخريب يحتاج إلى تكرار عند كل انتفاع .

جـ — ومن أحيا أرضاً مواتاً ، فملكها بذلك ، فظهر فيها معدن باطن كالذهب أو الفضة ،ملكه عند الشافعية ، لأنه بالاحياء ملك الأرض بجميع أجزائها ، ومن أجزائها المعدن ، بخلاف الركاز أو الكنز ، فإنه مودع فيها للنقل عنها . أما المعدن الظاهر ، فلا يملك بالاحياء عند الشافعية ، لأنه حق للجميع(٢) .

، وقال الحنابلة(٣) : من أحيا أرضاً مواتاً ، فملكها ، فيملك المعادن الجامدة ، لأنه ملك الأرض بجميع أجزائها وطبقاتها ، وهذا المعدن منها ، فدخل في ملكه على سبيل التبعية . وأما المعادن الجارية كالنفط والقار والماء ، فأظهر الروايتين عندهم أن محيي الأرض لايملكها ، لأن الناس شركاء فيها ، للحديث « الناس شركاء في ثلاث : في الماء والكلأ والنار »(٤)

د — ومن سبق في الموات إلى معدن ظاهر أو باطن ، فهو أحق بما ينال منه دون أن يملكه ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « من سبق إلى مالم يسبق إليه مسلم ، فهو له » رواه أبو داود .

---

(١) رواه الترمذي وابو داود وباقي اصحاب السنن الاربعة ، وصححه ابن حبان عن ابيض بن حمال (نيل الاوطار : ٥/٢١٠) .
(٢) مغني المحتاج : ٢/٣٧٢ — ٣٧٣ .
(٣) المغني : ٥/٥٢٢ .
(٤) والرواية الثانية : يملكها لانها خارجة من ارضه المملوكة له ، فاشبهت الزرع والمعادن الجامدة . وقد مشى القاضي ابو يعلى في الاحكام السلطانية (ص ٢٢٠) على هذه الرواية.

والخلاصة أن المعادن الظاهرة للدولة في ظاهر المذهب عندالشافعية والحنابلة. وأما المعادن الباطنة فلا يملكها مكتشفها ، وتكون للدولة أيضاً . فإن ظهرت المعادن في أرض أحياها شخص ، فيملك المحيي المعدن الباطن عند الشافعية . ويملك عند عند الحنابلة فقط المعدن الجامد دون السائل .

هـ – أما الواجب في المعدن : فهو زبع العشر ، إن كان ذهباً أو فضة فقط عند الشافعية ، وكذلك إن كان من غيرهما وبلغت قيمته نصاباً عند الحنابلة .

و – وأما الكنز : وهو دفين الجاهلية ، فيجب فيه الخمس في بيت المال ،والباقي إن وجد بأرض مملوكة ، فهو عند الشافعية والحنابلة لمالك الأرض بيمينه إن ادعاه ، وإلا فهو لمن ملك منه أي لمن سبقه من المالكين . أما إن وجد في موات أومملك أحياه ، فهو لواجده .

وإن كان الكنز إسلامياً ، وعلم مالكه ، فهو له ، وإلا فهو لقطة . وكذلك إن جهل كونه اسلامياً أم جاهلياً ، هو لمالكه إن عرف . وإلا فهو لقطة . وهذا باتفاق الشافعية والحنابلة .

* * *

حقوق الارتفاق

الكلام فيها في مبحثين :

المبحث الأول – تعريف حق الارتفاق ، والفرق بينه وبين حق الانتفاع ، ووصفه الفقهي ، وأحكامه العامه .

المبحث الثاني – أنواع حقوق الارتفاق .

المبحث الأول – تعريف حق الارتفاق ، والفرق بينه وبين حق الانتفاع ، ووصفه الفقهي وأحكامه العامة .

أولاً – تعريف حق الإرتفاق : الارتفاق في اللغة : الانتفاع بالشيء . وشرعاً هو أحد أنواع الملك الناقص(١) . وهو حق عيني(٢) قصر على عقار لمنفعة عقار آخر مملوك لغير الأول أيا كان شخص المالك . كإجراء الماء من أرض الجار ، أو تصريف الماء الملوث في مصرف معين ، أو المرور في أرض الغير ، أو البناء فوق دار غيره (حق التعلي) . سواء أكانت الأرض المرتفق بها مملوكة ملكاً عاماً. أم خاصاً،وبقطع النظر عن شخصية مالك العقار المرتفق، والمرتفق به،ولذا وصف **حق الارتفاق بأنه « حق عيني» . فلو كان العقاران لمالك واحد،لم يثبت حق الارتفاق.**

---

(١) الملك كما هو معروف نوعان : ملك تام : وهو ملك الرقبة (ذات الشيء) والمنفعة . وملك ناقص : وهو ملك المنفعة . وملك المنفعة : قد يكون حقا شخصيا للمنتفع اي يتبع شخصه ، لا العين المملوكة ، وقد يكون حقا عينيا ، اي تابعا للعين المملوكة دائما ، فينتقل من شخص الى اخر .

(٢) الحق في اصطلاح القانونيين نوعان :حق عيني وحق شخصي . فالاول : هوعلاقةمباشرة بين شخص وشيء معين بذاته ، مثل حق الملكية وحق الارتفاق . وحق شخصي : هو علاقة شرعية بين شخصين ، احدهمايكون مكلفا بعمل ، والاخر بالامتناع عن عمل ، كعلاقة الدائن والمدين . يكلف المدين باداء الدين ، وهذا عمل ، وعلاقة المودع بالوديع ، فللاول حق على الوديع في الا يستعمل الوديعة ، وهذا امتناع عن عمل .

ثانياً – الفرق بين حق الارتفاق وحق الانتفاع :

كل من هذين الحقين من أنواع الحقوق العينية لا الشخصية . لكن يظل بينهما فروق (١) .

١ – إن حق الارتفاق مقرر لعقار . وأما حق الانتفاع فهو مقرر لشخص. فحق المرور من أرض إلى أخرى حق مقرر للأرض الثانية ، فينتفع به كل مالك لها ، ولا يقتصر الانتفاع به على شخص معين .

أما حق الانتفاع فإنه خاص بشخص المنتفع ، فإذا مات انتهى حقه ، سواء أكان ناشئاً بين الأحياء كالاجارة والاعارة ، أم بين ميت وحي كالوصية والوقف.

٢ – يكون حق الارتفاق مقرراً دائماً على عقار ، ولذا تقل به قيمته عن الأرض الخالية من مثل هذا الحق . أما حق الانتفاع فقد يتعلق بالعقار ، كأرض أعيرت ، وقد يتعلق بالمنقول مثل كتاب أعير .

٣ – حق الارتفاق دائم لاينتهي بوقت ، فيورث باتفاق المذاهب . أما حق الانتفاع فهو مؤقت ينتهي بموت شخص المنتفع كالموصى له بمنفعة أرض .

ثالثاً – وصفه الفقهي :

حق الارتفاق عند الحنفية ليس مالاً ، وإنما هو حق مالي يسوغ لمالكه الانتفاع به . ويترتب على كونه ليس مالاً عندالحنفية (٢): أنه لايجوز بيعه مستقلاً عن الأرض ، وإنما يباع تبعاً لها ، ولا يجوز هبته أو التصدق به ، لأن ذلك تمليك ، والحقوق المفردة لاتحتمل التمليك . ولايجوز أيضاً الصلح عليه في دعوى في المال أو الحق في القصاص في النفس ومادونها ، لأن الصلح في معنى البيع أي المبادلة المالية، والبيع لايجوز .

---

(١) راجع مختصر احكام المعاملات الشرعية لاستاذنا الشيخ علي الخفيف : ص ١٥ – ١٦ .

(٢) البدائع : ١٨٩/٦ – ١٩٠ ، تبيين الحقائق : ٤٣/٦ .

ولا يصح جعله مهراً في عقد الزواج ، لأنه يترتب عليه التمليك، وحق الارتفاق لايقبل التمليك . وإنما يجب في هذه الحالة مهر المثل .

كما لايصح جعله بدل الخلع ، بأن اختلعت المرأة نفسها عليه ، لأن ذلك تمليك، والارتفاق لايحتمل التمليك . ويجب على المرأة حينئذ رد المأخوذ من المهر .

ويترتب على كونه حقاً مالياً(١) :

أنه يمكن أن يورث ، لأن الإرث عند الحنفية يجري في الأموال وفي بعض الحقوق كخيار العيب .

ويصح أن يوصى بالانتفاع به كالايصاء لرجل بأن يسقي أرضه مدة معلومة من حق الشرب لفلان . والايصاء كالارث يصح في الأموال والحقوق ، لكن إذا مات الموصى له تبطل الوصية .

ويصح بيع الأرض دون حق الارتفاق ، ولايدخل حق الارتفاق كحق الشرب مثلاً في بيع الأرض إلا بالنص عليه صراحة ، أو بذكر مايدل عليه ، كأن يقول البائع : بعت الأرض بحقوقها أو بمرافقها ، أو كل قليل وكثير حولها .

ثالثاً ـ أحكام حق الارتفاق العامة :

لحقوق الارتفاق أحكام عامة وخاصة ، أما الخاصة فتذكر مع أنواع الارتفاقات . أما الأحكام العامة فمنها مايأتي :

١ ـ يجب ألا يؤدي استعمالها إلى الاضرار بالغير عملاً بقاعدة : « لاضرر ولاضرار » ، فلا يجوز للمار بأرض غيره الحاق الأذى بغيره . وليس لمن يسقي أرضه بحق الشرب مثلاً أن يسرف في الماء بحيث يضر بمن تحته من المنتفعين بمجرى الماء .

---

(١) المرجعان السابقان ، الدر المختار : ٥/٢١٦ .

٢ ـ إما أن تثبت حقوق الارتفاق على أملاك عامة أو خاصة . أما الأملاك العامة : فمثل الأنهار الكبيرة كالنيل ودجلة والفرات ، أو الطرق والمرافق العامة كالقناطر والجسور التي لاتختص بأحد . وحق الارتفاق المقرر عليها ثابت للناس جميعاً ، بلا إذن من أحد عند غير أبي حنيفة(١) .

وأما الأملاك الخاصة بفرد أو أفراد فلا يثبت حق الارتفاق عليها إلا بإذن المالك.

وإذا لم يعرف سبب حق الارتفاق ، يترك لصاحبه حق الانتفاع به ، ويفترض كونه قديماً حادثاً بسبب مشروع عملا بقاعدة « القديم يترك على قدمه » بشرط ألا يكون ضاراً بالغير كالمسيل القذر الذي يلوث ماء بئر الجيران ، أو النافذة المنحدرة التي تطل على منزل نساء الجار . فيجب إزالة منشأ الضرر ، عملاً بقاعدة أخرى هي قاعدة ، وهي : «الضرر لايكون قديماً » (٢) .

المبحث الثاني ـ أنواع حقوق الارتفاق :

المهمة عند الحنفية تنحصر في ستة هي : حق الشرب ، والطريق، والمجرى ، والمسيل ، والتعلي ، والجوار ، ولايجوز عند الحنفية انشاء حقوق ارتفاق أخرى ، لأن في إنشائها تقييداً للملكية ، والأصل فيها ألا تقبل تقييداً ، وما قيدت به هو استثناء ، لا يتوسع فيه .

ورأي المالكية أنها غير محصورة فيما ذكر ، فيجوز انشاء حقوق ارتفاق أخرى بالإرادة ، كأن يلتزم شخص ألا يقيم في ناحية من أرضه بناء أو يغرس شجراً، أو ألا يرتفع إلى ارتفاع معين(٣) .

---

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

(٢) انظر المدخل الفقهي العام للاستاذ الزرقاء : فـ ٥٩٦ وما بعدها .

(٣) الحق والالتزام للاستاذ الشيخ علي الخفيف : ص ٦٤ ، الاموال ونظرية العقد ، يوسف موسى : ص ١٧١ وما بعدها .

المطلب الأول ـ حق الشرب :

معناه ، أنواع المياه ، وحكم ملكية كل نوع ، الأحكام العامة للانتفاع بالمياه ، كري الأنهار .

أولاً ـ معنى حق الشرب : الشرب (بكسر الشين) في اللغة : النصيب من الماء ، قال صالح عليه السلام فيما قصه الله في القرآن : « هذه ناقة ، لها شرب ، ولكم شرب يوم معلوم » . ويطلق أيضاً على زمن الشرب . ويستعمله الشرعيون في المعنيين . فالشرب في الشرع : النصيب من الماء لسقي الزرع والأشجار . وهذا عند أكثر الفقهاء . وقد يستعمل في نوبة الانتفاع بالماء أو زمن الانتفاع لسقي الشجر أو الزرع .

ويلحق به حق الشفة : وهو حق الشرب (بضم الشين): وهو مايخص الانسان والحيوان من الماء لشربه . ويراد به تحقيق حاجة الانسان إلى الماء لشربه وشرب دوابه .

ثانياً ـ أنواع المياه بالنسبة لحق الشرب والشفة : المياه تنقسم باعتبار هذين الحقين إلى أنواع أربعة :

الماء المحرز في أوان خاصة ، ماء العيون والآبار ونحوها ، ماء الأنهار أو الجداول الخاصة ، ماء الأنهار العامة .

النوع الأول ـ الماء المحرز في أوان خاصة : هو ماحازه صاحبه في آنية أو ظروف خاصة كالجرار والصهاريج والحياض والأنابيب ، ومنه مياه الشركات في المدن المتخصصة لتأمين ماء الدور . وهذا الماء ملك خاص لمن أحرزه ، بالاستيلاء عليه ككل مباح يمتلك باحرازه . فليس لأحد حق الانتفاع به إلا بإذن صاحبه ، ولصاحبه بيعه أو التصرف به كما يشاء(١) ، فقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه « نهى عن بيع الماء إلا ماحمل منه »(٢) . وقد خصص حديث المنع من بيع فضل الماء(٣)

---

(١) البدائع : ١٨٨/٦ وما بعدها ، تبيين الحقائق . ٣٩/٦ ، تكملة الفتح : ١٤٤/٨ وما بعدها الدر المختار : ٢١١/٥ ـ ٢١٢ ، القوانين الفقهية : ص ٣٣٩ ، المهذب : ٤٢٧/١ ، المغني: ٥٣٦/٥ وما بعدها ، كشاف القناع : ٢٢٢/٤ ، الخراج لابي يوسف : ص ٩٥ ، ٩٧ .

(٢) الاموال لابن سلام : ص ٣٠٢ .

(٣) رواه احمد واصحاب السنن الا ابن ماجه ، وصححه الترمذي عن اياس بن عبد .

بالقياس على جواز بيع الحطب إذا أحرزه الحاطب ، لحديث الرجل الذي أمره النبي صلى الله عليه وسلم بالاحتطاب ليستغني به عن السؤال(١) .

وبالرغم من كون هذا الماء مملوكاً لصاحبه ، فيجوز للمضطر الذي خاف على نفسه الهلاك من العطش : أن يشرب منه أو يأخذ منه حاجته ، ولو بالقوة ، ليدفع الهلاك عن نفسه إذا كان فاضلاً عن حاجة صاحبه ، بأن كان يكفي لحفظ رمقهما ، ولم يجد المضطر ماء آخر ، ولكن يجب عليه دفع قيمة الماء ، لأن « الاضطرار لايبطل حق الغير » أو أن حل الأخذ للاضطرار لا ينافي الضمان . والأولى أن يقاتله بغير سلاح كالعصا ، لأنه ارتكب معصية ، فكان ذلك كالتعزير له .

النوع الثاني ــ ماء العيون والآبار والحياض : وهو الذي يستخرجه الشخص لنفسه : وحكمه(٢) : أنه ليس بمملوك لصاحبه ، بل هو مباح في نفسه ولصاحبه حق خاص فيه ، سواء أكان في أرض مباحة ، أو مملوكة ، لأن الماء في الأصل مباح لجميع الناس ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « الناس شركاء في ثلاث : الماء والكلأ والنار »(٣) .

وعليه ، فإنه يثبت فيه حق الشفة ، دون حق الشرب ، فالأول لايختص بشخص دون آخر ، فهو لمستحقه لغيره من الناس ، يأخذون منه حاجتهم لشربهم وشرب دوابهم واستعمالهم المنزلي .

فإن أبى صاحبه ، كان للمحتاج أخذه جبراً ، ولو بالقوة ، وله أن يقاتله بسلاح ، لأن الماء في البئر مباح غير مملوك ، ولكن يشترط ألا يجد المحتاج ماء آخر قريباً منه .

والدليل لحق المحتاج : أن قوماً سفرا وردوا ماء ، فطلبوا من أهله السماح لهم بالشرب منه ، وبسقي دوابهم التي كادت تهلك من العطش ، فأبوا ، فذكروا ذلك لعمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال : « هلا وضعتم فيهم السلاح »(٤) .

---

(١) متفق عليه من حديث ابي هريرة .
(٢) المراجع السابقة .
(٣) روي من حديث رجل عن ابي داود ، ومن حديث ابن عباس باسناد جيد عن ابن ماجه ، ومن حديث ابن عمر عن الطبراني في معجمه (نصب الراية : ٤/٢٩٤) ورواه احمد ايضا.
(٤) الخراج لابي يوسف : ص ٩٧ .

ويلاحظ أن حكم هذين النوعين متشابه تقريباً إلا أن الأول ملك لصاحبه ، والثاني غير مملوك ، وللمضطر الذي يخاف الضرر على نفسه أن يأخذ الماء الفائض عن الحاجة ، ولو بالقوة ، لكن في النوع الأول بغير سلاح ، وفي الثاني يجوز استخدام السلاح . ويتجلى في هذا النوع صفة حق الارتفاق بنحو أوضح من غيره .

وقال الشافعية في الأصح عندهم(١) : يملك الشخص ماء البئر المحفورة في الأرض الموات للتملك ، أو المحفورة في ملك خاص ، لأنه نماء ملكه ، كالثمرة واللبن والشجر النابت في ملكه .

ولا يلزم المالك بذل مافضل عن حاجته لزرع وشجر ، ويجب بذل الفاضل منه عن شربه وشرب ماشيته ، وزرعه ، لشرب غيره من الآدميين ولماشية غيره، على الصحيح لحرمة الروح ، ولخبر الصحيحين : « لا تمنعوا فضل الماء لتمنعوا به الكلأ » أي من حيث إن الماشية انما ترعى بقرب الماء، فإذا منع من الماء فقد منع من الكلأ .

النوع الثالث ــ ماء الأنهار الخاصة :

وهو ماء الأنهار أو الجداول الصغيرة الخاصة المملوكة لبعض الناس ، وحكمه كالنوع الثاني(٢) : يثبت لكل احد فيه حق الشفة ، لاحق الشرب ، فلكل انسان الحق في الانتفاع به لنفسه ودوابه وإن لحق به ضرر يسير ، لأن « الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف » ، ولكن ليس له أن يسقي منه زرعه وشجره ، إلا بإذن صاحبه، فلصاحبه أن يمنع الغير من سقي الزرع والأشجار (حق الشرب) لأن له في مائه حقاً خاصاً .

ولايجوز لصاحبه عند الحنفية بيع حق الشرب منفرداً ، بأن باع شرب يوم ، أو أكثر ، لأنه عبارة عن حق الشرب والسقي ، والحقوق لاتحتمل عندهم الافراد

---

(١) مغني المحتاج : ٢/٣٧٥ .

(٢) البدائع : ٦/١٨٩ ، الدر المختار ورد المحتار : ٥/٢١١ وما بعدها ، تبيين الحقائق : ٦/٣٩ ، الخراج لابي يوسف : ص ٩٥ ، تكملة الفتح : ٨/١٤٥ ، القوانين الفقهية : ص ٣٣٠ ، المهذب : ١/٤٢٧ وما بعدها ، المغني : ٤/٧٩ ، ٥/٥٣٦، كشاف القناع : ٤/٣٢١، المحتاج : ٤/٢٥٧ ، مغني المحتاج : ٢/٣٧٥ .

بالبيع والشراء . فلو باع الأرض مع الشرب ، جاز تبعاً للأرض ، ويجوز أن يجعل الشيء تبعاً لغيره ، وإن كان لايجوز بيعه مستقلاً عن غيره . ولا يدخل الشرب في بيع الأرض – كما أشرنا سابقاً – إلا بالتسمية صراحة ، أو بذكر مايدل عليه ، بأن يقول: بعتها بحقوقها أو بمرافقها . لكنهم أجازوا بيع الماء المعلوم القدر المملوك ، للشرب ، لا للشفة (شرب الإنسان والحيوان) .

كذلك أجاز المالكية والشافعية والحنابلة بيع الماء المملوك ، ولكن يستحب لصاحبه أن يبذله بغير ثمن . ولايجبر على بذله ، إلا أن يكون قوم اشتد بهم العطش فخافوا الموت ، فيجب عليه سقيهم (حق الشفة) ، فإن منعهم ، فلهم أن يقاتلوه على ذلك .

وصرح الشافعية بأنه يشترط في بيع الماء تقديره بكيل أو وزن ، لابريّ الماشية أو الزرع (١) .

النوع الرابع – ماء الأنهار العامة :

وهو الذي يجري في مجار عامة غير مملوكة لأحد ، وإنما هي للجماعة ، مثل النيل ودجلة والفرات ونحوها من الأنهار العظيمة .

وحكمه(٢) : أنه لامالك لأحد في هذه الأنهار ، لا في الماء ولا في المجرى ، بل هو حق للجماعة كلها ، فلكل واحد حق الانتفاع بها ، بالشفة (سقي نفسه ودوابه) والشرب (سقي زروعه وأشجاره) ، وشق الجداول منها ، ونصب الآلات عليها لجر الماء لأرضه ، ونحو ذلك من وسائل الانتفاع بالماء ، وليس للحاكم منع أحد من الانتفاع بكل الوجوه ، إذا لم يضر الفعل بالنهر أو بالغير أو بالجماعة . كما هو الحكم المقرر بالانتفاع في الطرق أو المرافق العامة .

---

(١) نهاية المحتاج : ٢٥٧/٤ .

(٢) البدائع : ١٩٢/٦ ، تبيين الحقائق : ٣٩/٦ ، تكملة الفتح ، ١٤٤/٨ ، الدر المختار : ٣١١/٥ ، القوانين الفقهية : ص ٣٣٩ ، المهذب : ٤٢٨/١ ، المغني : ٥٢١/٥ ، نهاية المحتاج : ٢٥٥/٤ ، مغني المحتاج : ٣٧٣/٢ .

فإذا أضر ، فلكل واحد من المسلمين منعه أو الحد من تصرفه لإزالة الضرر ، لأنه حق لعامة المسلمين ، وإباحة التصرف في حقهم مشروطة بانتفاء الضرر ، كالانتفاع بالمرافق العامة ، إذ لاضرر ولا ضرار . والدليل على كون هذه الأنهار غير مملوكة لأحد ، وإنما الحق فيها مشاع للجميع : هو قوله عليه الصلاة والسلام : « الناس شركاء في ثلاث : في الماء والكلأ والنار»(١) وفي رواية « والملح » وشركة الناس فيها شركة إباحة ، لاشركة ملك ، لعدم احرازها ، فهم سواء في الانتفاع بها ومنها الماء العام ، فيثبت لهم حق الشرب .

ثالثاً ــ الأحكام العامة لحق الشرب أو الانتفاع بالمياه :

للانتفاع بالمياه أحكام عامة أهمها مايأتي(٢) :

آ ــ المحافظة على حافة البئر أو العين أو النهر (مجرى الماء مطلقاً) : فإن لم يفعل كان لصاحب المجرى منعه من الانتفاع ، دفعاً للضرر عنه ، عملاً بالحديث النبوي : « لاضرر ولا ضرار » . ومن الضرر تسرب الماء إلى أرض الجار على وجه غير معتاد ، وعليه الضمان إذاكان متعدياً . قال الحنفية : ولايضمن من من ملأ أرضه ماء ، فنزت أرض جاره أو غرقت ، أي في حال السقي المعتاد الذي تتحمله الأرض عادة ، لأنه متسبب غير متعد ، فإن كان السقي غير معتاد ، ضمن وعليه الفتوى (٣) .

---

(١) المراد بالماء : ما ليس بمحرز ، فاذا احرز فقد ملك ، فخرج من ان يكون مباحا ، كالصيد اذا أحرز ، فلا يجوز لاحد ان ينتفع به حينئذ الا باذنه . والمراد بالكلأ : الحشيش الذي ينبت بنفسه من غير ان ينبته احد ، ومن غيران يزرعه ويسقيه، فيملكه من قطعه واحرزه، وان كان في ارض غيره . والمراد بالنار : الاستضاءة بضوئها ، والاصطلاء بها ، والايقاد من لهبها ، وليس لصاحبها ان يمنع من ذلك ان كانت في الصحراء ، بخلاف ما لو اراد غيره ان ياخذ الجمر ، لانه ملكه ، ويتضرر بذلك ، فكان له منعه كسائر املاكه ، الا اذا لم يكن له قيمة (تبيين الحقائق : ٣٩/٦) .

(٢) انظر الاموال ونظرية العقد في الفقه الاسلامي للدكتور محمد يوسف موسى : ص ١٧٥ وما بعدهـــا .

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

ب — يجب على المنتفع امرار الماء من طريق عام ان وجد ، فإن لم يوجد . كان على صاحب الطريق الخاص الاذن بإمرار الماء ، أو اخراج حاجته من الماء، لقول عمر رضي الله عنه لمحمد بن مسلمة حينما شكاه الضحاك بن خليفة الذي أراد امرار ماء من أرض ابن مسلمة : « والله ، ليمرن به ، ولو على بطنك »(١) .

جـ — حق الشرب يورث ، وتصح الوصية بالانتفاع به ، حتى عند الحنفية، الذين يرون عدم توارث الحقوق والمنافع إلا مااستثني ، ويجوز بيعه تبعاً للأرض ، لامستقلاً منفرداً عنها عند الحنفية ، كما أوضحنا سابقاً ، لأنه مجهول الكمية ، وبيع المجهول لايصح لما فيه من الضرر أو الظلم ، ولأن الحقوق عند الحنفية ليست مال متقوم في ظاهر الرواية ، فلا تقبل الافراد بالبيع أو الهبة أو الإجارة أو التصدق بها (٢) .

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

د — إذا كان الماء مملوكاً لشخص واحد ، كان له حق الانتفاع به كيفما شاء ، فإن كان الماء لجماعة مشتركة أو أناس كثيرين ، وزع بينهم بالعدل ، إما بالمناوبة الزمانية (المهايأة) : بأن يستقل واحد بالماء في زمن معين . وإما بالكوى ، أي بفتحات جانبية للماء إلى المزارع والجداول ، بما يتناسب ومساحة أرض كل كل منتفع بهذا الماء . وهذا رأي الشافعية أيضاً(١) . ومقتضى العدل في التوزيع : أنه إذا كان نهر بين قوم ، واختصموا في الشرب ، كان الشرب بينهم على قدر مساحة أراضيهم ، كما بينا ، لأن المقصود هو الانتفاع بسقي الأراضي ، فيقدر حقهم بقدرها . بخلاف الطريق ، لأن المقصود منه هو المرور ، وهو يختلف قدره سعة وضيقاً .

---

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

(٢) الدر المختار ٢١٦/٥ وما بعدها ، تبيين الحقائق : ٣/٦ ، تكملة الفتح : ١٥٠/٨ ، البدائع : ١٨٩/٦ .

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

كما أن من مقتضى العدل أيضاً أن يتم تغيير التوزيع برضا الجميع ، فليس لمشترك بلا رضاهم أن يشق جدولاً من النهر ، أو ينصب عليه رحى ، أو آله نزح ، أو جسراً ، أو يوسع فم النهر ، أو أن يقسم بالأيام بعد أن كانت القسمة بالفتحات أو أن يسوق نصيبه إلى أرض أخرى ليس لها فيه شرب ، لأن القديم يترك على قدمه لظهور الحق فيه ، ولأنه يمنع الضرر بالآخرين ، وفي التوسعة وغيرها اضرار بهم(١) .

هـ — يصح رفع دعوى الشرب بغير أرض استحساناً عند الحنفية(٢) ، لأن الشرب مرغوب فيه ، منتفع به ، ويمكن أن يملك بغير أرض بالإرث ، أو الوصية ، ولأنه قد تباع الأرض دون الشرب فيبقى الشرب وحده ، فإذا استولى عليه غيره ، كان له أن يدفع الظلم عن نفسه ، باثبات حقه بالبينة .

و — ينتفع الناس بماء الأمطار أو السيول أو النهر الصغير الذي يزدحم الناس فيه : بأن يبدأ بالأعلى ، فيسقي أرضه ، حتى يصل إلى الكعب (النهاية) ، ثم يرسله إلى من يليه ، فيسقي ويحبس الماء حتى يصل إلى كعبه ، ثم يرسله إلى من يليه ، فيفعل كذلك ، وهلم جرا إلى آخره (٣) ، لحديث عبادة : « أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في شرب النخل من السيل : أن الأعلى يشرب قبل الأسفل ، ويترك الماء إلى الكعبين ، ثم يرسل الماء إلى الأسفل الذي يليه ، وكذلك حتى تنقضي الحوائط ، أو يفنى الماء »(٤) .

وروى عبد الله بن الزبير : أن الزبير ورجلاً من الأنصار تنازعا في شراج الحرة(٥) التي يسقى بها النخل ، فقال الأنصاري للزبير : سرح الماء ، فأبى الزبير ، فاختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم

---

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

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

(٣) المهذب : ١/٤١٨ ، مغني المحتاج : ٢/٣٧٣ ، كشاف القناع : ٤/٢١٩ وما بعدها ، المغني : ٥/٥٣١ .

(٤) رواه ابن ماجه ، وعبد الله بن احمد . ورواه ابو داود باسناد حسن .

(٥) الحرة : ارض في المدينة ذات حجارة سود . والشراج جمع شرج ، والشرج : نهر صغير .

للزبير : اسق أرضك ، ثم أرسل الماء إلى أرض جارك . فقال الأنصاري : أن كان ابن عمتك يارسول الله ، فتلوّن وجه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال : يازبير ، اسق أرضك ، واحبس الماء ، إلى أن يبلغ الجدر » قال الزبير : فوالله ، إني لأحسب هذه الآية نزلت فيه : « فلا ، وربك لايؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم »(١) .

وروى مالك في الموطأ أيضاً عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم أنه بلغه : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في سيل مهزور ومذينب : « يمسك حتى الكعبين ، ثم يرسل الأعلى على الأسفل » (٢) .

رابعاً ـ كري الأنهار التي منها الشرب :

الكري : اخراج الطين من أرض النهر ، وحفره ، واصلاح ضفتيه . ويلحق به اصلاح الجسور ونحوها .

ومؤنة الكري أي نفقته بحسب نوع النهر ، والأنهار أنواع ثلاثة (٣) :

الأول : النهر العام غير المملوك لأحد ، كالفرات والنيل : نفقة كريه واصلاحه من بيت مال المسلمين ، من الخراج والجزية ، دون العشور والصدقات ، لأنه للمصلحة العامة ، فيختص بنفقته بيت المال ، عملاً بالحديث النبوي : « الخراج بالضمان »(٤) .

---

(١) متفق عليه في الصحيحين ، ورواه مالك في موطئه عن عبد الله بن الزبير (جامع الاصول: ١/٥٦٥) والمراد بقوله : « احبس الماء حتى يبلغ الجدر » : ان يصل مبلغ تمام الشرب، من جذر الحساب : اصل كل شيء . وقيل : اراد اصل الحائط . ويلاحظ ان رواية الحديث بالدال : « يرجع الى الجدر » اي الكعبين .

(٢) تنوير الحوالك : ٢/٢١٧ .

(٣) تكملة الفتح : ٨/٤٦ وما بعدها ، الدر المختار : ٥/٢١٣ وما بعدها ، البدائع : ٧/١٩١ وما بعدها ، تبيين الحقائق : ٦/٤٠ وما بعدها .

(٤) رواه الخمسة (احمد واصحاب السنن) عن عائشة وضعفه البخاري (سبل السلام : ٣/٣٠) .

فإن لم يكن في بيت المال شيء ، أجبر الحاكم الناس على اصلاح النهر ، ان امتنعوا عنه ، دفعاً للضرر ، وتحقيقاً للمصلحة العامة . قال عمر في مثله : « لو تركتم ، لبعتم أولادكم » .

وتفرض مؤنة الاصلاح على الأغنياء الموسرين الذين لايطيقون الاصلاح بأنفسهم ، كما هو الشأن في تجهيز الجيوش . ويكلف القادرون على العمل بأنفسهم ، وتكون نفقتهم على الأغنياء .

الثاني : النهر المملوك لأهله العام الداخل في المقاسم ، ويمكن قسمته ، ويشترك به جماعة هم أصحاب النهر ، فهو عام من وجه ، وخاص من وجه : نفقة اصلاحه على أهله ، لأن الحق لهم والمنفعة تعود إليهم على الخصوص ، فعليهم اصلاحه لأن الغنم بالغرم . ومن أبى منهم يجبر على الانفاق ، دفعاً للضرر العام الذي يلحق بقية الشركاء .

فالمملوك : بأن دخل في المقاسم : عام وخاص(١) . والخاص وهو النوع الثالث. هو مايشترك فيه فئة محصورة . والعام : هو المملوك لجماعة غير محصورة .

الثالث : النهر المملوك لأهله الخاص بفئة محدودة : نفقة اصلاحه على أهله أيضاً ، لأن نفعه عائد إليهم . لكن ان امتنع جميعهم عن الاصلاح ، لم يجبرهم الحاكم ، كالممتنع عن عمارة أرضه وداره . فإن امتنع بعضهم دون الآخرين ، فقيل : يجبر الآبي ، لأن النفع للكل ، وقيل : لايجبر ، لأن في اجباره اضراراً به. ويمكن دفع الضرر عن شركائه برجوعه عليه بحصته من النفقة ، إذا تم الاصلاح بأمر القاضي .

واختلف في **كيفية الكري على الشركاء** ، إذا احتاج النهر في مسيله إلى اصلاح منطقة ليست في أعلاه : فقال أبو حنيفة : مؤنة كري النهر المشترك على الشركاء

---

(١) المملوك الداخل في المقاسم : عام وخاص . والفاصل بينهما : ان ما تستحق به الشفعة خاص وهو النوع الثالث ، وما لا تستحق به الشفعة عام . واختلف في تحديد الخاص فقيل : هو ما كان لعشرة ، او عليه قرية واحدة . وقيل : لما دون اربعين او مائة او الف. والاصح : تفويضه لراي المجتهد ، فيختلف اي قول شاء .

من أعلاه ، فإذا جازوا أرض رجل منهم ، برئ من مؤنة الكري ، لأن المقصد من الكري: الانتفاع بالسقي ، وقد حصل لصاحب الأعلى ، فلا يلزمه انتفاع غيره .

وقال الصاحبان : الكري على الشركاء جميعهم ، من أوله إلى آخره ، بحصص الشرب والأراضي ، لأن لصاحب الأعلى حقاً في الأسفل ، لاحتياجه إلى تسييل مافضل من الماء فيه . وهذا الرأي هو المعقول في تقديري .

واتفق أئمة الحنفية على أن الاصلاح إذا كان من أعلى النهر ، فمؤنة اصلاحه على الشركاء جميعاً ، لتوقف انتفاعهم به على اصلاحه .

المطلب الثاني — حق الشفة :

يلحق حق الشفة بحق الشرب ، وتكاد تكون أحكامها واحدة مع بعض الفوارق البسيطة :

معنى حق الشفة : هو حق الانتفاع بالماء لشرب الانسان والاستعمال المنزلي من طبخ وغسل ونحوهما ، ولسقي البهائم بالشفاه لدفع العطش ونحوه . أو هو حاجة الإنسان إلى الماء لشربه أو لشرب دوابه ولانتفاعه المنزلي (١) .

وأحكامه تختلف بحسب نوع الماء . والمياه أربعة أقسام(٢) :

الأول : ماء البحار : لكل واحد من الناس فيها حق الشفة وسقي الأراضي ، والانتفاع بها بأي وجه ، لأنها غير مملوكة ، والانتفاع بماء البحر كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء .

الثاني : ماء الأنهار العظيمة كالفرات ودجلة والنيل، وسيحون وجيحون ونحوها: للناس فيه الشفة مطلقاً ، وحق سقي الأراضي ، لأنها مباحة في الأصل لكل إنسان شرباً وسقياً ، مالم يضر بالجماعة لأن دفع الضرر عنهم واجب ، ولأن الانتفاع

---

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

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

بالمباح إنما يجوز إذا لم يضر بأحد ، كتخريب النهر أو كسر ضفته ، فتغرق القرى والأراضي .

الثالث – ماء الأنهار الصغيرة المملوكة الخاصة بقوم محصورين وهو المسمى عند الفقهاء (ماء المقاسم » : حق الشفة ثابت فيه ، للضرورة ، ولأن الأصل في الماء اشتراك الناس فيه ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « الناس شركاء في ثلاث : الماء ، والكلأ والنار » ولأن استصحاب الماء إلى كل مكان أمر متعذر ، والناس بحاجة إليه . فلو منعوا منه ، وقعوا في حرج عظيم .

لكن إذا كان ماء النهر أو البئر المملوك لجماعة في أرض مملوكة : فلصاحب الأرض أن يمنع من يريد الشفة من الدخول في ملكه ، إذا كان يجد ماء بقربه(١) .

فإن لم يجد يقال له : إمّا أن تخرج الماء إليه ، أو تتركه . بشرط ألا يضر النهر أو البئر كأن يكسر ضفته أي جانبه ، لأن للمضطر أو المحتاج حق الشفة في ماء النهر أو البئر أو الحوض عند الحاجة .

فلو منعه صاحب الأرض ، وهو أو دابته في حالة عطش ، كان له أن يقاتله بالسلاح ليأخذ قدر مايدفع عن نفسه الهلاك ، لقول عمر السابق : « هلا وضعتم فيهم السلاح ؟ » ولأنه قصد اتلافه بمنع الشفة عنه ، وهو حقه ، لأن ماء البئر أو النهر ونحوهما مباح غير مملوك .

والأصح أن للناس الأخذ من هذا الماء ونقله للوضوء وغسل الثياب . لأن منعه من الدناءة ، قال عليه الصلاة والسلام : « إن الله تعالى يحب معالي الأمور ، ويكره سفسافها » (٢) .

والأصح أن لصاحب الماء منع من أراد الأخذ منه لسقي الشجر أو الخضر في داره ، بحمله بالجرار ونحوها إلا بإذنه .

---

(١) حد القرب : ميل كما في التيمم ، والميل اربعة الاف ذراع ، والذراع : ٦١/٦ سم ، فالميل : ١٨٤٨ م .

(٢) رواه الطبراني عن الحسين بن علي ، وهو حديث حسن .

كذلك إذا كانت الشفة تأتي على الماء كله ، بأن كان جدولاً صغيراً ، والمواشي الواردة عليه كثيرة ، فقال أكثر الفقهاء منهم الحنفية : للمالك حق المنع ، لأنه يلحقه ضرر بذلك ، كسقي الأرض .

الرابع : الماء المحرز في الأواني : مملوك لصاحبه بالاحراز ، فلا يحق لغيره الانتفاع به إلا بإذن صاحبه ، لا شرباً ولا سقياً ولاغيره .

لكن للمضطر الذي يخاف على نفسه من الهلاك بسبب العطش ، ولم يجد سوى هذا الماء المحرز : أن يأخذ هذا الماء من صاحبه ، ولو بالقوة ، لكن بغير سلاح إذا كان الماء فاضلاً عن حاجة صاحبه ، كما بينا في حق الشرب .

المطلب الثالث – حق المجرى :

تعريفه ، وأحكامه .

تعريف حق المجرى : هو حق صاحب الأرض البعيدة عن مجرى الماء ، في إجراء الماء إلى أرضه لسقيها . وقد يكون المجرى نفسه مملوكاً لصاحب المجرى ؛ أو لصاحب الأرض التي هو فيها وهو الكثير ، أولهما معاً ، أو مشتركاً بين كثيرين .

أحكامه : المبدأ العام في الشرع أنه ليس لصاحب الأرض منع جاره من امرار الماء في أرضه ، عملاً بقول عمر المتقدم ، لمن منع جاره من ارسال الماء في أرضه : « والله ليمرن به ، ولو على بطنك » .

وليس لصاحب الأرض أيضاً أن ينقل المجرى من مكانه إلا برضا أصحاب الحق فيه ، ولهم الحق في ترميمه ، ومنع تسرب الماء منه ، وتعميقه ،وتقوية جانبيه . كما أن لصاحب الأرض مطالبتهم باصلاحه ، حتى لايتسرب الماء منه ، فيتلف مزروعاته .

وإذا كان المجرى مشتركاً بين جماعة ، فليس لأحدهم سده إلا برضا الجميع على أن يسده كل واحد في نوبته . فإن منعوه من سده ، كان له رفع الماء إلى أرضه

بألة (١) ، عملاً بقاعدة : « يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام »

وحق المجرى إن كان قديماً في أرض الغير يترك على حاله(٢) ، عملاً بقاعدة : «القديم يترك على قدمه» ، ولا يُزال ، إلا إذا كان فيه ضرر على صاحب الأرض، عملاً بقاعدة : « الضرر لايكون قديماً » .

وإن أريد احداث مجرى جديد : فإن كان في طريق عام ، أنشئ بإذن السلطة، لمنع الضرر وتحقيق المصلحة العامة .

وإن كان في أرض مملوكة لغيره ، أحدث بإذن المالك ، ولكن ليس للمالك المنع من احداثه ، مالم يلحق به ضرر بسببه ، عملاً بقول عمر السابق : « والله ليمرن به ولو على بطنك »(٣) .

المطلب الرابع – حق المسيل :

تعريفه ، وحكمه .

حق المسيل : هو حق تصريف الماء الزائد عن الحاجة ، أو غير الصالح ، إلى المصارف والمجاري العامة ، بواسطة مجرىسطحي أو أنبوب مستور ، سواء من أرض أودار أو مصنع .

والفرق بينه وبين حق المجرى : هو أن حق المجرى : لجلب الماء الصالح للأرض ، وحق المسيل لتصريف الماء غير الصالح عن الأرض أو الدار ونحوها .

---

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

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

(٣) والقصة هي : روى مالك في موطئه (٢١٨/٢) عن عمرو بن يحيى المازني عن ابيه : ان الضحاك بن خليفة ساق خليجا له من العريض ، فاراد ان يمر به في أرض محمد بن مسلمة ، فابى محمد ، فقال له الضحاك : لم تمنعني ، وهو لك منفعة ، تشرب به أولا وآخرا ، ولا يضرك ؟ فابى محمد ، فكلم فيه الضحاك عمر بن الخطاب ، فدعا عمر بن الخطاب محمد بن مسلمة ، فامره ان يخلي سبيله ، فقال محمد : لا ، فقال عمر : لم تمنع اخاك ما ينفعه ، وهو لك نافع ، تسقي به أولا وآخرا ، وهو لا يضرك ؟ فقال محمد . لا ، والله ، فقال عمر : والله ليمرن به ، ولو على بطنك . فامره عمر ان يمر به ، ففعل الضحاك . وانظر الخراج ليحيى بن آدم : ص ١١٠ .

والمسيل قد يكون مملوكاً للمنتفع به ، أو لصاحب الأرض التي يمر فيها ، وقد يكون في مرفق عام .

وإذا تعينت أرض الجار لاحداث المسيل ، لم يجز لمالكها المعارضة أو الممانعة فيه ، إلا إذا ترتب عليه ضرر بيّن . ويظل هذا الحق قائماً ، وإن تغيرت صفة الأرض المقرر لها ، كأن كانت أرضاً زراعية ، فصارت منزلاً أو مصنعاً مثلاً .

وإذا كان حق المسيل قديماً ، بقي على حاله ، مالم يكن ضاراً بالمصلحة العامة أو الخاصة ، فيجب حينئذ إزالته ، لأن «الضرر يزال»، ولا يحتج بتقادم الضرر ، لأن « الضرر لايكون قديماً » .

وتجب نفقات اصلاح المسيل ، على المنتفع به ، إذا كان في ملكه ، أو في ملك غيره . فإن كان في أرض عامة ، فنفقة الاصلاح على بيت المال(١) .

المطلب الخامس ــ حق المرور :

تعريفه ، وأحكامه .

حق المرور : هو حق أن يصل الإنسان إلى ملكه ، داراً أو أرضاً ، بطريق يمر فيه ، سواء أكان من طريق عام ، أو من طريق خاص مملوك له أو لغيره ، أو لهما معاً .

وحكمه يختلف بحسب نوع الطريق :

آ ــ فإن كان الطريق عاماً : فلكل إنسان حق الانتفاع به ،لأنه من المباحات ، وذلك سواء بالمرور ، أو بفتح نافذة أو طريق فرعي عليه ، أو إنشاء شرفة ونحوها ، وله ايقاف الدواب أو السيارات أو إنشاء مركز للبيع والشراء . ولايتقيد إلا بشرطين(٢) :

---

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

(٢) الدر المختار ورد المحتار : ٥/٣١٩ وما بعدها ، تبيين الحقائق : ١٤٢/٦ وما بعدهما ، جامع الفصولين : ١٩٧/٢ ، تكملة الفتح : ٣٣٠/٨ وما بعدها .

الأول : السلامة ، وعدم الاضرار بالآخرين ، إذ لاضرر ولا ضرار (١) .

الثاني : الإذن فيه من الحاكم .

فإن أضر الماء أو المنتفع بالآخرين ، كأن أعاق المرور ، منع . وان لم يترتب على فعله ضرر ، جاز بشرط إذن الحاكم عند أبي حنيفة ، ولايشترط الاذن عند الصاحبين ، على ماسنبين في حق التعلي . كذلك لايشترط إذن الإمام عند الشافعية والحنابلة (٢) كقوله عليه السلام : « من سبق إلى مالم يسبق إليه مسلم ، فهو أحق به » وقال المالكية(٣) : من بنى في طريق المسلمين أو أضاف شيئاً من الطريق إلى ملكه ، منع من ذلك باتفاق .

ب — وأما إن كان الطريق خاصاً : فحق الانتفاع به مقصور على صاحبه أو أهله المشتركين فيه ، فليس لغيرهم أن يفتح عليه باباً أو نافذة إلا بإذن منهم ، ولكافة الناس حق المرور فيه عند زحمة الطريق العام ، وليس لأصحابه سده أو إزالته ، احتراماً لحق العامة فيه .

كذلك ليس لأحد من أصحاب الحق في الطريق الخاص الارتفاق به على غير الوجه المعروف إلا بإذن الشركاء كلهم ، حتى المشتري من أحدهم بعد الاذن ، كاحداث غرفة ، أو بناء أو شرفة ، أو ميزاب ونحوه (٤) .

المطلب السادس — حق التعلي :

تعريفه ، وحكم تصرف المالك الأعلى أو الأسفل في ملكه .

حق التعلي : هو حق القرار الدائم أو الاستناد لصاحب الطبقة العليا ، على الطبقة السفلى ، والانتفاع بسقوفها ، مثل الملكية المشتركة للطوابق الحديثة .

---

(١) اي لا يضر الرجل اخاه ابتداء ، ولا جزاء بمعنى انه لا يجوز انشاء الضرر ، ولا مقابلة الضرر بمثله . والضرر في الجزاء : ان يتعدى الجائز عن قدر حقه في القصاص وغيره .

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

(٣) القوانين الفقهية : ص ٢٤١ .

(٤) الدر المختار ورد المحتار : ٥/٢٢٠ ، تكملة الفتح ، تبيين الحقائق : المكان السابق ، القوانين الفقهية : ص ٢٤١ .

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

وقال المالكية : السقف الذي بين الطابقين لصاحب السفل ، وعليه اصلاحه وبناؤه إن انهدم ، ولصاحب العلو الجلوس عليه ، أي كما قال الحنفية .

وقال الشافعية : السقف مشترك بين صاحب العلو والسفل(١) .

ولايباع حق التعلي عند الحنفية استقلالاً ، فبيعه غير صحيح ، لأنه ليس بمال .

وقال غير الحنفية : يجوز بيعه استقلالاً ، لأن الحقوق أموال عندهم . وهذا هو المعقول والأصح فقهاً وعرفاً وعملاً .

واختلف أبو حنيفة مع صاحبيه في مدى حق التصرف لكل من صاحب العلو وصاحب السفل(٢) :

فقال أبو حنيفة : الأصل في تصرفات المالك في ملكه ، إذا تعلق به حق الغير : الحظر ، لأنه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير ، فليس للجار التصرف في ملكه من غير رضا صاحب الحق ، وإن لم يضره هذا التصرف .

وبناء عليه : ليس لصاحب السفل أن يحدث في بنائه أي تغيير ، كدق وتد ، أو فتح نافذة ، أو رفع جدار ، إلا برضا صاحب العلو ، وإن لم يضر به . وليس لصاحب العلو زيادة بناء يوهن السفل .

وقال الصاحبان : الأصل في ذلك الإباحة ، لأنه تصرف في ملكه ، والملك

---

(١) القوانين الفقهية : ص ٣٤١ .

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

يقتضي اطلاق التصرف ، كما يشاء المالك ، إلا إذا لحق بسببه ضرر بالغير ، فيمنع حينئذ المالك منه . وبناء عليه : لصاحب السفل أو الطابق الأدنى أن يصنع مالا يضر بالبناء الأعلى .

وهذا الرأي هو المعقول ، والأصح في تقديري ، وهو الاستحسان المفتى به عند الحنفية(١) .

المطلب السابع ـ حق الجوار :

تعريفه ، ومدى صلاحيته أو حق الجار بالتصرف في ملكه .

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

والامتناع عما يؤذي الجار واجب ديانة لقوله صلى الله عليه وسلم : « لايدخل الجنة من لايأمن جاره بوائقه »(٢) أي غوائله وشروره . ومع ذلك للفقهاء آراء قضائية في منع الضرر بالجار(٣) :

فقال أبو حنيفة بمقتضى القياس ، والشافعية والظاهرية : لصاحب الملك أن يفعل في ملكه مايشاء ، وهو مطلق التصرف في خالص ملكه ، وإن ألحق الضرر بغيره ، فله فتح ماشاء من النوافذ ، وهدم ماشاء من الجدران ، وحفر مارأى من الآبار ، وإنشاء ما يشاء من المصانع ، واتخاذ ما أراد من السكن أو المتجر .

وقال الصاحبان بمقتضى الاستحسان الذي أخذت به المجلة : يتقيد استعمال مالك العقار وتصرفه بما لا يؤدي إلى ضرر بيّن فاحش بجاره ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « لاضرر ولاضرار » . وهذا هو المفتى به عند الحنفية .

---

(١) انظر الدر المختار : ٤/٣٧٥ .

(٢) رواه مسلم عن ابي هريرة .

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

والضرر البيّن الفاحش : مايكون سبباً لهدم أو سقوط بناء الجار ، أو مايوهن البناء ، أو ما يؤذي الجار أذىً بالغاً على وجه دائم ، أو مايؤدي إلى سلخ حق الانتفاع بالكلية : وهو مايمنع الحوائج الأصلية ؛ كأن يحول داره إلى فرن أو مصنع للحديد أو مطحنة للحبوب ، أو حمام أو تنور أو يبني جداراً يمنع به الضرر عن جاره .

فإن فعل شيئاً من ذلك ، منع منه ، وأمر بإزالته ، وكان ضامناً مايترتب عليه من تلف بدار جاره ، سواء أكان بالمباشرة أو بالتسبب .

وقال المالكية والحنابلة :(١)يتقيد استعمال المالك بألا يضر بالآخرين ، ولو بالنية والقصد ، فإن لم تكن له مصلحة ظاهرة في التصرف ، أو لم يقصد سوى الاضرار بالآخرين ، منع منه ، لأن المسلم ممنوع من قصد الاضرار .

لكن المشهور عند المالكية أن الشخص لايمنع إذا أراد أن يعلي بنياناً يمنع جاره الضوء والشمس ، ويمنع إذا أراد أن يبني بنياناً يمنع الهواء . واتفق المالكية على منع أنواع من الضرر المحدث ، هي : فتح كوة أو طاقة يكشف منها على جاره ، فيؤمر بسدها أو سترها . وأن يبني شخص في داره فرناً أو حماماً أو كير حداد ، أو صانع ، مما يضر بجاره دخانه ، فيمنع منه إلا إن احتال في إزالة الدخان . وأن يصرف ماءه على دار جاره أو على سقفه ، أو يجري في داره ماء ، فيضر بحيطان جاره ، ومثل ذلك كاتم الصوت وعازل الحرارة ، وصفاية الدخان .

والخلاصة : أن الاتجاه الأقوى في الفقه الاسلامي يجيز للمالك أن يتصرف في ملكه بما لاضرر فيه على الجار ، أما مابان ضرره الفاحش ، أو أشكل فيه الحال ، فإنه ممنوع .

وإذا كان الشيء قديماً قبل الجوار ، يظل قائماً ، مالم يكن فيه ضرر بالجار الجديد .

---

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

عقود استثمار الأرض

المزارعة ، المساقاة ، المغارسة

العقد الأول – المزارعة أو المخابرة

تعريفها ، ومشروعيتها ، وركنها وصفة العقد ، وشرائطها ، وأنواعها أو أحوالها ، وحكمها وانتهاؤها وحالات فسخها . وفيه مباحث خمسة :

المبحث الأول – تعريف المزارعة ومشروعيتها وركنها وصفة العقد :

أولاً – تعريف المزارعة : المزارعة لغة : مفاعلة من الزرع : وهو الانبات . وشرعاً : عقد على الزرع ببعض الخارج(١) . وعرفها المالكية : بأنها الشركة في الزرع (٢). وعرفها الحنابلة بأنها : دفع الأرض إلى من يزرعها أو يعمل عليها ، والزرع بينهما(٣)

وتسمى أيضاً المخابرة (من الخَبار : وهي الأرض اللينة) ، والمحاقلة ، ويسميها أهل العراق : القراح . ووصف الشافعية(٤) المخابرة بأنها : عمل الأرض ببعض مايخرج منها ، والبذر من العامل . والمزارعة : هي المخابرة ، ولكن البذر فيها يكون من المالك .

ثانياً – مشروعيتها : لم يجز أبو حنيفة وزفر المزارعة ، وقالا : هي فاسدة ، وبعبارة أخرى : المزارعة بالثلث والربع في رأيهما باطلة(٥) . وكذلك لم يجز الشافعي المزارعة وإنما تجوز عند الشافعية فقط تبعاً للمساقاة للحاجة ، فلو كان بين النخل

---

(١) البدائع : ١٧٥/٦ ، تبيين الحقائق : ٢٧٨/٥ ، الدر المختار : ١٩٢/٥ ، تكملة الفتح : ٢٢/٨ .

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

(٣) المغني : ٣٨٢/٥ ، كشاف القناع : ٥٢٣/٣ .

(٤) مغني المحتاج : ٣٢٣/٢ وما بعدها .

(٥) العناية بهامش تكملة الفتح : ٢٢/٨ ، وتقييدهم بالثلث والربع باعتبار العادة في ذلك ، ولتقرير محل النزاع ، اذ لو لم يعين المقدار فسدت اتفاقا .

بياض صحت المزارعة عليه مع المساقاة على النخل بشرط اتحاد العامل ، وعسر إفراد النخل بالسقي . والبياض بالعمارة : وهي الزراعة لانتفاع النخل بسقي الأرض وتقليبها . والأصح أنه يشترط : ألا يفصل العاقدان بين العقدين وإنما يؤتى بهما على الاتصال ، وألا يقدم المزارعة على المساقاة ، لأنها تابعة ، والتابع لايقدم على متبوعه . ولاتجوز المخابرة عند الشافعية تبعاً للمساقاة ، لعدم ورود ذلك(١) . ودليل أبي حنيفة وزفر والشافعي على عدم مشروعية المزارعة أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المخابرة(٢) : وهي المزارعة . ولأن أجر المزارع : وهو مما تخرجه الأرض إما معدوم لعدم وجوده عند العقد ، أو مجهول لجهالة مقدار ماتخرجه الأرض ، وقد لاتخرج شيئاً ، وكل من الجهالة وانعدام محل العقد مفسد عقد الإجارة .

وأمامعاملة النبي صلى الله عليه وسلم أهل خيبر — كما سيأتي — فكان خراج مقاسمة(٣) كثلث أو ربع غلة الأرض ، بطريق المن والصلح ، وهو جائز .

وقال صاحبا أبي حنيفة (أبو يوسف ومحمد) ، ومالك وأحمد وداود الظاهري ، وهو رأي جمهور الفقهاء : المزارعة جائزة ، بدليل أن النبي صلى الله عليه وسلم وسلم عامل أهل خيبر بشطر مايخرج من ثمر أو زرع(٤) . ولأنه عقد شركة بين المال والعمل ، فيجوز كالمضاربه ، لدفع الحاجة ، فصاحب المال قد لايحسن الزراعة ، والعامل يتقن ذلك ، فيتحقق بتعاونهما الخير والانتاج والاستثمار . والعمل والفتوى عند الحنفية على قول الصاحبين ، لحاجة الناس إليها ولتعاملهم .

---

(١) مغني المحتاج : ٣٢٤/٢ ، المهذب : ٣٩٤/١ .

(٢) اخرجه مسلم عن جابر بن عبد الله ، واخرجه ايضا عن ابن عمر : ان رافع بن خديج روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عنه (نصب الراية : ١٨٠/٤) وروى مسلم ايضا عن ثابت بن الضحاك «ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزارعة» وروى ابوداود والنسائي واحمد والبخاري حديث رافع بالنهي عن كراء الارض (نيل الاوطار : ٢٧٥/٥ ، ٢٨٠ .

(٣) الخراج نوعان : خراج وظيفة : وهوفرض جزء مقطوع معلوم سنويا على جزء معلوم من مساحة الارض المفتوحة . وخراج مقاسمة : وهو فرض مقدار نسبة محددة من غلة الارض كالنصف مثلا .

(٤) رواه الجماعة (احمد والائمة الستة) عن ابن عمر ، وروي ايضا عن ابن عباس وجابر ابن عبد الله (نيل الاوطار : ٢٧٢/٥)

ثالثاً – ركن المزارعة وصفة العقد : ركن المزارعة : الايجاب والقبول ، وهو أن يقول صاحب الأرض للعامل : دفعت إليك هذه الأرض مزارعة بكذا ، ويقول العامل : قبلت ، أو رضيت ، أو مايدل على قبوله ورضاه ، فإذا وجدا تم العقد بينهما(١) .

فأطرافها ثلاثة : صاحب الأرض أو المالك ، والعامل أو المزارع ، ومحل العقد ، المتردد بين أن يكون منفعة الأرض أو عمل العامل . وهي عند الحنفية : عقد إجارة ابتداء ، شركة انتهاء ؛ فإن كان البذر من العامل فالمعقود عليه : منفعة الأرض ، وإن كان من صاحب الأرض فالمعقود عليه منفعة العامل .

وقال الحنابلة(٢) : ولاتفتقر المزارعة والمساقاة إلى القبول لفظاً ، بل يكفي الشروع في العمل قبولاً ، كالوكيل .

وأما صفة المزارعة : فهي كبقية الشركات عقد غير لازم . وقال المالكية(٣) : وتلزم بالبزر ونحوه أي بالقاء الحب على الأرض لينبت ، أو بوضع الزريعة في الأرض مما لابذر لحبه كالبصل ونحوه . والمعتمد عند المالكية أن شركات الأموال تلزم بالصيغة .

وقال الحنابلة(٤) : المزارعة والمساقاة عقدان غير لازمين ، لكل طرف فسخهما ، ويبطل العقد بموت أحد المتعاقدين .

المبحث الثاني – شرائط المزارعة :

اشترط الحنفية(٥) في المزارعة شرائط : في العاقد المزارع ، وفي الزرع والمزروع ، وفي الخارج من الزرع ، وفي الأرض المزروعة ، وفي محل العقد ، وفي آلة الزراعة ، وفي مدة المزارعة .

---

(١) البدائع : ١٧٦/٦

(٢) كشاف القناع : ٥٢٨/٣ وما بعدها

(٣) الشرح الصغير : ٣٩٢/٣

(٤) غاية المنتهى : ١٥٤/٢

(٥) البدائع : ١٧٦/٦ – ١٨٠ ، تكملة الفتح مع العناية : ٢٤/٨ وما بعدها ، الكتاب مع اللباب : ٢٣٠/٢ ، تبيين الحقائق : ٢٧٩/٥ ، الدر المختار : ١٩٢/٥ .

شروط العاقد المزارع : يشترط شرطان عامان في العقود .

آ ـ أن يكون العاقد عاقلاً (مميزاً) : فلا تصح مزارعة المجنون والصبي غير المميز ، لأن العقل شرط أهلية التصرفات .

وأما البلوغ فليس بشرط لجواز المزارعة ، فتجوز مزارعة الصبي المأذون ، كالإجارة . والمزارعة استئجار ببعض الناتج .

٢ً ـ ألا يكون مرتداً ـ في رأي أبي حنيفة ـ لأن تصرفات المرتد موقوفة عنده ، فلا تصح للحال . ولايشترط هذا الشرط عند الصاحبين ، فتعتبر مزارعة المرتد نافذة للحال .

أما المرتدة فتصح مزارعتها باتفاق الحنفية .

شرط الزرع : أن يكون معلوماً ، بأن يبين مايزرع ، لأن حال المزروع يختلف باختلاف الزرع ، بالزيادة والنقصان ، فرب زرع يزيد في الأرض ، وآخر ينقصها . ومقتضى الاستحسان : أن بيان مايزرع في الأرض ليس بشرط ، إذا نص على المزارعة ، فإن مايزرع مفوض للعامل .

شرط المزروع : أن يكون قابلاً لعمل الزراعة : وهو أن يؤثر فيه العمل بالزيادة بحسب العادة .

شروط الخارج الناتج من الزرع : تشترط شروط إذا لم تتحقق فسد العقد وهي :

١ ـ أن يكون معلوماً في العقد ، لأنه بمثابة الاجرة وجهالتها تفسد الإجارة.

٢ ـ أن يكون مشتركاً بين العاقدين : فلو شرط تخصصه بأحدهما فسد العقد .

٣ ـ أن يكون الناتج معلوم القدر كالنصف والثلث والربع ونحوه ، لأن ترك التقدير يؤدي إلى الجهالة المفضية إلى المنازعة .

٤ ـ أن يكون الناتج جزءاً مشاعاً بين العاقدين ، فلو شرط لأحدهما مقدار معلوم كأربعة أمداد أو بقدر البذر ، لم يصح العقد ، لجواز ألا ينتج إلا ذلك القدر

ولايصح أيضاً اشتراط كون الناتج على السواقي أو الجداول لأحدهما ، لاحتمال ألا ينبت الزرع إلا في ذلك الموضع .

ولايصح أيضاً اشتراط كون التبن لأحدهما ، والآخر الحب ، لأن الزرع قد تصيبه آفة ، فلا ينعقد الحب ، ولايخرج إلا التبن .

شروط الأرض المزروعة : يشترط في الأرض المزروعة مايأتي :

١ ــ أن تكون صالحة للزراعة: فلو كانت سبخة أو نزة ، لايجوز العقد، لأن المزارعة عقد استئجار ببعض الناتج ، والسبخة والنزة لا تجوز إجارتها ، فلا تجوز مزارعتها .

٢ ــ أن تكون معلومة : فإن كانت مجهولة لاتصح المزارعة ، لأنها تؤدي إلى المنازعة .

٣ ــ التخلية بين الأرض والعامل : فتسلم إلى العامل مخلاة : وهو أن يوجد من صاحب الأرض التخلية بين الأرض وبين العامل ، فلو شرط العمل على رب الأرض أو عليهما معاً ، لاتصح المزارعة ، لانعدام التخلية .

شرط محل العقد : أن يكون المعقود عليه في المزارعة مقصوداً بحسب العرف والشرع من حيث إنها اجارة أحد أمرين : إما منفعة عمل العامل : بأن كان البذر من صاحب الأرض . وإما منفعة الأرض : بأن كان البذر من العامل.

وإذا اجتمع الأمران في الاستئجار ، فسدت المزارعة .

شرط آلة الزراعة : أن تكون الآلة من دابة أو آلة حديثة أمراً تابعاً في العقد ، لامقصوداً ، فإن جعلت أمراً مقصوداً ، فسدت المزارعة .

شرط مدة الزراعة : أن تكون المدة معلومة ، فلا تصح المزارعة إلا بعد بيان المدة ،لأنها استئجار ببعض الناتج ، ولاتصح الإجارة مع جهالة المدة ، والمدة متعارفة ، فتفسد بما لايتمكن العامل فيها ، وبما لايعيش إليها أحد العاقدين . والمفتى به أن المزارعة تصح بلا بيان مدة ، وتقع على أول زرع واحد(١) .

---

(١) الدر المختار : ٥/١٩٣

وفي الجملة : تصح المزارعة عند الصاحبين بشروط ثمانية :

١ – أهلية العاقدين ٢ – وتعيين مدة العقد ، والمفتى به أنه لايشترط ذلك . ٣ – وصلاحية الأرض للزراعة ، ٤ – والتخلية بين الأرض والعامل ٥ – وأن يكون الناتج مشتركاً مشاعاً بين العاقدين تحقيقاً لمعنى الشركة ٦ – وبيان من عليه البذر منعاً للمنازعة ، واعلاماً للمعقود عليه : وهو منافع الأرض أو منافع العامل . ٧ – وبيان نصيب كل من المتعاقدين(١) سواء من قدم البذر أو من لم يقدمه . ٨ – وبيان جنس البذر ليصير الأجر معلوماً ، لأن الأجر جزء من الناتج ، فلا بد من بيانه ، ليعلم أن الناتج من أي نوع ، لأنه ربما يعطي بذراً لايحصل الناتج به إلا بعمل كثير . والاستحسان : أن بيان مايزرع في الأرض ليس بشرط .

شروط المزارعة عند المالكية(٢) :

اشترط المالكية ثلاثة شروط للمزارعة :

١ – السلامة من كراء الأرض بأجر ممنوع كراؤها به : بألا تقع الأرض أو بعضها في مقابلة بذر ، أو طعام ولو لم تنبته الأرض كعسل ، أو ماتنبته ولو غير طعام كقطن وكتان ، الا الخشب أي أنه لابد لصحة المزارعة من كرائها بذهب أو فضة أوعرض تجاري أو حيوان ، ولابد من كون البذر من صاحب الأرض والعامل معاً ، فلو كان البذر من أحدهما والأرض للآخر ، فسدت المزارعة .

وسبب اشتراط هذا الشرط : ورود النهي في السنة عن كراء الأرض بما يخرج منها (٣) .

---

(١) المذكور في الهداية : بيان نصيب من لا بذر من قبله ، لانه يستحق عوضا بالشرط ، فلا بد ان يكون معلوما ، وما لا يعلم لا يستحق شرطا بالعقد . لكن قال قاضي زاده معلقا عليه : لا شك ان بيان نصيب كل من المتعاقدين مما لابد منه في عقد المزارعة ، فعد بيان نصيب من لا بذر من قبله ، من الشرائط دون بيان نصيب الآخر ، مما لا يجدي كبير طائل . فتامل (تكملة الفتح : ٨/٣٤) .

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

(٣) رواه احمد والبخاري والنسائي من حديث رافع بن خديج (نيل الاوطار : ٥/٢٧٥) .

٢ ــ تكافؤ الشريكين أو تساويهما فيما يخرجان أو يقدمان : بأن يقابل أجر الأرض مساو غير بذر كعمل حيوان ونحوه ، على قدر الربح الواقع بينهما ، كأن تكون اجرة الأرض مائة ، وما يقابلها من تقديم حيوان وعمل سوى البذر مائة ، والربح بينهما مناصفة . فتصح وإلا فسدت . ويجوز لأحدهما التبرع للآخر بالزيادة من عمل أو ربح ، بعد لزوم الشركة .

٣ ــ تماثل البذرين المقدمين من كليهما نوعاً كقمح أو شعير أو فول . فإن اختلف بذر أحدهما عن الآخر ، كأن أخرج أحدهما من البذر غير ماأخرجه الآخر ، فسدت المزارعة ، ولكل ماأنبته بذره .

ومذهب مالك وابن القاسم ، وهو الراجح الذي به الفتوى : أنه لايشترط كمافي شركة الأموال ــ خلط البذرين حقيقة ولا حكماً ، بل إذا خرج كل منهما ببذره وكان بذر كل منهما مستقلاً عن الآخر ، فالشركة صحيحة .

والخلاصة : أن المالكية يشترطون تقديم البذر من كلا العاقدين ، وتساويهما فيه نوعاً ، وتماثلهما في الربح وفيما يقدم كل منهما من شيء عيني كالأرض ، وما يقابلها من منفعة حيوان وعمل ، وألا تكون المزارعة بجزء ناتج من الأرض ، وإنما بعوض آخر غير محصول الأرض . ويلاحظ أن هذه الشروط شديدة لاتنطبق مع واقع المزارعة القائم .

أما الشافعية(١) : فلم يشترطوا في المزارعة التي تصح تبعاً للمساقاة أن يتساوى العاقدان في الجزء المشروط من الثمر والزرع ، فيصح أن يشرط للعامل نصف الثمر ، وربع الزرع مثلا. كذلك حددوا محل منع كراء الأرض بما يخرج منها بما إذا كان المشروط من خصوص بقعة معينة . وقالوا : إن المزارعة : هي عمل الأرض بما يخرج منها ، والبذر من المالك .

وأما الحنابلة(٢) : فأجازوا المزارعة ببعض مايخرج من الأرض ، ولم يشترطوا

(١) مغني المحتاج : ٣٢٣/٢ ــ ٣٢٥ .
(٢) المغني : ٢٨٢/٥ ، ٣٨٨ ، ٣٩٢ ، كشاف القناع : ٥٣٣/٣ .

تساوي العاقدين في الناتج . واشترطوا كالشافعية في ظاهر المذهب كون البذر من المالك رب الأرض، وروي عن أحمد مايدل على أن البذر يجوز أن يكون من العامل . واشترطوا بيان نصيب كل واحد من العاقدين ، فإن جهل ذلك فسدت المزارعة، كما اشترطوا أيضاً معرفة جنس البذر وقدره ، لأن المزارعة معاقدة على عمل ، فلم تجز على غير معلوم الجنس والقدر ، كالإجارة .

المبحث الثالث ـ أحوال المزارعة :

للمزارعة عند الصاحبين أربعة أحوال ، تصح في ثلاثة ، وتبطل في واحد(١) .

الأولى : أن تكون الأرض والبذر لواحد ، والعمل والحيوان واسطة الزراعة من آخر : تجوز المزارعة ، وصار صاحب الأرض والبذر مستأجراً للعامل ، والحيوان المستخدم للحراثة تبعاً له ، لأن الحيوان آلة العمل .

الثانية : أن تكون الأرض لواحد ، والحيوان والبذر والعمل لواحد : جازت المزارعة أيضاً ، وصار العامل مستأجراً للأرض ببعض الخارج الناتج .

الثالثة : أن تكون الأرض والحيوان والبذر لواحد ، والعمل لواحد : جازت أيضاً ، وصار رب الأرض مستأجراً للعامل ببعض الخارج(٢) .

الرابعة : إذا كانت الأرض والحيوان لواحد ، والبذر والعمل لآخر : فهي فاسدة ، في ظاهر الرواية ، لأنه لو قدر العقد اجارة للأرض ، فاشترط الحيوان على صاحبها ، مفسد للاجارة ، إذ لا يمكن جعل الحيوان تبعاً للأرض ، لاختلاف المنفعة ، أي أن منفعة الحيوان ليست من جنس منفعة الأرض ، لأن الأرض للنماء والانبات ، والحيوان للعمل وشق الأرض .

---

(١) البدائع : ١٧٩/٦ وما بعدها ، تكملة الفتح : ٣٥/٨ وما بعدها ، تبيين الحقائق : ٢٨١/٥ وما بعدها ، الدر المختار : ١٩٥/٥ وما بعدها ، اللباب شرح الكتاب : ٢٢٩/٢ وما بعدها .

(٢) قد نظم بعضهم الصور الثلاث الجائزة في بيت ، فقال :

ارض وبذر ، كذا ارض ، كذا عمل من واحد ، ذي ثلاث كلها قبلت .

ولو قدر العقد إجارة للعامل ، فاشتراط البذر عليه مفسد ، لأنه ليس تبعاً له .

وعلى هذا تفسد المزارعة إذا اشترطت الآلة أو الحيوان أو لعمل على صاحب الأرض ، كما تفسد إذا اشترط الخارج كله لأحد العاقدين ، أو اشترط الحصاد والدياس أو الحمل والحفظ على العامل المزارع ، لأنه لايتعلق به صلاح الزرع .

المبحث الرابع – حكم المزارعة الصحيحة والفاسدة :

أولاً – حكم المزارعة الصحيحة : للمزارعة الصحيحة عند الحنفية(١) أحكام هي مايأتي :

١ – كل ماكان من عمل المزارعة مما يحتاج الزرع إليه لاصلاحه ، كنفقة البذر ومؤنة الحفظ ، فعلى المزارع ، لأن العقد تناوله .

٢ – كل ماكان نفقة على الزرع كالسماد وقلع الأعشاب والحصاد والدياس ، فعلى العاقدين على قدر نصيبهما من الناتج .

٣ – الناتج من الأرض يقسم بين العاقدين بحسب الشرط المتفق عليه ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « المسلمون عند شروطهم »(٢) . فإن لم تخرج الأرض شيئاً ، فلا شيء لواحد من العاقدين على الآخر ، أما إنه لاشيء للعامل ، فلأنه مستأجر ببعض الخارج الناتج ، ولم يوجد . هذا بخلاف المزارعة الفاسدة : يجب للعامل أجر المثل إن لم تخرج الأرض شيئاً . والفرق أن الواجب في العقد الصحيح هو المسمى وهو بعض الخارج ، فإذا لم يوجد لم يجب شيء . وأما الواجب في المزارعة الفاسدة فهو أجر مثل العمل في الذمة لا في الخارج ، فعدم الخارج لايمنع وجوبه في الذمة .

٤ – عقد المزارعة كما بينا في صفته غير لازم عند الحنابلة ، ويلزم بالبذر

---

(١) البدائع : ١٨١ وما بعدها ، تكملة الفتح ٣٩/٨ ، تبيين الحقائق : ٢٨٢/٥ ، اللباب مع اللباب : ٢٢١/٢ وما بعدها ، الدر المختار : ١٩٩/٥ .

(٢) رواه الحاكم عن انس وعائشة ، وهو حديث صحيح . ورواه ابو داود والحاكم عن أبي هريرة بلفظ : « المسلمون على شروطهم » واخرجه الترمذي وابن ماجه من حديث عمرو بن عوف باللفظ الاخير (نصب الراية : ١١٢/٤ ، الجامع الصغير) .

عند المالكية ، وقال الحنفية : هو عقد غير لازم في جانب صاحب البذر لازم في جانب العاقد الآخر ، ولا يجوز له فسخ المزارعة إلا بعذر كما سنبين . فإذا امتنع صاحب البذر من العمل ، لم يجبر عليه ، وإن امتنع الذي ليس من قبله البذر ، أجبره الحاكم على العمل ؛ لأنه لايلحقه بالعقد ضرر ، والعقد لازم بمنزلة الإجارة إلا إذا كان هناك عذر تفسخ به الإجارة ، فتفسخ به المزارعة . وسبب التفرقة بين العاقدين : أن صاحب البذر لايمكنه تنفيذ العقد إلا باتلاف ملكه وهو البذر ، في التراب ، فلا يكون الشروع فيه ملزماً في حقه ، إذ لايجبر الإنسان على اتلاف ملكه ، أما العاقد الآخر فليس من قبله اتلاف ملكه ، فكان الشروع في حقه ملزماً .

٥ — الكراب (الحراثة) والسقي : إن تم الاتفاق عليه أو الاشتراط يجب الوفاء به على من شرط عليه . وإن لم يتفق عليه يجبر عليه العاقد حسب الزراعة المعتادة . فإن كانت الأرض تسقى بماء السماء لايجبر أحد على السقي ، وإلا فعلى النحو المعتاد . فإذا قصر المزارع في عقد المزارعة الصحيحة في سقي الأرض حتى هلك الزرع بهذا السبب يضمن لوجوب العمل عليه فيها ، ويضمن ضمان الأمانات بالتقصير ؛ لأن الأرض في يده أمانة . ولا يضمن في المزارعة الفاسدة .

٦ — تجوز الزيادة على الشرط المذكور من الخارج الناتج ، والحط عنه ، والقاعدة فيه : هي أنه كلما احتمل انشاء العقد عليه ، احتمل الزيادة ، وما لا فلا ، والحط جائز في الحالين جميعاً ، كالزيادة في الثمن في عقد البيع .

فلو زاد المزارع في حصة صاحب الأرض بعد الحصاد ، وكان البذر من العامل ، لم يجز ، لأن الزيادة على الأجرة تمت بعد انتهاء عمل المزارعة واستيفاء المعقود عليه وهو المنفعة ، وهو لايجوز ، إذ لو أنشأ العقد بعد الحصاد ، لايجوز ، فلا تجوز الزيادة .

وإن كانت الزيادة للمزارع من صاحب الأرض ، جازت ، لأنها حط من الأجرة المستحقة له ، وهو لايتطلب قيام المعقود عليه .

فإن كان البذر من صاحب الأرض ، فزاد في حصة المزارع ، فالحكم بعكس السابق ، لايجوز الزيادة من المالك ، وتجوز الزيادة من المزارع .

وإن حدثت الزيادة من كل واحد من العاقدين ، قبل الحصاد ، جاز .

٧ ــ لو مات أحد المتعاقدين قبل ادراك الزرع ، ترك إلى الادراك ، ولا شيء على المزارع لبقاء عقد الإجارة ههنا ببقاء المدة .

حكم المزارعة عند الشافعية : عرفنا أنه لاتجوز المزارعة (البذر من المالك) عند الشافعية إلا تبعاً للمساقاة . ولا يجوز أن يخابر الشخص (البذر من العامل) تبعاً للمساقاة .

فإن أفردت أرض بالمزارعة ، فالغلة للمالك ، لأنها نماء ملكه ، وعليه للعامل أجرة مثل عمله ودوابه وآلاته .

وطريق جعل الغلة للطرفين العاقدين ، ولا أجرة لأحدهما على الآخر ، يحصل بصورتين :

احداهما : أن يستأجر العامل المالك بنصف البذر شائعاً ، أي استئجاراً على الشيوع . ليزرع له النصف الآخرفي الأرض ، ويعيره نصف الأرض شائعاً .

الثانية : أن يستأجر المالك العامل بنصف البذر شائعاً ، ونصف منفعة الأرض شائعاً أيضاً ، ليزرع له النصف الآخر من البذر ، في النصف الآخر من الأرض .

فيكون الطرفان شريكين في الزرع على المناصفة ، ولا أجرة لأحدهما على الآخر ، لأن العامل يستحق من منفعة الأرض بقدر نصيبه من الزرع ، والمالك يستحق من منفعة الأرض بقدر نصيبه من الزرع(١) .

ثانياً ــ حكم المزارعة الفاسدة : للمزارعة الفاسدة أيضاً أحكام (٢) .

١ ــ لا يجب على المزارع شيء من أعمال المزارعة ، لأن ايجابه بالعقد ، وهو لم يصح .

---

(١) مغني المحتاج : ٣٢٥/٢ .

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

٢ ــ الخارج الناتج كله لصاحب البذر ، سواء أكان رب الأرض أو المزارع لأن الخارج استحقه بسبب كونه نماء ملكه ، لا بالشرط . ويتفق المالكية والحنابلة(١) مع الحنفية في هذا الحكم ، وهو أن العقد إذا فسد لزم كون الزرع لصاحب البذر .

٣ ــ إذا كان البذر من صاحب الأرض ، استحق المزارع بسبب فساد المزارعة أجر مثل عمله . وإذا كان البذر من العامل ، كان عليه لصاحب الأرض أجر مثل أرضه ، لأن العقد في الحالين يكون استئجاراً .

وفي الحالة الأولى يطيب الخارج كله لصاحب الأرض ، لأنه نماء ملكه ، وهو البذر في ملكه وهو الأرض . وفي الحالة الثانية : لايطيب كل الخارج للمزارع ، وإنما يأخذ منه قدر بذره وقدر أجر مثل الأرض ، ويتصدق بالفضل الزائد .

٤ ــ يجب أجر المثل في المزارعة الفاسدة ، وإن لم تخرج الأرض شيئاً ، بعد ما استعملها المزارع ، لأن المزارعة عقد إجارة ، والأجرة في الإجارة الفاسدة لاتجب إلا بحقيقة الاستعمال ، أما في المزارعة الصحيحة فلا يجب شيء على أحدهما إذا لم تخرج الأرض شيئاً . وقد بينا الفرق في أحكام المزارعة الصحيحة رقم ٣ .

٥ ــ يجب أجر المثل في المزارعة الفاسدة مقدراً بالمسمى عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، عملاً برضا الطرفين ورعاية للجانبين بالقدر الممكن ، وقد رضي العامل سلفاً بسقوط الزيادة .

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

المبحث الخامس ــ انتهاء المزارعة وحالات فسخها :

قد تنقضي المزارعة بتحقق المقصود منها ، وقد تنتهي بانهائها قبل تحقق المقصود منها ، وذلك في الأحوال التالية :

---

(١) الشرح الصغير : ٤٩٨/٢ ، المغني : ٢٩٢/٥ .

١ ــ انقضاء مدة المزارعة : تنتهي المزارعة بانقضاء مدة العقد ، فإذا انقضت المدة ، فقد انتهى العقد ، وهو معنى انفساخ العقد(١) .

لكن إذا انتهت المدة ، وأدرك الزرع ، وقسم المتعاقدان الناتج بحسب الاتفاق أو الاشتراط بينهما ، لم يحدث اشكال ، وينتهي العقد بنحو طبيعي .

أما إذا انتهت المدة المقررة في العقد أو انقضت مدة المزارعة ، والزرع لم يدرك بعد ، استمر عقد المزارعة ، حتى يدرك الزرع ويستحصد ، رعاية لمصلحة الجانبين ، بقدر الامكان ، كما في الإجارة .

وعلى العامل في هذه الحالة أجر مثل نصيبه من الأرض ، إلى أن يستحصد الزرع ، كما في الإجارة ، لأنه استوفى منفعة بعض الأرض لتربية حصته فيها إلى وقت الحصاد .

وتكون نفقة الزرع ومؤنة الحفظ وكري الأنهار حينئذ ، على المتعاقدين بمقدار حصصهما ، لانتهاء العقد بانقضاء المدة ، وكانت هذه الأمور على العامل أثناء بقاء مدة العقد ، فإذا انتهى العقد ، وجبت هذه النفقات عليهما ، لأنه مال مشترك بينهما.

وهذا بخلاف ما لو مات أحد العاقدين قبل إدراك الزرع ، يترك الزرع في مكانه إلى أن يدرك ويكون العمل ونفقاته على العامل ، لأن الحنفية قرروا حينئذ بقاء عقد الإجارة استحساناً ، لبقاء مدة الإجارة ، فيستمر العامل أو وارثه على ما كان عليه من العمل . أما في حال انقضاء المدة فلا يمكن ابقاء العقد لانقضاء المدة .

٢ ــ موت أحد العاقدين : تنتهي المزارعة أو تنفسخ بموت أحد العاقدين(١)، كما تنفسخ الإجارة بذلك،سواء حدث الموت قبل الزراعة أو بعدها ، وسواء أدرك الزرع أو لم يدرك بأن كان بقلا .

---

(١) البدائع : ١٨٤/٦ ، تكملة الفتح : ٤٢/٨ ، الكتاب مع اللباب : ٢٣٢/٢ ، الدر المختار ورد المحتار : ١٩٧/٥ .

(٢) البدائع : ١٨٤/٦ وما بعدها ، تكملة الفتح : ٤٢/٨ ، الكتاب : ٢٣٢/٢ ، الدر المختار ورد المحتار : ١٩٨/٥ ، تبيين الحقائق : ٢٨٢/٥ .

لكن لو مات رب الأرض ، والزرع لم يدرك ، فإن العامل أو وارثه يظل ملزماً بالعمل ، لأن العقد يوجب على العامل عملاً يحتاج إليه الزرع إلى انتهاء أو نضوج الزرع ، ويبقى العقد كما بينا للضرورة استحساناً لانتهاء الزرع إذا مات أحد العاقدين ، وقد نبت الزرع ، ويبقى الزرع إلى الحصاد ، ولايلزم العامل بأجر للأرض ، ثم ينتقض العقد فيما بقي من السنين في مدة العقد ، لعدم الضرورة ، لأن في بقاء العقد حتى يستحصد الزرع مراعاة لمصلحة طرفي العقد ، فيعمل العامل أو ورثته على النحو المتفق عليه .

٣ ـ فسخ العقد بالعذر :

إذا حدث فسخ العقد قبل اللزوم ، انتهت المزارعة . ومن المقرر عند الحنفية: أن الملتزم بالبذر لايلتزم بالمزارعة بمجرد العقد . وعند المالكية : لاتلزم المزارعة إلا بشروع العامل في العمل ، فما لم يشرع في عمل المزارعة ، له فسخ العقد .

ويجوز فسخ المزارعة بعد لزومها لعذر من الأعذار ، سواء من قبل صاحب الأرض ، أو من قبل العامل ، ومن الأعذار ما يأتي (١) :

آ ـ طروق دين فادح لصاحب الأرض ، فيحتاج لبيع الأرض التي تم الاتفاق على مزارعتها ، ولا مال له سواها ، فيجوز بيعها بسبب هذا الدين الفادح ، ويفسخ العقد بهذا العذر ، كما في عقد الإجارة ، لأنه لايمكنه المضي في العقد إلا بضرر يلحقه ، فلا يلزمه تحمل الضرر . فيبيع القاضي الأرض بدين صاحبها أولاً ، ثم يفسخ المزارعة . ولاتنفسخ بنفس العذر .

هذا . . إن أمكن الفسخ بأن كان قبل الزراعة ، أو بعدها إذا أدرك الزرع ، وبلغ مبلغ الحصاد . فإن لم يمكن الفسخ ، بأن كان الزرع لم يدرك ، ولم يبلغ مبلغ الحصاد ، لاتباع الأرض في الدين ، ولا يفسخ إلى أن يدرك الزرع ، لأن في البيع

---

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

ابطال حق العامل ؛ وفي الانتظار إلى وقت ادراك الزرع تأخير حق صاحب الدين ، فيؤخر البيع ، رعاية لمصلحة الجانبين ، لأنه الطريق الأولى .

ثم هناك عند الحنفية — من أجل التعويض على العامل قضاء — صور ثلاثة للفسخ بعد عقد المزارعة وعمل العامل :

الأولى — إذا فسخ العقد ، بعدما كرّب (حرث) المزارع الأرض ، وحفر الأنهار ، فليس للعامل شيء مقابل عمله ، لأن أعماله منافع لاتتقوم على صاحب الأرض إلا بالعقد ، والعقد إنما قوم بالخارج الناتج ، ولم يخرج . لكن يجب استرضاء العامل ديانة فيما بينه وبين الله تعالى .

الثانية : إذا كان الزرع قد نبت ، ولم يستحصد بعد ، لم تبع الأرض بالدين ، حتى يحصد الزرع ، لأن في البيع ابطال حق المزارع ، وتأخير تسديد الدين أهون من الابطال ، فيؤخر كما بينا .

الثالثة : إذا أريد فسخ عقد المزارعة ، بعد ما زرع العامل الأرض ، إلا أنه لم ينبت الزرع ، حتى لحق صاحب الأرض دين فادح ، فهل له أن يبيع الأرض ؟ فيه اختلاف عند مشايخ الحنفية : قال بعضهم : له ذلك ، لأنه ليس لصاحب البذر في الأرض عين مال قائم ، لأن البذر استهلاك والمستهلك ليس بمال ، فتباع الأرض في الحال . وقال بعضهم : ليس له ذلك ، لأن البذر استنماء مال ، وليس باستهلاك ، فكان للمزارع عين مال قائم ، فلا تباع الأرض حتى الحصاد ، كما لاتباع بعد نبات الزرع ، ولعل هذا اختيار صاحب الهداية .

ب — طروء أعذار للمزارع ، مثل المرض ، لأنه معجز عن العمل ، والسفر ، لأنه يحتاج إليه ، وترك حرفة إلى حرفة ، طلباً للكسب الذي يوفر المعيشة ، ومانع يمنع من العمل كالتطوع للجهاد في سبيل الله ، كما في الإجارة ، وخيانته بالسرقة ونحوها .

وهل يحتاج الفسخ لقضاء القاضي ، أم أنه يصح بالتراضي ؟ هنالك روايتان عند الحنفية : في رواية : لابد لصحة الفسخ من القضاء أو الرضا ، لأن المزارعة كالإجارة ، ولابد فيها لصحة الفسخ من القضاء أو الرضا . والرواية الراجحة : يجوز فسخ المزارعة ، ولو بلا قضاء ورضا .

* * *

العقد الثاني

المساقاة أو المعاملة

تعريفها ومشروعيتها وركنها ، وموردها والفرق بينها وبين المزارعة ، وشرائطها، وحكم المساقاة الصحيحة والفاسدة ، وانتهاء المساقاة .

المبحث الأول – تعريف المساقاة ومشروعيتها وركنها وموردها ، والفرق بينها وبين المزارعة :

أولاً – تعريف المساقاة :

المساقاة لغة : مفاعلة من السقي . وتسمى عند أهل المدينة المعاملة : مفاعلة من العمل . ويفضل اسم المساقاة لما فيها من السقي غالباً . وشرعاً : هي معاقدة دفع الأشجار إلى من يعمل فيها على أن الثمرة بينهما . أو هي عبارة عن العقد على العمل ببعض الخارج . وبعبارة أخرى : هي دفع الشجر إلى من يصلحه بجزء معلوم من ثمره . وهي عند الشافعية : أن يعامل غيره على نخل أو شجر عنب ، ليتعهده بالسقي والتربية على أن الثمرة لهما(١) .

ثانياً – مشروعيتها : المساقاة عند الحنفية كالمزارعة حكماً وخلافاً وشروطاً ممكنة فيها ، فلا تجوز عند أبي حنيفة وزفر ، فالمساقاة بجزء من الثمر باطلة عندهما، لأنها استئجار ببعض الخارج ، وهو منهي عنه .، قال عليه الصلاة والسلام : « من كانت له أرض ، فليزرعها ، ولايكريها بثلث ولا بربع ولا بطعام مسمى »(٢) .

وقال الصاحبان وجمهور العلماء (منهم مالك والشافعي وأحمد) : تجوز المساقاة بشروط ، استدلالاً بمعاملة النبي صلى الله عليه وسلم أهل خيبر ، روي عن ابن عمر :

---

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

(٢) متفق عليه عن حديث رافع بن خديج لكنه حديث مضطرب جداً (المغني : ٥/٣٨٢ ، ٣٨٥).

« أن رسول الله صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر بشطر مايخرج من ثمر أو زرع » رواه الجماعة ، ولحاجة الناس إليها ، لأن مالك الأشجار قد لايحسن تعهدها ، أو لا يتفرغ له ، ومن يحسن ويتفرغ قد لا يملك الأشجار ، فيحتاج الأول للعامل ، ويحتاج العامل للعمل .

والفتوى عند الحنفية على قول الصاحبين ، لعمل النبي وأزواجه والخلفاء الراشدين وأهل المدينة ، واجماع الصحابة على إباحة المساقاة(١). قال ابن جزى المالكي : وهي جائزة مستثناة من أصلين ممنوعين . وهما الإجارة المجهولة ، وبيع مالم يخلق(٢) .

ثالثاً — ركنها : ركن المساقاة : الايجاب والقبول ، كالمزارعة . الايجاب من صاحب الشجر ، والقبول من العامل أو المزارع . والمعقود عليه : هو عمل العامل فقط دون تردد ، بخلاف المزارعة . وتلزم عند المالكية باللفظ لا بالعمل . وذكر الحنابلة أنها كالمزارعة لاتفتقر إلى القبول لفظاً ، بل يكفي الشروع في العمل قبولا ، كالوكيل . وقال الشافعية : ويشترط فيها القبول لفظاً دون تفصيل الأعمال ، ويحمل المطلق في كل ناحية على العرف الغالب(٣) .

رابعاً — موردها : مورد المساقاة عند الحنفية(٤): الشجر المثمر ، فتصح المساقاة في النخل والشجر والكرم والرطاب (الفصة أو البرسيم) وأصول الباذنجان لأن الجواز للحاجة وهي تعم الجميع ، وأجاز متأخرو الحنفية المعاملة على الشجر غير المثمر ، كشجر الحور والصفصاف ، والشجر المتخذ للحطب ، لاحتياجه إلى السقي والحفظ ، فلو لم يحتج لايجوز المساقاة .

---

(١) المغني : ٢٨٤/٥ ، تكملة الفتح : ٤٥/٨ وما بعدها ، مغني المحتاج : ٣٢٢/٢ وما بعدها .

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

(٣) البدائع : ١٨٥/٦ ، كشاف القناع : ٥٢٨/٣ ، بداية المجتهد : ٢٤٧/١ ، الشرح الصغير : ٧١٢/٣ مغني المحتاج : ٣٢٨/٢ .

(٤) البدائع : ١٨٦/٦ ، تكملة الفتح : ٤٧/٨ ، الدر المختار ورد المحتار : ٢٠٠/٥ وما بعدها ، تبيين الحقائق : ٢٨٤/٥ ، اللباب : ٢٣٤/٢ .

ومورد المساقاة عند المالكية(١): على الزروع ماعدا البقول ، وعلى الأشجار المثمرة ذات الأصول الثابتة ، مثل كرم العنب والنخيل والتفاح والرمان ونحوها بشرطين :

أحدهما ــ أن تعقد المساقاة قبل بدو صلاح الثمرة ، وجواز بيعها ، ويشرط ألا يخلف ، فإن كان يخلف كالموز والباذنجان والتين ، فلا تصح فيه مساقاة إلا تبعاً لغيره .

الثاني ــ أن تعقد إلى أجل معلوم ، ولو لسنين ، وتكره فيما طال من السنين. ولاتجوز المساقاة لمدة من السنين كثيرة جداً ، وهي المدة التي تتغير فيها الأصول عادة بحسب اختلاف الأشجار والأمكنة ، كما لاتجوز إذا اختلف الجزء المساقى به في السنين ، بأن كان في سنة يخالف غيره في أخرى . ويشترط لصحتها عند ابن القاسم أن تكون بلفظ المساقاة ،ولا تنعقد بلفظ الاجارة، وتجوز فيما ليس له أصل ثابت كالمقاثي من نحو قثاء وبطيخ، والزرع ، بأربعة شروط : (الشرطان المذكوران) .

والثالث ــ أن تعقد بعد ظهوره من الأرض .

والرابع ــ أن يعجز عنه صاحبه .

ويشترط في الجزء المساقى به من الثمر شيوعه في ثمر البستان ، فلا يصح بشجر معين ولا بكيل ، كما يشترط علمه كربع أو ثلث أو أقل أو أكثر .

والمساقاة عند الحنابلة(٢) : ترد على الأشجار المثمرة المأكولة فقط . فلا تصح في الشجر غير المثمر ، كالصفصاف والحور والعفص ونحوه ، والورد ونحوه .

وقال الشافعية في المذهب الجديد (٣): مورد المساقاة النخل والعنب ، أما النخل فلخبر الصحيحين السابق : « أنه صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر » وفي

---

(١) القوانين الفقهية : ص ٢٧٩ ، الشرح الصغير : ٧١٣/٣ ــ ٧١٨ ، بداية المجتهد : ٢٤٣/٢ ــ ٢٤٦ .

(٢) كشاف القناع : ٥٢٣/٣ .

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

رواية : « دفع إلى يهود خيبر نخلها وأرضها بشطر مايخرج منها من ثمر أو زرع » والعنب مثل النخل ، لأنه في معناه ، بجامع وجوب الزكاة فيهما . وجوزها الشافعي في المذهب القديم في سائر الأشجار المثمرة .

خامساً ـ الفرق بين المساقاة والمزارعة :

قال الحنفية : المساقاة كالمزارعة إلا في أربعة أمور (١) :

١ ـ إذا امتنع أحد العاقدين في المساقاة عن تنفيذ العقد ، يجبر عليه ، إذ لاضرر عليه في بقاء العقد ، بخلاف المزارعة ، فإن رب البذر إذا امتنع قبل الالقاء، لايجبر عليه ، للضرر اللاحق به في الاستمرار ، ولأن المساقاة عقد لازم عند الجمهور غير الحنابلة . وأما المزارعة فلا تلزم المتعاقدين إلا بالقاء البذر .وقال الحنابلة(٢): الوكالة والشركة والمضاربة والمساقاة والمزارعة والوديعة والجعالة : عقود جائزة من الطرفين ، لكل فسخها .

٢ ـ إذا انقضت مدة المساقاة تترك أي يستمر العقد بلا أجر . ويعمل العامل بلا أجر عليه لصاحب الشجر ، فللعامل البقاء في عمله إلى انتهاء الثمرة ، لكن بلا أجر عليه ، لأن الشجر لايجوز استئجاره عند الحنفية ، ولأن العمل كله على العامل . أما في المزارعة فيستمر العامل بأجر مثل نصيبه من الأرض ، لأن الأرض يجوز استئجارها ، والعمل عليها ، بحسب الملك في الزرع ، فيكون العمل على العامل وعلى صاحب الأرض ، وإذا وجب الأجر لرب الأرض على العامل ، لم يجب على العامل العمل في نصيب صاحب الأرض بعدانتهاءالمدة .

٣ ـ إذا استحق النخيل الثمر لغير رب الأرض ، يرجع العامل بأجر مثله، لأن اجرته صارت عيناً ، وهي صارت عيناً واستحقت ، رجع بقيمة المنافع . ولا يرجع بشيء إذا لم تخرج النخيل ثمراً . أما في المزارعة : لو استحقت الأرض بعد

---

(١) الدر المختار وردالمحتار : ٢٠١/٤ ، تبيين الحقائق : ٢٨٤/٥ .

(٢) غاية المنتهى لابن يوسف المغنيلي : ١٥٤/٣ ، كشاف القناع : ٥٢٨/٣ وما بعدها ، المغني : ٣٧١/٥ وما بعدها .

الزراعة ، فيرجع العامل بقيمة حصته من الزرع نابتاً ، ولو استحقت الأرض بعد العمل قبل الزراعة لاشيء للمزارع .

٤ – ليس بيان المدة في المساقاة بشرط استحساناً ، اكتفاء بعلم وقتها عادة ، لأن لادراك الثمرة وقتاً معلوماً قلما يتفاوت ، بخلاف الزرع ، قد يتقدم الحصاد ، وقد يتأخر بحسب التبكير أو التأخر في القاء البذر .

أما في المزارعة فيشترط تعيين المدة في أصل المذهب ، لكن المفتى به – كما بينا – أنه لايشترط .

وتعتبر المساقاة والمزارعة عند الحنفية والشافعية إجارة ابتداء ، شركة انتهاء. وألحق الحنابلة المساقاة بالمضاربة (١) .

المبحث الثاني – شروط المساقاة :

يشترط في المساقاة مايمكن من شروط المزارعة ، فلا يشترط في المساقاة بيان جنس البذر ، وبيان صاحبه ، وصلاحية الأرض للزراعة ، وبيان المدة .

وبقي من شروط المزارعة الثمانية الممكنة في المساقاة : أهلية العاقدين ، وبيان حصة العامل ، والتخلية بينه وبين الأشجار ، والشركة في الخارج الناتج ، ويدخل في الأخير : كون الجزء المشروط للعامل جزءاً مشاعاً(٢)

ويمكن توضيح شروط المساقاة فيما يأتي(٣) :

١ – أهلية العاقدين : بأن يكونا عاقلين ،فلا يجوز عقد من لايعقل،وهو غير المميز . أما البلوغ فليس بشرط عند الحنفية .

---

(١) كشاف القناع : ٥٢٩/٣ .

(٢) رد المحتار : ٢٠١/٥ .

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

٢ ــ محل العقد : أن يكون من الشجر الذي فيه ثمرة . وقد بينا في بحث مورد المساقاة الخلاف في ذلك . وأن يكون محل العمل وهو الشجر معلوماً .

٣ ــ التسليم إلى العامل : وهو التخلية بين العامل وبين الشجر المعقود عليه . فلو شرط العمل على العاقدين ، فسدت المساقاة ، لعدم التخلية .

٤ ــ أن يكون الناتج شركة بين الاثنين ، وأن تكون حصة كل واحد منهما جزءاً مشاعاً معلوم القدر ، فلو شرط أن يكون الناتج لأحدهما فسدت المساقاة ، ولو شرط جزء معين لأحدهما ، أو جهل مقدار الحصص فسدت المساقاة أيضاً .

ولايشترط بيان مدة المساقاة استحساناً ، عملاً بالمتعارف المتعامل به ، وتقع المساقاة على أول ثمر يخرج في أول السنة . وفي الرُّطاب (الفصة أو البرسيم) عند الحنفية تقع المساقاة على الجزة الأولى ، كما في الشجرة المثمرة . فإن لم يخرج في تلك السنة ثمرة ، فسدت المساقاة .

ولو ذكرت مدة لاتخرج الثمرة فيها عادة ، فسدت المساقاة أيضاً ، ولاشيء لأحدالعاقدين على صاحبه .

ولو ذكرت مدة يحتمل فيها بلوغ الثمرة وعدمه ، صح العقد ، لعدم التيقن بفوات المقصود . فلو ظهرت الثمرة في الوقت المتفق عليه ، قسمت بحسب الشرط المتفق عليه في العقد ، وإن لم تظهر في الوقت المسمى ، فسدت المساقاة ، وللعامل أجر المثل لفساد العقد ، لأنه تبين الخطأ في المدة المسماة .

أما شروط المساقاة عند المالكية فقد ذكرت في بحث مورد المساقاة المتقدم .

وذكر الشافعية ومثلهم الحنابلة والمالكية للمساقاة أركاناً خمسة : وهي العاقدان ومورد العمل ، والثماو ، والعمل والصيغة(١) .

---

(١) مغني المحتاج : ٢/٣٢٣ ــ ٣٢٨ ، المهذب : ١/٣٩٠ ــ ٣٩٢ ، كشاف القناع : ٣/٥٢٣ ــ ٥٢٩ ، غاية المنتهى : ٢/١٨٣ ــ ١٨٤ ، المغني : ٥/٣٦٨ ، ٣٧٢ وما بعدها ، ٣٧٥ ، ٣٨٠ .

أما الركن الأول (العاقدان) : فيصح من جائز التصرف لنفسه (عاقل بالغ)، لأن المساقاة عقد معاوضة أو معاملة على مال ، كالمضاربة ، فيطلب فيها ذلك كالبيع. ويمارس الولي عن الصبي والمجنون والسفيه هذا العقد ، بالولاية عليهم ، عندالمصلحة، للاحتياج إلى ذلك .

والركن الثاني – مورد المساقاة : أي ماترد صيغة عقد المساقاة عليه : هو عند الشافعية : النخل والعنب ، وعند الحنابلة : ماله ثمر مأكول من الشجر . المغروس المعلوم بالمشاهدة لمن يعمل عليه ، ويقوم بمصلحته بجزء مشاع معلوم من ثمرته ، كما بينا في بحث موردها . ولاتجوز المساقاة إلا على شجر معلوم ، فإن كان مجهولاً ، لم يصح العقد .

والركن الثالث – وهو الثمار : يشترط فيه تخصيص الثمر بالعاقدين (المالك والعامل) ، فلا يجوز شرط بعضه كغيرهما ، واشتراكهما فيه ، فلا يجوز شرط كل الثمرة لأحدهما ، والعلم بالنصيبين (الحصص) بالجزئية ، وإن قل ، كالمضاربة.

والأظهر عند الشافعية ، وهو مذهب الحنابلة : صحة المساقاة بعد ظهور الثمر، لكن قبل بدو الصلاح، فإن ساقاه على صغار النخل مثلاً ليغرسها ، ويكون الشجر لهما ، لم يجز ، إذ لم ترد المساقاة على أصل ثابت ، ولأن الغرس ليس من أعمال المساقاة .

ولو كان الشجر مغروساً ، وشرط المالك للعامل جزءاً من الثمر على العمل ، فإن قدر له مدة يثمر فيها غالباً كخمس سنين ، صح العقد ، ولا يضر كون أكثر المدة لاثمر فيها ، كما لوساقاه خمس سنين ، والثمرة يغلب وجودها في الخامسة خاصة . فإن لم يثمر الشجر في تلك المدة ، لم يستحق العامل شيئاً ، كما لو ساقاه على النخيل المثمرة ، فلم تثمر .

وإن قدر مدة لايثمر فيها الشجر غالباً لم تصح المساقاة لخلوها عن العوض ، كالمساقاة على شجر لايثمر . وهذا باتفاق الجمهور غير الحنفية .

والركن الرابع — العمل : يشترط فيه أن ينفرد العامل بالعمل ، وباليد أي التخلية والتسليم للعامل ، ليتمكن العامل من العمل متى شاء ، فلو شرط عمل المالك مع العامل ، أو كون البستان في يد المالك أو في يدهما معاً ، لم يصح العقد ، وفسدت المساقاة . ويشترط : ألا يشترط على العامل ماليس من جنس أعمال المساقاة التي اعتادها الناس ، كحفر بئر مثلاً ، فإن شرطه ، لم يصح العقد ، لأنه استئجار بعوض مجهول ، واشتراط عقد في عقد .

ويشترط أيضاً عند الشافعية معرفة العمل بتقدير المدة كسنة أو أكثر ، وأقلها مدة تبقى فيها الأشجار غالباً للاستغلال ، فلا تصح على مدة مطلقة ولا مؤبدة ولا مدة لايثمر فيها الشجر غالباً ، لأن المساقاة عند الشافعية عقد لازم ، فيطلب فيها تحديد المدة كالاجارة . فإن كانت المدة لايثمر فيها الشجر غالباً لم تصح لخلوها عن العوض ، كالمساقاة على شجرة لاتثمر . ولا يجوز في الأصح التوقيت بإدراك الثمر ، لجهالته بالتقدم تارة ، والتأخر أخرى .

ولا يطلب عند الحنابلة تحديد مدة في المساقاة والمزارعة ، لأنه صلى الله عليه وسلم لم يحدد لأهل خيبر مدة ، ومشى خلفاؤه على ذلك من بعده . ولأن المساقاة ومثلها المزارعة عندهم عقد جائز غير لازم كما بينا ، فلكل واحد من العاقدين فسخها متى شاء . واختار ابن قدامة الحنبلي أن المساقاة عقد لازم ، فوجب تقديره بمدة كالإجارة . ولا يقدر أكثر المدة ، بل يجوز مايتفقان عليه من المدة التي يبقى الشجر فيها ، وإن طالت ، وأقل المدة : ماتكمل الثمرة فيها فلا يجوز على أقل منها ، لأن المقصود الاشتراك في الثمرة ، ولاتوجد في أقل من هذه المدة .

والركن الخامس — الصيغة : مثل ساقيتك على هذا النحل بثلث أو ربع ثمرة ، أو سلمته إليك لتتعهده ، أو أعمل في نخيلي أو تعهد نخيلي بكذا من ثمره . ولو ساقاه عند الشافعية بلفظ الإجارة لم يصح في الأصح . لأن لفظ الإجارة صريح في عقد آخر . وتصح عند الحنابلة بلفظ المساقاة والمعاملة والمفالحة ، وبلفظ الإجارة ، كما تصح المزارعة بلفظ الإجارة ، أي بإجارة أرض بجزء شائع معلوم ، مما يخرج منها ، لأن القصد المعنى . فإذا أتى به بأي لفظ دل عليه ، صح العقد ، كالبيع . وتصح أيضاً بالمعاطاة .

ويشترط عند الشافعية القبول لفظاً من الناطق ، للزومها كإجارة وغيرها ، وتصح بإشارة الأخرس المفهمة . ككتابته . دون تفصيل الأعمال فيها . فلا يشترط التعرض له في العقد . ويحمل المطلق في كل ناحية على العرف الغالب فيها في العمل ، إذ المرجع في مثل ذلك إلى العرف .

وقال الحنابلة : لاتفتقر المساقاة (ومثلها المزارعة) إلى القبول لفظاً ، بل يكفي الشروع في العمل قبولاً كالوكالة . كما بينا في بحث صيغة المزارعة .

المبحث الثالث ـ حكم المساقاة الصحيحة والفاسدة : إذا استكملت المساقاة شرائطها ، كانت صحيحة ، وإذا اختل شرط منها كانت فاسدة .

المطلب الأول ـ حكم المساقاة الصحيحة :

للمساقاة الصحيحة عند الفقهاء أحكام ، وأحكامها عند الحنفية مايأتي(١) :

١ ـ كل ماكان من أعمال المساقاة التي يحتاج إليها الشجر والكرم والرُّطاب وأصول الباذنجان . من السقي واصلاح النهر ، والحفظ والتلقيح ، فعلى العامل ، لأنها من توابع المعقود عليه .

وكل مايحتاجه الشجر ونحوه من النفقة كالسرقين وتقليب الأرض ، والجذاذ والقطاف ، فعلى العاقدين على قدر نصيبهما . لأن العقد لم يشمله .

٢ ـ أن يكون الخارج بين الطرفين على الشرط المتفق عليه .

٣ ـ إذا لم يخرج الشجر شيئاً ، فلا شيء لواحد منهما على الآخر .

٤ ـ العقد لازم للجانبين . فلا يملك أحدهما الامتناع عن التنفيذ ، أو الفسخ من غير رضا صاحبه ، إلا لعذر . بخلاف المزارعة ، فإنها غير لازمة في جانب صاحب البذر عند الحنفية .

---

(١) البدائع : ١٨٧/٦ .

٥ ــ لصاحب الأرض اجبار العامل على العمل إلا لعذر .

٦ ــ تجوز الزيادة على الشرط والحط منه ، وفق القاعدة المقررة في المزارعة وهي : كل موضع احتمل إنشاء العقد ، احتمل الزيادة ، وإلا فلا . والحط جائز في الموضعين . فما لم يتناه عظم الثمرة في النخيل مثلاً ، تجوز الزيادة من كلا الطرفين ، لأن انشاء العقد في هذه الحالة جائز . ولو تناهى عظم الثمرة ، جازت الزيادة من العامل لصاحب الأرض ، ولاتجوز الزيادة من صاحب الأرض للعامل ، لأن زيادة العامل حط من الأجرة ، ولايشترط فيه احتمال انشاء العقد . وأما زيادة صاحب الأرض فهي زيادة في الأجرة ، والمحل لايحتمل الزيادة .

٧ ــ لايملك العامل مساقاة غيره ، إلا إذا فوض له صاحب الأرض فقال له : اعمل فيه برأيك » . فلو خالف العامل ، فعامل غيره على الشجر ، كانت الثمرة لصاحب الشجر ، ولا أجر للعامل الأول ، وللعامل الثاني أجر مثل عمله على العامل الأول .

وأحكام المساقاة الصحيحة عند المالكية : تتفق في الغالب مع مذهب الحنفية ، فقالوا(١) : العمل في الحائط (بستان الشجر) ثلاثة أقسام :

أحدها ــ مالا يتعلق بالثمرة : فلا يلزم العامل به بالعقد ، ولا يجوز أن يشترط عليه .

الثاني ــ مايتعلق بالثمرة ، ويبقى بعدها : كحفر بئر أو عين أو ساقية . أو بناء بيت لتخزين الثمر ، أو غرس شجر ، فلا يلزم العامل به أيضاً ، ولا يجوز أن يشترط عليه .

الثالث ــ مايتعلق بالثمرة ، ولا يبقى : فهو على العامل بالعقد . كالتقليم والجذاذ والسقي ، وعليه أيضاً جميع المؤن من الآلات والأجراء والدواب ونفقتهم من كل

---

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

مايلزم الشجر عرفاً . وليس على العامل تحصين الجدران ، واصلاح مجاري المياه إلى الأرض . ويجوز اشتراطها عليه . لأن ذلك يسير .

وأما حق العامل : فله جزء من الثمرة كالثلث أو النصف أو غير ذلك حسبما يتفقان عليه . ويجوز **أن تكون له كلها** . وإذا لم يثمر الشجر ، فلا شيء لأحد العاقدين على الآخر . لأن ذلك بسبب آفة سماوية ، لابسبب فساد العقد .

ولايجوز أن يشترط أحدهما لنفسه منفعة زائدة كدنانير أو دراهم .

ويتفق الشافعية والحنابلة مع المالكية في تحديد الملزم بالعمل ، وحق العامل ؛ فقالوا في العمل : كل مايتكرر كل عام فهو على العامل ، ومالايتكرر فهو على رب المال(١) .

فعلى العامل مايحتاج إليه لصلاح الثمر ، واستزادته ، مما يتكرر كل سنة في العمل . ولا يقصد به حفظ الأصل . كسقي ، وتنقية نهر وبئر أي مجرى الماء من الطين ونحوه ، واصلاح حُفر الأشجار التي يجتمع فيها الماء للشرب ، وتلقيح النخل(٢) وإزالة الحشائش والقضبان والأعشاب الضارة وتعريش الدوالي(٣) ، وحفظ الثمر وجذاذه (أي قطعه) ، وتجفيفه في الأصح عند الشافعية ، لأنه من مصالحه .

وأما ماقصد به حفظ الأصل (أصل الثمر : وهو الشجر) ، ولايتكرر كل سنة ، كبناء حيطان البستان . وحفر نهر جديد له ، ولصلاح مسماه النهر ، واصلاح الدولاب والأبواب فعلى المالك ، عملاً بالمعروف . وعليه أيضاً خراج الأرض الخراجية .

وبه يتبين أن **الجذاذ (القطاف)** على العامل عند المالكية والشافعية والحنابلة ، وعلى المالك والعامل بقدر نصيبهما عند الحنفية .

---

(١) مغني المحتاج : ٣٢٨/٢ وما بعدها ، المهذب : ٣٩٢/١ ، المغني : ٣٦٩/٥ وما بعدها ، كشاف القناع : ٥٢٨/٣ وما بعدها ، ٥٣١ .

(٢) وهو وضع شيء من طلع الذكور في طلع الاناث .

(٣) وهو ان ينصب اعوادا للكروم العنب وبظلها ويرفع العنب عليها .

والمساقاة عقد لازم من الجانبين ، كالإجارة عند الشافعية والحنفية ، والمالكية ، (أي الجمهور) وغير لازمة عند الحنابلة(١) ، أما المزارعة فهي غير لازمة عند الحنفية والمالكية والحنابلة أي عند الجمهور .

وبناء على كونها لازمة ، والمزارعة تبعاً لها عند الشافعية : لو هرب العامل قبل الفراغ من العمل ، وأتمه المالك متبرعاً بالعمل ، بقي استحقاق العامل ، كتبرع الأجنبي بأداء الدين . ولو لم يتبرع المالك بالعمل استأجر الحاكم بعد رفع الأمر إليه ، على العامل ، من يتم العمل من مال العامل . فإن لم يقدر المالك على مراجعة الحاكم لبعد مسافة ، أو لعدم تلبية طلب المالك ، فليشهد المالك على العمل بنفسه ، أو الانفاق إن أراد الرجوع بما يعمله أو ينفقه ، لأن الإشهاد حال العذر كالحكم ويصرح في الاشهاد بضرورة الرجوع

وقال الحنابلة : إن هرب العامل ، فلرب المال الفسخ ، لأن المساقاة عقد جائز غير لازم .

المطلب الثاني – حكم المساقاة الفاسدة :

تفسد المساقاة باختلال شرط من شرائطها المطلوبة شرعاً ، فإذا لم يتوفر شرط صحة مثلاً : فسد العقد . وأهم حالات الفساد عند الحنفية(٢) مايأتي :

١ – اشتراط كون الناتج (الخارج) كله لأحد العاقدين ، لعدم توفر معنى الشركة به .

٢ – شرط كون جزء معين من الثمرة لأحد العاقدين ، كنصف قنطار عنب أو تمر ، أو شرط جزء محدد من غير الثمرة ، كمبلغ نقدي ، لأن المساقاة شركة في الثمرة فقط .

---

(١) الشرح الصغير : ٧١٣/٣ ، المغني : ٢٧٢/٥ ، ٣٧٦ كشاف القناع : ٥٢٨/٣ ، بداية المجتهد : ٢٤٧/٢ .

(٢) البدائع : ١٨٦/٦ ، تكملة الفتح : ٤٧/٨ وما بعدها ، تبيين الحقائق : ٢٨٥/٥ ، الدر المختار ورد المحتار : ٢٠٢/٥ ، ٢٠٥ اللباب شرح الكتاب : ٢٢٤/٢ .

٣ – شرط مشاركة المالك في العمل ، إذ لابد من التخلية بين العامل والعمل في الشجر . ومهمة العامل الأصلية في هذا العقد : هو العمل .

٤ – اشتراط الجذاذ أو القطاف على العامل . لأنه ليس من المساقاة في شيء عندهم . ولعدم التعامل به بين الناس . لأن الأصل : كل ماكان من عمل قبل الادراك كسقي وتلقيح وحفظ فعلى العامل . ومابعده كجذاذ وحفظ . فعلى العاقدين .

٥ – شرط كون الحمل والحفظ بعد القسمة على العامل . لأنه ليس من أعمال المساقاة .

٦ – اشتراط عمل تبقى منفعته على العامل بعد انقضاء مدة المساقاة . كغرس الأشجار . وتقليب الأرض . ونصب العرايش . ونحوه . لأنه لايقتضيه العقد . ولا من أعمال المساقاة .

٧ – الاتفاق على مدة لايحصل فيها الأثمار عادة ، لاضرار العامل . ولفوات المقصود وهو الشركة في الخارج . كما أن المساقاة تفسد ، إذا كانت الثمرة قد انتهت ونضجت . لأن العامل انما يستحق بالعمل ، ولا أثر للعمل بعد الادراك والتناهي .

٨ – المساقاة مع الشريك . كأن يكون بستان مشترك بين اثنين مناصفة ، فيدفعه أحدهما للآخر مساقاة ، على أن له الثلثين ، وللشريك المساقي الثلث ، لأن في المساقاة معنى الإجارة ، ولايجوز كون الشخص أجيراً وشريكاً . أي مستأجراً من شريكه ، وشريك المستأجر . لأن استئجار الشريك على العمل في المشترك لايصح.

فإذا عمل لايستحق الأجر على شريكه . ويقع عمل العامل لنفسه . وهذا أي الحكم بالفساد ما اختاره الحنابلة من بين وجهين . إذا لم يجعل للعامل شيء في مقابل العمل .

وأجاز الشافعية ذلك العقد إذا شرط للعامل زيادة على حصته . أي أن الشافعية

والحنابلة يجيزون هذه الصورة حالة الاتفاق على زيادة حصة العامل مقابل عمله(١).

ويترتب على فساد المساقاة عند الحنفية الأحكام التالية(٢) :

١ ــ لايجبر العامل على العمل ، لأن الجبر على العمل بحكم العقد ، وهو لم يصح .

٢ ــ الخارج كله لصاحب الأرض ، لكونه نماء ملكه ، وأما العامل فلا يأخذ منه شيئاً ، لأن استحقاقه بالشرط في العقد ، ولم يصح .

٣ ــ وإذا فسدت المساقاة ، فللعامل أجر مثله ، كالإجارة الفاسدة .

٤ ــ يجب أجر المثل عند أبي يوسف في حال الفساد مقدراً بالمسمى ، لايتجاوز عنه . وعند محمد : يجب أجر المثل تاماً بالغاً مابلغ .

أثر فساد العقد في المذاهب الأخرى : قال المالكية(٣) : إذا وقعت المساقاة فاسدة فإن عثر عليها قبل العمل ، فسخت . وإن عثر عليها بعد العمل ، فسخت في أثنائه ووجب فيها اجرة المثل ان خرج المتعاقدان عن المساقاة إلى إجارة فاسدة أو بيع فاسد ، لأن للعامل فيها أجر ما عمل ، قلّ أو كثر ، فلا ضرر عليه في الفسخ . ومثال الخروج إلى الإجارة الفاسدة : اشتراط زيادة شيء معين أو عرض من صاحب البستان للعامل ، لأنه يصبح المالك كأنه استأجر العامل على أن يعمل له في بستان بهذه الزيادة ويجزء من ثمرة البستان ، وذلك إجارة فاسدة توجب الرد لاجرة مثل العامل ويحسب منها تلك الزيادة ، ولا شيء للعامل من الثمرة ، ولو بعد تمام العمل . فإن كانت الزيادة من العامل للمالك ، فقد خرج العاقدان إلى بيع فاسد ، هو بيع الثمرة قبل بدو صلاحها ، إذ كأن العامل اشترى الجزء المسمى بما دفعه للمالك من الزيادة ، وبأجرة عمله ، فوجب له اجرة مثله ، وأخذ مادفعه ، ولا شيء له من الثمرة .

---

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

(٢) البدائع : ١٨٨/٦ .

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

وإن لم يخرج المتعاقدان عن المساقاة لعقد آخر ، بأن كان الفساد لضرر ، أو لفقد شرط غير الزيادة المتقدمة ، أو لوجود مانع ، أو بسبب الغرر كالمساقاة على حوائط مختلفة ، استمرت المساقاة بمساقاة المثل ، كالمساقاة على ثمر بدا صلاحه وآخر لم يبد صلاحه ، لاحتواء العقد على بيع ثمر مجهول (وهو الجزء المسمى للعامل) بشيء مجهول (وهو العمل) ، وكاشتراط عمل المالك مع العامل يجزء من الثمرة أو مجاناً ، وكاشتراط آلة أو دابة للمالك في بستان صغير ، لأنه ربما كفاه ذلك ، فيصير كأن العامل اشترط جميع العمل على المالك . ويجوز اشتراط الدابة على المالك في بستان كبير . وهذا التفصيل لابن القاسم . وقال ابن الماجشون: ترد إلى إجارة المثل في كل نوع من أنواع الفساد .

وقال الشافعية والحنابلة :(١) إذا خرج الثمر بعد العمل مستحقاً لغير المساقي المالك ، كأن أوصى بثمر الشجر المساقى عليه ، أو خرج الشجر مستحقاً ، فللعامل على من ساقاه أجرة المثل لعمله ، لأنه ضيّع عليه منافعه بعوض فاسد ، فيرجع ببدلها على المالك،وإذا فسدت المساقاة ، فللعامل أجرة مثله . وتفسد المساقاة بجهالة نصيب كل واحد من العاقدين ، أو اشتراط نصيب مجهول ، أو دراهم معلومة، أو كمية معينة من الثمرة ، أو شرط اشتراك المالك في العمل ، أو عمل العامل في شيء آخر غير الشجر الذي ساقاه عليه .

والخلاصة : أنه يجب باتفاق الفقهاء فسخ المساقاة الفاسدة إذا عرف الفساد قبل العمل . فإن شرع العامل بالعمل ثم اطلع على الفساد ، يجب له عند الجمهور أجر المثل . كما يجب له ذلك عند المالكية إذا خرج المتعاقدان إلى عقد آخر ، وإن لم يخرجا لعقد آخر ، استمرت المساقاة بمساقاة المثل .

المبحث الرابع ــ انتهاء المساقاة :

تنقضي المساقاة عند الحنفية كالمزارعة بأحد أمور ثلاثة: انتهاء المدة المتفق عليها ،

---

(١) مغني المحتاج : ٣٢٦/٢ ــ ٣٢٧ ، ٣٣١ ، المهذب : ٣٩٢/١ ، المغني : ٣٨١/٤ ، ٣٩٢ ، كشاف القناع : ٥٣٢/٣ ، ٥٠٢ .

موت أحد المتعاقدين ، فسخ العقد اما بالاقالة صراحة أو بالأعذار ، كما تفسخ الإجارة(١) .

ومن الأعذار : أن يكون العامل سارقاً معروفاً بالسرقة يخاف عليه سرقة الثمر أو الأغصان قبل الادراك ، لأنه يلزم صاحب الأرض ضرر لم يلتزمه ، فيفسخ به .

ومن الأعذار أيضاً : مرض العامل إذا كان يضعفه عن العمل ، لأن في الزامه استئجار أجراء ، زيادة ضرر عليه ، ولم يلتزمه فيجعل عذراً . وفي اعتبار سفر العامل عذراً للفسخ روايتان ، الصحيح أنه يوفق بينهما ، كما في مرض العامل ، فهو عذر إذا شرط عليه عمل نفسه ، وغير عذر إذا أطلق العقد عن الشرط .

وإذا مات العامل ، كان لورثته تعهد الثمر حتى يدرك ، وإن كره صاحب الشجر رعاية لمصلحة الجانبين . وإن مات المالك استمر العامل بعمله ، كما كان وإن كره ورثة المالك . وإن مات العاقدان ، كان الخيار في الاستمرار لورثة العامل ، فإن أبى ورثة العامل الاستمرار في العمل ، كان الخيار في ذلك لورثة صاحب الأرض .

وإذا انقضت مدة المساقاة ولم ينضج الثمر ، بأن كان فجا ، بقيت المساقاة استحساناً لوقت النضوج ، ويخير العامل ، إن شاء ترك وإن شاء عمل كما في المزارعة ، ولكن بدون أجر ، أي لايجب على العامل أن يدفع للمالك أجر حصته إلى أن يدرك الثمر لأن الشجر لايجوز استئجاره ، بخلاف المزارعة ، حيث يجب على العامل أجر مثل الأرض ؛ لأن الأرض يجوز استئجارها . ويكون العمل كله في المساقاة على العامل ، وفي المزارعة على العاقدين ، لأنه لما وجب أجر المثل للأرض في المزارعة بعد انتهاء المدة ، لم يستحق العمل على العامل ، كما كان يستحق عليه قبل انتهائها .

وإن أبى العامل العمل ، خير المالك أو ورثته بين أمور ثلاثة : إما أن يقتسم الثمر على حسب الشرط ، وإما أن يعطي العامل قيمة نصيبه من الثمر ، وإما أن

---

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

ينفق على الثمر حتى يبلغ أو ينضج ، ثم يرجع بالنفقة بقدر حصة العامل من الثمر ، لأنه ليس للعامل الحاق الضرر بغيره .

لكن قال الزيلعي : الرجوع على العامل بالنفقة بنسبة حصته فقط : فيه اشكال ، وكان ينبغي أن يرجع عليه بجميع النفقة ، لأن العامل إنما يستحق بالعمل ، وكان العمل كله عليه ، فلو رجع عليه بحصة فقط ، أدى ذلك إلى استحقاق العامل بلا عمل في بعض المدة .

وقال المالكية(١) : المساقاة عقد مورث ، ولورثة المساقي أن يأتوا بأمين يعمل إن لم يكونوا أمناء ، وعلى المالك العمل إن أبى ورثة العامل من العمل من تركته. ولاتنفسخ المساقاة إذا كان العامل لصاً أو ظالماً أو عجز عن العمل ، وعلى العامل استئجار من يعمل ، أو يستأجر من حظه من الثمر إن لم يكن له شيء ؛ لأن المساقاة عندهم عقد لازم ، لاينفسخ بالأعذار ، فليس لعاقد فسخها بعد العقد ، دون الآخر مالم يتراضيا عليه .

وقال الشافعية(٢) : لاتنفسخ المساقاة بالأعذار ، فلو ثبتت خيانة عامل مثلاً ، ضم إليه مشرف إلى أن يتم العمل لأن العمل واجب عليه . فإن لم يتحفظ عن الخيانة بالمشرف ، أزيلت يده بالكلية ، واستؤجر عليه من مال العامل من يتم العمل ، لتعذر استيفاء العمل الواجب عليه منه .

وتنتهي المساقاة عند الشافعية بانقضاء المدة ، فإذا انقضت المدة كعشر سنين مثلاً ، ثم ظهرت ثمرة السنة العاشرة لم يكن للعامل فيها حق ، لأنها ثمرة حدثت بعد انقضاء العقد .

وإذا ظهرت الثمرة ، ولم تكتمل ، قبل انقضاء المدة كأن صارت طلْعا(٣) أو بلحا ، تعلق بها حق العامل لأنها حدثت قبل انقضاء المدة ، ويجب على العامل تمام العمل .

---

(١) بداية المجتهد : ٢٤٧/٢ . الشرح الصغير : ٧١٢/٢ .
(٢) مغني المحتاج : ٣٣١/٢ ، المهذب : ٣٩١/١ وما بعدها .
(٣) هو بدء العمل بان يظهر العمل في النخيل بين فلافين .

وتنفسخ المساقاة بموت العامل إذا كانت على عين (ذات) العامل كالأجير المعين ، ولاتنفسخ بموت المالك في أثناء المدة ، بل يتم العامل العمل ويأخذ نصيبه. لكن إذا ساقى المورث من يرثه ثم مات المورث ، فإن المساقاة تنفسخ ، لأنه أي الوارث لايكون عاملاً لنفسه .

وإذا التزم العامل المساقاة في ذمته ، ثم مات قبل تمام العمل ، وخلّف تركة ، أتم الوارث العمل منها ، لأنه حق وجب على مورثه ، فيؤدى من تركته كغيره من الحقوق . وللوارث أن يتم العمل بنفسه أو بماله ، وعلى المالك تمكينه من العمل إن كان الوارث عارفاً بعمل المساقاة أميناً ، وإلا استأجر الحاكم من التركة عاملاً كفؤا . فإن لم يخلف العامل تركة ، لم يقترض عليه ، لأن ذمته خربت بالموت .

وقال الحنابلة(١): المساقاة كالمزارعة عقد جائز غير لازم ، فيجوز لكل طرف فيها فسخها . فإن فسخت المساقاة بعد ظهور الثمرة ، كانت الثمرة بينهما (أي بين المالك والعامل) على حسب الشرط المتفق عليه في العقد . لأنها (أي الثمرة) حدثت على ملكهما .

ويملك العامل كالمالك حصته من الثمرة بالظهور . ويلزم العامل تمام العمل في المساقاة ، كما يلزم المضارب بيع العروض التجارية إذا فسخت المضاربة . وهذا موافق لما قال الشافعية .

ولا تنفسخ المساقاة بموت العامل ، فإن مات العامل قام وارثه مقامه في الملك والعمل ، لأنه حق ثبت للمورث وعليه ، فكان لوارثه .

فإن أبى الوارث أن يأخذ ويعمل ، لم يجبر ، ويستأجر الحاكم من التركة من يعمل ، فإن لم تكن له تركة ، أو تعذر الاستئجار منها ، بيع من نصيب العامل مايحتاج إليه لتكميل العمل واستؤجر من يعمله .

وإن فسخ العامل ، أو هرب قبل ظهور الثمرة ، فلا شيء له ، لأنه قد رضي

---

(١) المغني : ٥/٢٧٢ ـ ٢٧٧ ، كشاف القناع : ٣/٥٢٨ ـ ٥٣٠ .

بإسقاط حقه، مثل عامل المضاربة إذا فسخ قبل ظهور الربح وعامل الجعالة إذا فسخ قبل تمام عمله .

لكن إن فسخ المالك المساقاة قبل ظهور الثمرة وبعد شروع العامل في العمل ، فعليه للعامل أجر مثل عمله ، بخلاف المضاربة لأن الربح في المضاربة لا يتولد من المال بنفسه وإنما يتولد من العمل ، ولم يحصل بعمله ربح ، والثمر في المساقاة متولد من عين الشجر ، وقد عمل العامل على الشجر عملاً مؤثراً في الثمر ، فكان لعمله تأثير في حصول الثمر وظهوره بعد الفسخ .

وإن مات العامل والمساقاة على عينه (ذاته) ، أو جنّ ، أو حجر عليه لسفه انفسخت المساقاة ، كما قال الشافعية .

أما لو مات المالك أو جنّ ، أو حجر عليه لسفه فتنفسخ المساقاة ، خلافاً للشافعية.

وفي حالة العذر عندالحنابلة مع عدم الفسخ : إن عجز العامل عن العمل لضعفه مع أمانته ، ضم إليه غيره ، ولاينزع من يده ، كما قرر الشافعية ، لأن العمل مستحق عليه ، ولاضرر في بقاء يده عليه . وإن عجز بالكلية ، أقام المالك مقامه من يعمل ، والأجرة عليه في الحالتين لأن عليه توفية العمل .

وتنتهي المساقاة بمضي المدة المتفق عليها إن قدرت مدة عند الحنابلة أي كما قرر باقي المذاهب ، لكن ان ساقى المالك إلى مدة تكمل فيها الثمرة غالباً ، فلم تحمل الثمرة تلك السنة ، فلا شيء للعامل ، كالمضاربة .

* * *

العقد الثالث

المغارسة أو المناصبة

تعريفها ، وحكمها عند الفقهاء :

أولاً ـ تعريف المغارسة : هي أن يدفع الرجل أرضه لمن يغرس فيها شجراً(١) وعرفها الشافعية : بأن يسلم إليه أرضاً ليغرسها من عنده ، والشجر بينهما(٢) . وتسمى عند أهل الشام المناصبة ، أو المشاطرة ؛ لأن الشجيرة الغرسة تسمى عند العامة نصباً ، أي منصوباً ، ولأن الناتج يقسم بينهما مناصفة لكل واحد منهما الشطر .

ثانياً ـ حكم المغارسة عند الفقهاء :

المغارسة المختلف فيها بين الفقهاء : هي التي يقسم الشجر فيها نصفين بين المالك والعامل ، فمنعها الجمهور (غير المالكية) وأجازها المالكية بشروط .

قال الحنفية(٣) : من دفع أرضاً بيضاء (أي لاشجر ولازرع فيها) سنين معلومة ، يغرس فيها شجراً ، على أن تكون الأرض والشجر بين رب الأرض والغارس نصفين ، لم يجز ، لثلاثة أوجه : أولها : لاشتراط الشركة فيما كان موجوداً قبل الشركة ، وهو الأرض ، لابعمل العامل ، فكان ذلك في معنى قفيز الطحان(٤) المنهي عنه(٥) . وقال صاحب الهداية عن هذا الوجه : إنه أصحها ، لأنه ـ كما

---

(١) القوانين الفقهية : ص ٢٨١ .

(٢) مغني المحتاج : ٣٢٤/٢ .

(٣) تكملة الفتح : ٤٩/٨ ، تبيين الحقائق : ٢٨٦/٥ ، اللباب : ٢٣٤/٢ ، الدر المختار ورد المحتار : ٢٠٣/٥ وما بعدها .

(٤) اذ هو استئجار ببعض ما يخرج من عمل العامل ، وهو نصف البستان .

(٥) روى الدارقطني عن ابي سعيد الخدري قال: « نهى عن عسب الفحل وعن قفيز الطحان » وقد استدل بهذا الحديث ابو حنيفة والشافعي ومالك على انه لايجوز ان تكون الاجرة بعض المعمول بعد العمل (نيل الاوطار : ٢٩٢/٥ وما بعدها) .

قال صاحب العناية – نظير من استأجر صباغاً ليصبغ ثوبه ، بصبغ نفسه ، على أن يكون نصف المصبوغ للصباغ وذلك مفسد للعقد .

وثاني الأوجه التي عللوا بها الفساد : أن المالك جعل نصف الأرض عوضاً عن جميع الغراس ، ونصف الخارج عوضاً لعمل العامل ، فصار العامل مشتريا نصف الأرض بالغراس المجهول المعدوم عند العقد ، فيفسد العقد . وهذا الوجه رجحه ابن عابدين ، لأن كون المغارسة في معنى « قفيز الطحان » لايضر ، إذ هو جار في معظم مسائل المزارعة والمعاملة (المساقاة) ، ولهذا قال الإمام بفسادهما ، وترك صاحباه القياس استدلالاً بمعاملة النبي صلى الله عليه وسلم أهل خيبر ، وهذا هو الأولى .

وثالث الأوجه : أن المالك استأجر أجيراً ليجعل أرضه بستاناً مشجراً بآلات الأجير ، على أن يكون له نصف البستان الذي يظهر بعمله ، وهو مفسد للعقد .

وإذا فسدت المغارسة ، كان جميع الثمر والغرس لصاحب الأرض ، وللغارس قيمة غرسه يوم الغرس ، واجرة مثله فيما عمل .

وحيلة جواز المغارسة عند الحنفية : أن يبيع المالك نصف الأرض بنصف الغراس ، ويستأجر رب الأرض العامل ثلاث سنين مثلاً ، بشيء قليل ، ليعمل في نصيبه .

وصحح الحنفية أيضاً – كما في الفتاوى الخانية – كون المغارسة على الاشتراك في الشجر والثمر فقط ، دون الأرض .

وعبارة الشافعية(١) في حكم المغارسة : لاتصح المغارسة ، إذ لايجوز العمل في الأرض ببعض مايخرج منها ، ولأن الغرس ليس من عمل المساقاة ، فضمه إليها يفسده . ويمكن تحقيق ذلك المقصود بالإجارة .

أما المساقاة في الشجر ، فلا يمكن عقد الاجارة عليه ، فجوزت المساقاة للحاجة.

---

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

والغرس الحاصل يكون للعامل ، ويكون لرب الأرض اجرة مثلها على العامل، كما أن من زارع على أرض بجزء من الغلة ، فعطل بعض الأرض ، يلزمه أجرة ماعطل منها .

وعبارة الحنابلة(٢): إن دفع المالك للعامل على أن الأرض والشجر بينهما ، فالمعاملة فاسدة وجهاً واحداً ، لأنه شرط اشتراكهما في الأصل (الشجر) ، ففسد، كما لو دفع إليه الشجر والنخل ، ليكون الأصل والثمرة بينهما ، أو شرط في المزارعة كون الأرض والزرع بينهما ، وحينئذ يكون للعامل أجر المثل .

لكن إن ساقاه على شجر يغرسه ، ويعمل فيه حتى يحمل ، ويكون للعامل جزء من الثمرةمعلوم ، صح ، لأنه ليس فيه أكثر من أن عمل العامل يكثر ، ونصيبه يقل.

هذه أقوال الجمهور (المذاهب الثلاثة) المانعة من صحة المغارسة ، حفاظاً على حقوق العاقدين ، ولكثرة الجهالة الناجمة عن انتظار نمو الشجر ، وللاشتراك في الأصل ، كاشتراك الشريكين في رأس المال في شركة المضاربة ، ولأن الغرس ليس من أعمال المساقاة ، على النحو المشروع في السنة النبوية ، كما لاتصح المساقاة على صغار الشجر إلى مدة يحمل فيهاغالباً .

وقال المالكية(١): العمل لإنماء الشجر يتم إما بالإجارة : وهو أن يغرس العامل للمالك بأجرة معلومة ، وإما بالجعالة : وهو أن يغرس له شجراً على أن يكون له له نصيب فيما ينبت ، وإما بالمغارسة .

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

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

---

(١) المغني : ٥/٣٨٠ وما بعدها .

(٢) القوانين الفقهية : ص ٢٨١ .

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

٣ ــ ألا يكون أجلها إلى سنين كثيرة ، فإن حدد لها أجل إلى مافوق الاطعام (انتاج الثمرة) ، لم يجز ، وإن كان دون الاطعام ، جاز ، وإن كان إلى الاطعام ، فقولان .

٤ ــ أن يكون للعامل حظه من الأرض والشجر ، فإن كان له حظه من أحدهما خاصة ، لم يجز ، إلا إن جعل له مع الشجر مواضعها من الأرض ، دون سائر الأرض . .

٥ ــ ألا تكون المغارسة في أرض محبسة (موقوفة) ، لأن المغارسة كالبيع .

ويلاحظ أنه يمنع في المغارسة والمساقاة والمزارعة عند المالكية شيئان :

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

الثاني ــ اشتراط السلف أو السلّم .

وإذا وقعت المغارسة فاسدة ، فلرب الأرض الخيار بين أن يعطي المستأجر قيمة الغرس أو يأمره بقلعه .

والخلاصة : أن المغارسة تصح إذا كان للعامل جزء معين من الثمرة فقط ، كالمزارعة ، كما ذكر الحنابلة ، وتصح المغارسة أيضاً إذا غرس العامل غرساً على أن تكون الأغراس والثمار بينهما كما أبان الحنفية . ويمكن تصحيح المغارسة على الاشتراك في الأرض والشجر معاً ، بواسطة عقدي البيع والإجارة ، كأن يبيع المالك نصف الأرض بنصف الغراس ، ويستأجر المالك العامل مدة كثلاث سنين مثلاً ، بشيء يسير ليعمل في نصيبه ، كما ذكر الحنفية .

وصحح المالكية المغارسة بشروط .

اتفاق القسمة

فيه فصلان : الأول – في قسمة الأعيان ، والثاني – في قسمة المنافع (المهايأة)

الفصل الأول

قسمة الأعيان أو الرقاب

تسمى قسمة الأعيان أي الذوات : قسمة رقاب أيضاً .

وفيه ستة مباحث :

المبحث الأول – تعريف القسمة ومشروعيتها وركنها وصفتها .

المبحث الثاني – أنواع القسمة .

المبحث الثالث – شروط القسمة .

المبحث الرابع – كيفية القسمة .

المبحث الخامس – القاسم .

المبحث السادس – أحكام القسمة .

المبحث الأول – تعريف القسمة ومشروعيتها وركنها وصفتها :

أولاً – تعريف القسمة :

القسمة لغة : هي افراز النصيب ،أو التفريق . وشرعاً لها تعاريف متقاربة عند الفقهاء ، فقال الحنفية : القسمة : جمع نصيب شائع في مكان معيّن ، أو مخصوص(١). وعرفتها المادة (١١١٤) مجلة بقولها : « القسمة : هي تعيين الحصة

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

الشائعة ، يعني افراز الحصص بعضها من بعض بمقياس ما كالذرع والوزن والكيل، أو هي عبارة عن إفراز بعض الأنصباء عن بعض ، ومبادلة بعض ببعض . وذلك لأن نصيب كل شريك أو ملكه ، منتشر في جميع أجزاء الشيء المقسوم ، فإذا حدثت القسمة ، وقع في حصته جزء مملوك له ، وجزء مملوك لصاحبه شائعاً في كل الأجزاء ، فتتم المبادلة بين الشريكين بتنازل كل واحد منهما عن نصف نصيبه بعوض : وهو نصف نصيب صاحبه (١) .

ومعنى المبادلة أي (أخذ عوض حقه) واضح في القسمة الرضائية . أما القسمة الجبرية فتحدث بناء على طلب من الشريكين للقاضي ، يتضمن رضاهما بالمبادلة. فالقسمة تتضمن معنى المبادلة ، لأن مايؤول لأحدهما ، بعضه كان له ، وبعضه كان لصاحبه ، فهو يأخذه عوضاً عما يبقى من حقه في نصيب صاحبه ، فكان ذلك مبادلة من وجه ، وافرازاً من وجه . والافراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات لعدم التفاوت ، والمبادلة هي الظاهر في غير المكيل والموزون للتفاوت . ويجوز الاجبار على المبادلة كما في بيع مال المدين .

وعرف المالكية القسمة بما يقارب تعريف الحنفية ، فقالوا : هي تعيين نصيب كل شريك في مشاع (عقار أو غيره) ، ولو كان التعيين باختصاص تصرف فيما عين له ، مع بقاء الشركة في الذات . وهذا التعريف يشمل عندهم أنواع القسمة الثلاثة : قسمة المهايأة ، وقسمة المراضاة ، وقسمة القرعة(٢) .

وعرفها الشافعية والحنابلة(٣) بأوضح التعريف في تقديري ، فقالوا : القسمة : تمييز بعض الأنصباء عن بعض ، وافرازها عنها ، بتجزئة الأنصباء بالكيل أو غيره .

ثانياً ـ مشروعية القسمة :

أجمع العلماء على جواز القسمة لثبوت شرعيتها في القرآن والسنة . أما القرآن

---

(١) البدائع : ٧/١٧ .
(٢) الشرح الصغير : ٢/٣٥٩ وما بعدها .
(٣) حاشية الباجوري على ابن قاسم : ٢/٣٥١، المغني : ٩/١١٤ ، كشاف القناع : ٦/٣٦٤ .

فقوله تعالى : « ونبئهم أن الماء قسمة بينهم ، كل شرب محتضر » يدل على جواز قسمة المهايأة ، وقوله سبحانه : « وإذا حضر القسمة أولو القربى واليتامى والمساكين ، فارزقوهم منه » الوارد في قسمة التركة . وقوله سبحانه في قسمة الغنائم : « واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه وللرسول . . . » ولا يعلم هذا الخمس عن الأربعة الأخماس المستحقة للغانمين إلا بالقسمة .

وأما السنة : فقد قسم النبي صلى الله عليه وسلم غنائم خيبر وحنين بين الغانمين ، وقسم المواريث(١) ، مما يدل على الإباحة .

ويؤيد ذلك : حاجة الناس إلى القسمة ليتمكن كل واحد من الشركاء من التصرف المستقل في حصته ، وليتخلص من سوء المشاركة . وكثرة الأيدي(٢) .

ثالثاً ـ ركن القسمة وسببها وشرط لزومها :

ركن القسمة : هو الفعل الذي يحصل به الافراز والتمييز بين الأنصباء ، ككيل وذرع . وسببها : طلب الشركاء أو بعضهم الانتفاع بملكه على وجه الخصوص ، فلو لم يطلبوا لاتصح القسمة . وشرط لزومها بطلب أحد الشركاء : عدم فوت المنفعة بالقسمة ، أي عدم إبطال فائدة الشيء المتعارفة ، فلا يقسم مثلاً الحائط والحمام والبيت الصغير(٣) .

رابعاً ـ صفة القسمة :

تتردد صفة القسمة عند الفقهاء بين وصفين : الافراز أو التمييز ، والبيع أو المبادلة .

فقال الحنفية(٤) : تشتمل القسمة مطلقاً (في المثليات أو القيميات) على وصفين :

---

(١) راجع الاحاديث في ذلك في نصب الراية : ١٧٨/٤ .
(٢) المغني : ١١٢/٩ .
(٣) الدر المختار : ١٧٨/٥ .
(٤) الدر المختار : ١٧٨/٥ ، اللباب : ٩١/٤ ، تكملة الفتح : ٢/٨ ، البدائع : ٢٦/٧ .

هما الافراز : وهو أخذ عين حقه ، والمبادلة : وهو أخذ عوض حقه . والسبب في اشتمالها على معنى المبادلة : أن ما يأخذه كلّ شريك : بعضه كان له ، وبعضه كان لصاحبه ، فهو يأخذه عوضاً عما يبقى من حقه في حصة صاحبه ، فتكون القسمة مبادلة من وجه ، وافرازاً من وجه .

والافراز : هو الظاهر الغالب في المثليات ، أي المكيلات والموزونات وما في حكمها : وهو الذرعيات والعدديات المتقاربة كالجوز والبيض ، لعدم التفاوت بين أجزائها ، حتى كان لأحد الشريكين أن يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه .

والمبادلة : هي الظاهر الغالب في غير المثليات أي القيميات كالحيوانات والدور وأصناف العروض التجارية ، للتفاوت بين أفرادها ، حتى لايكون لأحد الشريكين أخذ نصيبه عند غيبة صاحبه(١) .

إلا أنه إذا كانت الأشياء المشتركة متحدة الجنس ، جازت القسمة الجبرية ، أي يجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء ، لأن فيها معنى الافراز ، ويصح الجبر في المبادلة ، كما هو المقرر في حالة بيع ملك المدين ، لوفاء دينه .

وإن كانت الأشياء المشتركة أجناساً مختلفة ، لم تجز القسمة الجبرية ، فلا يجبر القاضي على القسمة ، لتعذر المعادلة . وتجوز القسمة الرضائية حينئذ ، لأن الحق للشركاء .

وقال المالكية(٢): قسمة المراضاة : وهي التي تتم بلا قرعة كالبيع ، وقسمة القرعة : تمييز حق في مشاع بين الشركاء ، لابيع ، وقسمة المهايأة في المنافع كالإجارة .

وقال الشافعية(٣) : القسمة إفراز النصيبين وتمييز الحقين إلا إذا كان في القسمة

---

(١) نصت المادة (١١١٦) مجلة على ذلك ، فقالت : « والقسمة من جهة الافراز ، ومن جهة مبادلة ... » ، كما نصت المادة (١١١٧) على أن « جهة الافراز في المثليات راجحة ... » والمادة (١١١٨) على أن « جهة المبادلة في القيميات راجحة ... » ونصت المادة (١١١٩) على المثليات .

(٢) الشرح الصغير : ٦٦٠/٢ ، ٦٦٢ ، ٦٦٤ .

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

رد ، أي تعويض (أو رد مال أجنبي عن المقسوم) ، فهي بيع ، كأن يكون في أحد جانبي الأرض المشتركة بئر أو شجر مثلاً ، لايمكن قسمته ، فيرد من يأخذه بالقسمة بالقرعة قسط قيمة البئر أو الشجر ، في المثال المذكور .

وكذلك تكون القسمة بيعاً إذا كانت بالتعديل للسهام (وهي الأنصباء) بالقيمة ، كأرض تختلف قيمة أجزائها بقوة انبات أوقرب ماء ، وتكون الأرض بينهما نصفين ، ويساوي ثلث الأرض ، مثلاً لجودته ، ثلثيها ، فيجعل الثلث سهماً ، والثلثان سهماً . وهذا الرأي أدق ماعرفته من المذاهب .

وقال الحنابلة(١) : القسمة افراز حق وتمييز أحد النصيبين من الآخر ، وليست بيعاً لأنها لاتفتقر إلى لفظ التمليك ، ولاتجب فيها الشفعة ، ويدخلها الإجبار ، وتلزم باخراج القرعة ، ويتقدر أحد النصيبين بقدر الآخر . والبيع لايجوز فيه شيء من ذلك ، ولأنها تنفرد عن البيع باسمها وأحكامها . فلم تكن بيعاً كسائر العقود .

وفائدة الخلاف : أنها إذا لم تكن بيعاً ، جازت قسمة الثمار خرصاً ، والمكيل وزناً ، والموزون كيلاً ، والتفرق قبل القبض فيما يعتبر فيه القبض في البيع . وإن قلنا : هي بيع ، انعكست هذه الأحكام .

لكن إذا كانت القسمة رداً أي رد عوض عما حصل لشريك من حق شريكه ، فتكون بيعاً فيما يقابل الرد (أي العوض الذي رد من أحدهما على الآخر) ، وافرازاً في الباقي . والخلاصة أن القسمة عند الحنابلة افراز ، إلا إذا كانت قسمة رد ، فتكون بيعاً .

المبحث الثاني ـ أنواع القسمة :

للقسمة أنواع في المذاهب الفقهية ، إذ كل مذهب ينظر إلى القسمة من جانب

فقال الحنفية(٢) : القسمة نوعان :

---

(١) المغني : ١١٤/٥ ، ١٢٩ ، كشاف القناع : ٣٦٥/٦ .
(٢) البدائع : ١٩/٧ ـ ٢٢ .

١ – **قسمة جبرية** : وهي التي يتولاها القاضي ، بطلب أحد الشركاء . ولو قسم القاضي أو نائبه بالقرعة . فليس لبعض الشركاء الإباء بعد خروج بعض السهام(١) .

٢ – **وقسمة رضائية** : وهي التي يفعلها الشركاء بالتراضي ؛ وهي تعتبر عقداً من العقود ؛ ركنها ككل عقد : هو الايجاب والقبول ؛ ومحلها : العين المشتركة التي يجوز الاتفاق على قسمتها(٢) .

وكل واحد منهما على نوعين :

١ – **قسمة تفريق أو فرد** : وهي تخصيص كل شريك بحصة جزئية معينة من المال المشترك ؛ كقسمة دار كبيرة بين شريكين أو ثلاثة ، يختص كل واحدمنهم بنصف أو بثلث . وهي تحدث في كل مالا ضرر في تبعيضه بالشريكين كالمكيل والموزون والعددي المتقارب ، سواء قسمة رضا أو قسمة جبر .

٢ – **وقسمة جمع** : وهي أن يجمع نصيب كل شريك في عين على حدة(٣) ، كأن يكون أقطان بين شريكين ، فيتقاسمان ، على أن يختص أحدهما بكمية منها والآخر بالباقي . وهي جائزة في جنس واحد ؛ ولاتجوز في جنسين مختلفين ، فتصح في المثليات وهي المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة كأصناف الحنطة ، ولا تصح في جنسين من المكيل والموزون والمذروع والعددي كالحنطة والشعير ، والقطن والحديد ، والجوز واللوز ، واللآلىء واليواقيت .

وتصح بين أفراد الإبل ، أو أفراد البقر ، أو أفراد الغنم أي في ضمن الجنس الواحد ، والتفاوت القليل ملحق بالعدم .

---

(١) رد المحتار : ٥/١٨٤ .

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

(٣) عرفت المادة (١١١٥) من المجلة – هذين النوعين ،، فقالت : قسمة التفريق : هي تعيين الحصص الشائعة في العين الواحدة المشتركة في اقسامها ، مثل قسمة عرصة بين اثنين . وقسمة الجمع : هي جمع الحصص الشائعة في كل فرد من افراد الاعيان المشتركة في اقسامها ، مثل قسمة ثلاثين شاة مشتركة بين ثلاثة : عشرة .

ولاتصح بين خيل وإبل ، أو بين بقر وغنم ، لاختلاف الجنس ، فيتضرر أحدهما .

ولاتقسم الدور والأراضي المتعددة عند أبي حنيفة قسمة جمع منعاً للضرر ، لوجود التفاوت الفاحش بين دار ودار ، وأرض وأرض ، بسبب اختلاف البناء والبقاع ، فتعتبر في حكم جنسين مختلفين .

وعند الصاحبين : يجوز قسمة الدور والأراضي قسمة جمع ، ويعدل مافيها من التفاوت بالقيمة . ولاتقسم الدار والضيعة (الأرض) ، أو الدار والحانوت المشتركان قسمة جمع باتفاق الحنفية . بل يقسم كل واحد على حدة ، لاختلاف الجنس .

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

وقسمة المراضاة : بأن يتراضيا على أن كل واحد يأخذ شيئاً مما هو مشترك بين الشريكين . يرضى به بلا قرعة وهي كالبيع . فمن رضي بشيء منه ، ملك ذاته ، وليس له رده إلا بتراضيهما كالإقالة ، ولارد فيها بالغبن إلا إذا أدخلا بينهما مقوما . وتصح في متحد الجنس كالثياب ، أوفي مختلف الجنس كثوب ودابة .

وقسمة القرعة : هي تمييز حق في مشاع بين الشركاء ، لا بيع . فيرد فيها بالغبن ، ولا بد فيها من مقوم ، ويجبر عليها من أباها ، ولا تكون إلا فيما تماثل أو تجانس ، ولا يجوز فيها الجمع بين حظ اثنين .

وقال الشافعية(٢) : القسمة ثلاثة أنواع ، لأن المقسوم ان تساوت الأنصباء منه صورة وقيمة فهو الأول . وإلا ، فإن لم يحتج إلى رد شيء فالثاني ، وإلا فالثالث.

---

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

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

١ ــ **قسمة الافراز (أو قسمة الأجزاء أو قسمة المتشابهات) :** وهي افراز حق كل من الشركاء ، فهي تمييز للحق لا بيع . وتحدث فيما لا ضرر فيه ، كالمثليات من حبوب ودراهم وأدهان ، ودور متفقة الأبنية ، وأرض مستوية الأجزاء . ويجري فيها الإجبار ؛ فيلزم الشريك بالقسمة بطلب شريكه ، إذ لا ضرر عليه فيها ، فيجزأ مايقسم كيلا في المكيل ، ووزناً في الموزون ، وذرعاً في المذروع ، وعداً في المعدود بعدد الانصباء ان استوت . ثم بعد ذلك يقرع بين الانصباء لتعيين كل نصيب منها لأحد الشركاء .

٢ ــ **قسمة التعديل للسهام :** وهي أن تعدل الأنصباء المختلفة بالقيمة ، لتحقيق المساواة بين الشركاء ، كأرض تختلف قيمة أجزائها بسبب قوة إنبات ، أو قرب ماء ونحوهما ، أو يختلف جنس ما فيها ، كبستان بعضه نخل ، وبعضه عنب . فإذا كانت الأرض مناصفة بين شريكين ، وكانت قيمة ثلثها المشتمل على ماذكر كقيمة الثلثين الباقيين ، فيجعل الثلث سهماً ، والثلثان سهماً ، ويقرع بينهما كما سبق .

ويجري فيها الإجبار ، فيلزم الشريك بالقسمة بطلب شريكه ، كما في النوع الأول ، فإن أمكن قسم الجيد وحده ، والرديء وحده ، لم يجبر الشريك على التعديل .

ويجبر الشريكان على هذه القسمة في منقولات متحدة القيمة ، مختلفة الصفة ، كثياب من نوع واحد ، كما يجبران عليها في نحو دكاكين صغيرة متلاصقة ، متماثلة الأعيان أو الذوات ، للحاجة إلى القسمة . بخلاف نحو الدكاكين الكبيرة ، أو الصغيرة غير المتلاصقة لشدة اختلاف الأغراض ، أو المقاصد باختلاف المحال والأبنية .

٣ ــ **قسمة الرد :** وهي التي تحتاج إلى رد مال أجنبي عن ذات المقسوم ، كأن يكون بأحد جانبي الأرض المشتركة بئر أو شجر مثلاً ، لايمكن قسمته ، فيرد من يأخذه بالقسمة الناتجة عن القرعة قسط قيمة البئر أو الشجر . فلو كانت قيمة البئر أو الشجر ألفاً ، وحصته النصف ، رد الآخذ خمسمائة . ولايجري فيها الاجبار .

ويعتبر النوع الأول افرازاً للحق ، لابيعاً ، والنوعان الآخران بيعاً .

وبه يتبين أن القسمة عند الشافعية كغيرهم نوعان رئيسيان : قسمة اجبار ، وقسمة تراض .

وقال الحنابلة(١) : القسمة نوعان :

١ ـ **قسمة تراض** : لا تجوز إلا برضا الشركاء كلهم : وهي التي فيها ضرر ، ورد عوض من أحدهما على الآخر ، كالدور الصغار ، والحمام والطاحون الصغيرين ، والدكاكين اللطاف الضيقة . ولا اجبار فيها ، فإن طلب أحد الشريكين قسمة بعضها في مقابلة بعض، لم يجبر الآخر ، لأن كل عين منها تختص باسم وصورة . وهي تشبه قسمة الرد عند الشافعية ، بدليل أن الحنابلة قالوا : كل مالا يمكن قسمه بالأجزاء ، أو التعديل ، لايقسم بغير رضا الشركاء كلهم . وحكم قسمة التراضي كالبيع ، أي كما قال الشافعية ، لأن صاحب الزائد بذل المال عوضاً عما حصل له من حق شريكه ، وهذا هو البيع ، والبيع محصور فيما يقابل الرد (أي العوض الذي رد من أحدهما على الآخر) وافراز في الباقي ، كما بينا في صفة القسمة .

وإذا كانت هذه القسمة بيعاً ، فلا يجوز فيها مالا يجوز في البيع ، ولايجبر عليها الممتنع منها ، لحديث ابن عباس مرفوعاً : « لا ضرر ولا ضرار »(٢) .

٢ ـ **وقسمة الإجبار** : مالاضرر فيها على الشريكين ، ولاعلى أحدهما ، ولارد عوض ، كأرض واسعة وقريبة ، وبستان ودار كبيرة ، ودكان واسع ونحوها ، سواء أكانت متساوية الأجزاء أو لا .

وتحدث إن أمكن قسمتها بتعديل السهام من غير شيء يجعل معها ، فإن لم يمكن تعديل السهام إلا بجعل شيء معها ، فلا اجبار ، لأنه معاوضة ، فلا يجبر عليها من امتنع منها ، كسائر المعاوضات .

ومن أمثلتها : قسمة مكيل وموزون من جنس واحد ، كدهن من زيت وسيرج وغيرهما ، ولبن ودبس وخل وتمر وعنب ونحوهما ، وسائر الحبوب والثمار

---

(١) كشاف القناع : ٦/٣٦٤ ، ٣٦٩ .

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

المكيلة . وإذا طلب أحد الشركاء القسمة في المذكورات وأبى الشريك الآخر ، أجبر الممتنع ، ولو كان ولياً على صاحب الحصة ؛ لأنه يتضمن إزالة الضرر الحاصل بالشركة ، وحصول النفع للشريكين ، فيمكنهما التصرف بالحصص ، أو الاستثمار بأي طريق يختاره الشريك .

المبحث الثالث – شروط القسمة :

فيه مطلبان – الأول – في شروط قسمة التراضي ، والثاني – في شروط قسمة الاجبار .

المطلب الأول – شروط قسمة التراضي :

اشترط الحنفية شروطاً في قسمة التراضي هي مايأتي(١) :

١ – **أهلية المتقاسمين** : وهي العقل فقط ، فلا يجوز قسمة المجنون والصبي الذي لايعقل (غير المميز) ، لأن القسمة عقد متردد بين الضرر والنفع وفيها معنى البيع ، فيشترط فيها ما يشترط في البيع .

ولا يشترط البلوغ عند الحنفية ، فتجوز قسمة الصبي العاقل (المميز) بإذن وليه ، كما لايشترط الاسلام والذكورة والحرية لجواز القسمة ، فتجوز قسمة الذمي والمرأة والعبد المكاتب والمأذون ، لجواز البيع منهم .

٢ – **الملك أو الولاية** : فلاتجوز القسمة بدونهما ..

أما الملك : فهو أن يكون القاسم مالكاً عين مايقسمه وقت القسمة ، فيقسمه الشركاء بالتراضي ، فإن لم يكن المقسوم مملوكاً للقاسم ، لاتجوز القسمة ؛ لأن القسمة إفراز بعض الأنصباء ، ومبادلة البعض ، وكل ذلك لايصح إلا في الشيء المملوك(٢) . وبناء عليه : لاتصح عند الحنفية قسمة الديون المشتركة قبل القبض ،

---

(١) البدائع : ٧/١٨ ، ١٩ ، ٢٢ .

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

لأنها لاتملك إلا بالقبض ، لأن الدين في حكم المعدوم ، ووجوده اعتباري ، والمقسوم يشترط فيه كونه عيناً . ويترتب عليه أيضاً أن قسمة الفضولي موقوفة على الإجازة قولاً أو فعلاً .

وأما الولاية : فهي ولاية القرابة المالية ، بأن يكون القاسم ذا ولاية على الصغير والمجنون والمعتوه ، وهو الأب ووصيه ، والجد ووصيّه . والقاعدة في هذه الولاية : إن كل من له ولاية البيع ، فله ولاية القسمة . ومن لا فلا ، ولهؤلاء ولاية البيع ، فلهم ولاية القسمة .

وأما وصي الأم : ووصي الأخ والعم ، فيقسم المنقول ، دون العقار ، لأن له ولاية بيع المنقول ، دون العقار .

ولايقسم وصي الميت على الموصى له ، لانعدام ولايته عليه ، وكذا لايقسم الورثة عليه ، لانعدام ولايتهم عليه ؛ لأن الموصى له كواحد من الورثة . وكذا لايقسم بعض الورثة على بعض ، لانعدام الولاية فيما بينهم .

٣ – **حضور الشركاء أو نوابهم** : فلا تصح القسمة على غائب ، وتنقض القسمة ، لو اقتسم الشركاء ، وأحدهم غائب . هذا في قسمة التراضي . أما في قسمة القاضي ، فتنفذ القسمة ولاتنقض .

٤ – **رضا الشركاء فيما يقسمونه بأنفسهم** : إذا كانوا من أهل الرضا أو رضا من يقوم مقامهم . فإن لم يوجد الرضا لاتصح القسمة ، فلو كان في الورثة صغير لاوصي له ، أو كبير غائب ، فاقتسموا فالقسمة باطلة ، لأن القسمة فيها معنى البيع ، كما بينا ، وقسمة الرضا – عند الحنفية – أشبه بالبيع ، وكما لايصح البيع إلا بالتراضي ، لاتصح القسمة إلا به .

فإن لم يكن شريك من أهل الرضا ، كالصبي والمجنون ، قام وليه أو وصيه مقامه ، وإن لم يكن للصغير ونحوه ولي ولاوصي ، كان موقوفاً على أمر الحاكم ، فينصب وصي من طرف الحاكم ليقسم بمعرفته(١) .

---

(١) الدر المختار : ٥/١٨٠ ، م (١١٢٨) مجلة .

وكذلك قال الشافعية(١): يشترط في قسمة التراضي بأنواعها من رد وغيره رضا الشركاء حتى بعد خروج القرعة ، ولو ثبت بحجة غلط أو حيف في قسمة الاجبار أو قسمة التراضي التي تكون بالافراز ، نقضت القسمة بنوعيها ، فإن كانت بالتعديل أو بالرد ، لم تنقض ، لأنها بيع .

المطلب الثاني – شروط قسمة الاجبار أو التقاضي :

يشترط لقسمة القضاء أو القسمة الجبرية مايأتي :

الشرط الأول – طلب أحد الشركاء أو كلهم من القاضي قسمة المشترك ، فلا تجوز القسمة من غير طلب أصلا لأنها تصرف في ملك الآخرين ، وهو أمر محظور شرعاً(٢) . وإذا طلب شريك وأبى الآخر ، يقسم الشيء المشترك جبراً بين الشركاء إذا كان قابلاً للقسمة(٣) دفعاً للضرر ، كالمتملك بالشفعة دفعاً لضرر الشفيع .

فإن لم يكن قابلاً للقسمة ، تناوب الشركاء في الانتفاع بطريق المهايأة .

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

الشرط الثاني – ألا يترتب على القسمة ضرر : وهذا في قسمة التفريق ، لأنه إذا كان في القسمة ضرر لم تتحقق المنفعة المطلوبة من المال .

ويتضح هذا الشرط في معرفة طبيعة المال ، والمال في هذا الشأن نوعان(٤) :

آ – إن كان المال مما لاضرر في تبعيضه أو تجزئته ، بل فيه منفعة للشريكين ،

---

(١) بجيرمي الخطيب : ٣٤٤/٤ .

(٢) الدر المختار : ١٧٩/٥ ، البدائع : ١٨/٧ ، ٢٢ ، ٢٨ ، م (١١٢٩ ، ١١٣٠) مجلة .

(٣) قابل القسمة : هو المال المشترك الصالح للتقسيم ، بحيث لا تفوت المنفعة المقصودة من ذلك المال بالقسمة (م ١١٣١) مجلة .

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

كالمكيل والموزون والعددي المتقارب ، فتجوز قسمة التفريق قسمة جبر ، ويجبر القاضي من أبى من الشركاء على قبولها تحقيقاً لمصلحة الطرفين .

ب – وإن كان في القسمة ضرر : فإن أضرّت بكل واحد من الشريكين لم تجز قسمة الجبر في المال المشترك كاللؤلؤ والياقوت والثوب الواحد والسرج والقوس والمصحف الكريم ، والخيمة والحائط ، والحمام والبيت ، أو الحانوت الصغير ، والفرس والجمل والشاة والبقرة ، لأن الضرر يلحق بالشريكين معاً ، والقاضي لا يملك الجبر على الاضرار .

وأما إن أضرّت القسمة بأحد الشريكين دون الآخر كالأرض المشتركة بين شريكين ولأحدهما حصة قليلة ، وللآخر الأكثر ، فتجب القسمة إن طلبها صاحب الأكثر ، إزالة للشيوع ومنعاً من الضرر ، فهو ينتفع بنصيبه ، فيجاب طلبه ، لأن الحق لا يبطل بتضرر الغير . وإن طلبها صاحب الحصة القليلة : ففيه رأيان :

رأي الحاكم الشهيد في مختصره : إنه يقسم المال المشترك إذ لا ضرر على صاحب الكثير ، بل له فيه منفعة ، وصاحب القليل قد رضي بالضرر . حيث طلب القسمة ، فيجبر على القسمة .

ورأي القدوري في الكتاب : لا يقسم ، لأن صاحب القليل متعنت في طلب القسمة ، لكون القسمة ضرراً محضاً في حقه ، فلا يعتبر طلبه ، وقسمة الجبر لم تشرع بدون الطلب . وهذا هو الأصح .

وإن كانت حصة كل من الشريكين قليلة ، لم يقسم القاضي بينهما ، إلا بتراضيهما ، لأن الجبر على القسمة لتكميل المنفعة ، وفي هذا تفويتها ، وإنما تجوز القسمة بتراضيهما ، لأن الحق لهما وهما أعرف بشأنهما(١) .

ومذهب الشافعية في قسمة الضرر والجبر قريب من مذهب الحنفية . قالوا(٢)

---

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

(٢) بجيرمي الخطيب : ٤/٣٤٠ وما بعدها .

إن ماعظم ضرر قسمته : إن بطل نفعه الحالي المقصود منه بالكلية كجوهرة وثوب نفيسين ، منعهم الحاكم منها ، وانتفعوا به مهايأة .

وإن لم يبطل نفعه بالكلية ، كأن نقص نفعه كسيف يكسر ، أو بطل نفعه المقصود ، كحمام وطاحونة صغيرين ، لم يمنعهم ولم يجبهم إلى القسمة ، لما فيه من إضاعة المال .

ولو كان هناك مال مشترك بين اثنين ، لأحدهما حصة قليلة ، كعشر دار أو حمام ، أو أرض ، وللآخر الأكثر وهو الباقي ، أجبر صاحب الأقل على القسمة ، بطلب الآخر لاعكسه .

وكذلك قال **الحنابلة**(١) : يجبر الحاكم على القسمة إذا كان المال قابلاً للقسمة ، وأمكن انتفاع الشريكين به مقسوماً : أي أنه يشترط لصحة القسمة عندهم ألايكون فيها ضرر ، فإن كان فيها ضرر ، لم يجبر الممتنع لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « لاضرر ولا ضرار » .

والضرر المانع من القسمة عند الشافعي وأحمد : هو أن تنقص قيمة نصيب كل شريك بالقسمة عن حال الشركة ، سواء انتفعوا به مقسوماً أو لم ينتفعوا ، لأن نقص قيمته ضرر ، والضرر منفي شرعاً .

وقال **المالكية**(٢) : إن كان الشيء المشترك مما يحتمل القسمة بلا ضرر كالأرضين وغيرها ، أجبر على القسمة من أباها ، وإما إذا كان المال المشترك غير قابل للقسمة كحانوت وبيت صغير وسيف ، فيباع ويوزع ثمنه بين الشريكين بحسب الحصة ، ويجبر على البيع من أباه من الشركاء ، بشروط أربعة وهي :

١ — أن تنقص حصة مريد البيع لو باعها مفردة عن حصة شريكه ، فإن لم تنقص لو بيعت مفردة لم يجبر له الآبي عن البيع ، لعدم الضرر ، كما لايجبر فيما يقبل القسمة ، أو في المال المثلي .

---

(١) المغني : ٥/١١٥ وما بعدها .

(٢) الشرح الصغير : ٤/٦٧٨ وما بعدها ، القوانين الفقهية : ص ٢٨٥ .

٢ ــ ألا يلتزم رافض البيع لشريكه بتحمل فرق النقصان .

٣ ــ ألا يملك مريد البيع حصته مفردة : فإن ملكها مفردة ، وأراد بيعها ، وأبى صاحبه من البيع معه ، لم يجبر على البيع معه ، وعلى هذا فإن تملك الشريكان المال المشترك معاً بارث أو شراء أوغيرهما ، جاز اجبار الممتنع على البيع .

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

الشرط الثالث ــ أن تكون القسمة عادلة ، غير جائرة ، لأن القسمة إفراز بعض الأنصباء ، ومبادلة البعض بالبعض ، ومبنى المبادلات على المراضاة ، فإذا وقعت جائرة لم يوجد التراضي ، ولا إفراز النصيب على نحو كامل ، لبقاء الشركة في جزء ما ، فتعاد(١) .

وبناء عليه لو ظهر في القسمة غلط أوغبن فاحش . بطلت القسمة .

الشرط الرابع ــ أن يكون المال المشترك في قسمة الجمع(٢) من جنس واحد ، كالمثلي من حنطة أو قطن أو جوز ، فإن كان من أجناس مختلفة كالحنطة والشعير ، والقطن والحديد ، والجوز واللوز ، واللآلىء واليواقيت ، وأنواع الحيوان كالخيل مع الإبل ، لم تجز القسمة ، لأن قسمة الجمع عند اتحاد الجنس تقع وسيلة إلى تحقيق المقصود منها ، وهو تكميل منافع الملك . وعند اختلاف الجنس تقع تفويتاً للمنفعة ، لا تكميلاً لها .

وكذا الدور والأراضي والكروم لاتقسم قسمة جمع عند أبي حنيفة للتفاوت الفاحش بين دار ودار وأرض وأرض ، بسبب اختلاف الدور والأراضي في بنائها

---

(١) البدائع : ٢٦/٧ ، م (١١٢٧) مجلة .

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

وموقعها ، فتعتبر في حكم جنسين مختلفين ؛ لأن المعتبر والمقصود في الدور والأراضي هو المعنى ، فتقسم قسمة تفريق(١) عنده .

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

واتفق أئمة الحنفية على أنه يقسم البيتان قسمة جمع ، سواء أكانا متصلين أم منفصلين(٢) ..

هذا مايقوله متقدمو الحنفية ، وأما في زماننا فإن المنازل والبيوت كالدور تتفاوت تفاوتاً فاحشاً ، فلا تقسم قسمة جمع ، وإنما تقسم قسمة تفريق .

المبحث الرابع – كيفية القسمة :

أبان الحنفية كيفية القسمة واجراءاتها التي يتبعها القاسم على النحو التالي(٣). وذلك في تقديري مجرد اجتهاد يتغير بحسب العصور .

١ – يمسح القاسم الأرض ، يحفظ الخريطة ، ورفعها للقاضي ، ويقوّم البناء ليعرف كل شريك قيمة نصيبه .

٢ – يفرز كل نصيب عن غيره مع اتفاقاته من طريق ونحوه على حدة ، ليتحقق معنى التمييز والافراز تمام التحقق ، ويمنع تعلق نصيب كل شريك بنصيب الآخر .

٣ – تحدد الأنصباء بالأرقام المتوالية ، ويطلق على كل نصيب اسم « السهم».

---

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

(٢) البدائع : ٢١/٧ وما بعدها ، تبيين الحقائق : ٢٧٠/٥ ، م (١١٢٢ – ١١٤٢) من المجلة .

(٣) تكملة الفتح : ١٤/٨ وما بعدها ، تبيين الحقائق : ٢٧٠/٥ ، اللباب شرح الكتاب : ١٠٠/٤ وما بعدها ، م (١١٥١) مجلة . وانظر تلك الاجراءات في المذاهب الأخرى في المغني : ٢٠٨/٧ وما بعدها ، الشرح الكبير : ١٢٣/٨ ، الشرح الصغير : ٦٧٥/٢ وما بعدها .

٤ ـ تسجل أسماء المتقاسمين في أوراق متساوية مستقلة ، توضع في كيس أو نحوه ، ثم يقرع بينهم على سبيل الندب والاستحسان ، تطييباً للقلوب ، وبعداً عن تهمة الميل والتحيز لأحد الشركاء ، فمن خرج اسمه أولاً ، فله السهم الملقب بالأول ، ويعطى من خرج اسمه ثانياً السهم الثاني ، وهكذا . . . إذا اتحدت مقادير السهام .

فلو اختلفت السهام ـ بأن كانت بين ثلاثة مثلاً ، لأحدهم عشرة أسهم ، ولآخر خمسة أسهم ، ولآخر سهم ـ جعلها القاسم ستة عشر سهماً ، وكتب أسماء الثلاثة ، فإن خرج أولاً اسم صاحب العشرة ، أعطاه السهم الأول ، وتسعة متصلة به ، لتكون سهامه متصلة مع بعضها ، وهكذا حتى يتم التوزيع .

والقرعة مندوبة عند الحنفية ، فلو عين القاسم لكل شريك نصيبه ، من غير اقتراع ، جاز ، لأن عمله في معنى القضاء ، فيملك الزام كل شريك بنصيبه .

٥ ـ آلة القسمة : نصت المادة (١١٤٧) مجلة على ذلك ، فقالت : المال المشترك : ان كان من المكيلات ، فبالكيل ، أو من الموزونات فبالوزن ، أو من العدديات فبالعدد ، أو من الذرعيات فبالذراع يصير تقسيمه . ونصت المادة (١١٤٨) مجلة على أنه : حيث كانت العرصة والأراضي من الذرعيات ، فتقسم بالذرع ، أما ماعليها من الأشجار والأبنية ، فيقسم بتقدير القيمة .

تعديل القسمة بالنقود :

أجاز الشافعية والحنابلة كما بينا تعديل القسمة بالقيمة والنقود في غير الأموال المثلية ، مما لايقبل الافراز ، كأرض تختلف قيمة أجزائها(١) .

أما الحنفية فلم يجيزوا في قسمة التقاضي قسمة تفريق ادخال النقود (الدراهم والدنانير) في القسمة ، إلا بتراضي الشركاء فيما بينهم ، لأن القسمة تجري في المشترك والمشترك بينهما العقار ، لا النقود ، فلو كان بين اثنين دار ، وأرادا قسمتها ،

---

(١) بجيرمي الخطيب : ٣٤٣/٤ ، كشاف القناع : ٣٧٢/٦ .

وكان في أحد الجانبين فضل بناء ، فاراد أحدهما أن يكون عوض البناء دراهم ، وأراد الآخر أن يكون عوضه عن الأرض ، فإنه يجعل عوضه من الأرض ، ولا يكلف الذي وقع البناء في نصيبه أن يرد دراهم بدلاً عن الزيادة ، إلا بالتراضي ، لما في القسمة من معنى المبادلة ، فيجوز دخول الدراهم فيها بالتراضي دون جبر القاضي ، إلا إذا تعلر ، فحينئذ للقاضي التعديل بالدراهم ، للضرورة(١) .

نماذج من القسمة : أبان الفقهاء أهم حالات القسمة ، وهي كيفية قسمة الدور ، والأرض والبناء ، والدار والضيعة (الأرض العرصة غير المبنية) ، والدار والحانوت والسفل والعلو ، والطريق .

المطلب الأول – قسمة الدور :

اتفق الحنفية(٢) : على أنه إذا كانت الدور المشتركة في بلدين ، فلا تجتمع في القسمة ، وتقسم دار كل بلد على حدة .

أما إذا كانت الدور المشتركة في بلد واحد ، فتقسم أيضاً عند أبي حنيفة كل دار على حدتها ، لأن الدور أجناس مختلفة ، لاختلاف المقاصد باختلاف المحال (المواقع) والجيران ، والقرب من المسجد والماء والسوق مثلاً ، فلا يمكن التعديل في القسمة وإنما تقسم قسمة تفريق ، ولايضم بعض الأنصبة إلى بعض ، إلا إذا تراضوا. وهذا هو الصحيح عند الحنفية .

وقال الصاحبان : الرأي في هذه القسمة (وهي قسمة التقاضي) إلى القاضي ، يفعل مايراه الأصلح ، فإن وجد الأصلح للشركاء في قسمة جمع ، بأن يجمع حصة كل شريك في دار ، فعل ، وإن وجد الأصلح في قسمة التفريق بأن يقسم كل دار على حدة ، فعل ، لأن الدور – في رأيهما – من جنس واحد من حيث الاسم

---

(١) تكملة الفتح : ١٥/٨ ، تبيين الحقائق : ٢٧١/٥ ، اللباب : ١٠١/٤ ، البدائع ١٩/٧ ، م (١١٤٩) مجلـــة .

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

والصورة ، وأصل السكن ، فيفوض الأمر إلى القاضي لاختيار الأصلح من القسمة: قسمة الجمع أو قسمة تفريق .

وهذا الخلاف بين الإمام وصاحبيه جار في قسمة الدار الواحدة . فعند الإمام : لاتقسم قسمة جمع إلا بالتراضي . وعند الصاحبين : يفوض الأمر إلى القاضي ، ليحقق المصلحة والعدل في اختيار نوع القسمة .

وأما البيوت (الغرف) فتقسم باتفاق الحنفية قسمة جمع ، سواء أكانت متباينة أم متلاصقة ، لتقاربها في معنى السكنى(١) .

والشافعية يرون أن الدار المختلفة الأبنية تقسم قسمة تعديل بالقيمة ، لاختلاف الأغراض باختلاف المحال والأبنية(٢) .

وكذلك قال المالكية : تقسم الدور بالتراضي ، أو بالسهام على أن تعدل بالقيمة(٣) ولا تقسم الحمام والبئر والرحى والحائط المشترك إلا بتراضي الشركاء ، باتفاق الحنفية منعاً للضرر بكل شريك .

المطلب الثاني – الأرض والبناء :

إذا كان المال المشترك أرضاً عليها بناء ، ففي كيفية قسمتها أقوال ثلاثة عند الحنفية(٤) .

---

(١) يتلخص مذهب الحنفية بما يلي : قال في الدرر : ههنا أمور ثلاثة : الدور ، والبيوت ، والمنازل ، فالدور متلازمة كانت أو متفرقة : لا تقسم قسمة واحدة الا بالتراضي . والبيوت تقسم مطلقا لتقاربها في معنى السكنى ، والمنازل : ان كانت مجتمعة في دار واحدة ، متلاصقا بعضها ببعض ، قسمت قسمة واحدة ، اي قسمة جمع ، والا فلا ، لان المنزل اصغر من الدار ، واكبر من البيت ، ففيه بيتان او ثلاثة ، والبيت مسقف واحد له دهليز ، فالحقت المنازل بالبيوت اذا كانت متلاصقة ، وبالدور اذا كانت متباينة . وقال الصاحبان في كل ما ذكر : ينظر القاضي الى اعدل الوجوه ، ويمضي على ذلك . هذا رأي متقدمي الحنفية . وقال متاخرو الحنفية : لعل هذا في زمانهم ، والا فالمنازل والبيوت ، ولو من دار واحدة تتفاوت تفاوتا فاحشا في زماننا (رد المحتار : ١٨٤/٥ اللباب : ٩٩/٤) .

(٢) بجيرمي الخطيب : ٣٤٤/٤ .

(٣) بداية المجتهد : ٣٦٢/٢ .

(٤) تكملة الفتح : ١٥/٨ .

١ – قال أبو حنيفة : تقسم الأرض بالمساحة ، لأنه هو الأصل في المسوحات ، ثم يرّد من وقع البناء في نصيبه ، أو من كان نصيبه أجود ، دراهم ، على الآخر ، حتى يساويه ، فتدخل الدراهم في القسمة ضرورة ، لأن قسمة التقاضي جبراً لايدخل فيها النقود في أصل مذهب الحنفية ، وهنا دخلت للضرورة ، كما في ولاية الأخ على أخيه الصغير ، ليست له عليه ولاية مالية ، ولكن إذا زوجه ، ملك تسمية الصداق ، لضرورة الترويج . وهذا الرأي يتفق مع قسمة الرد عند الشافعية .

– وقال أبويوسف : تقسم الأرض والبناء ، باعتبار القيمة ، لأنه لايمكن اعتبار المعادلة إلا بالتقويم . وهذا يتفق مع رأي الشافعية في قسمة التعديل .

٣ – وقال محمد : يرد الشريك على شريكه بمقابلة البناء ، مايساويه من العرصة (الأرض)(١) وإذا بقي فضل ، ولم يمكن تحقيق التسوية ، بأن كانت العرصة لاتفي بقيمة البناء ، فيرد على شريكه دراهم بمقدار الفضل (الزيادة) ، لأن الضرورة تقدر بقدرها ، وهي هنا في هذا المقدار ، فلا يترك الأصل (وهو التقسيم باعتبار المساحة) إلا بمقدار الضرورة الحاصلة .

المطلب الثالث – الدار والضيعة ، والدار والحانوت :

الضيعة : أرض غير مبنية ، والحانوت : الدكان .

إذا كان المال المشترك داراً مع ضيعة ، أو داراً مع حانوت ، قسم القاضي كلا منها على حدة ، قسمة تفريق ، لا قسمة جمع ، لأنها أجناس مختلفة ، أو في حكم الأجناس المختلفة . ومثل الدور : الأقرحة جمع قراح : وهي قطعة من الأرض على حيالها ، لاشجر فيها ولا بناء .

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

---

(١) العرصة : بسكون الراء : كل بقعة بين الدور واسعة ليس فيها بناء .

(٢) تكملة الفتح : ١٢/٨ ، تبيين الحقائق : ٢٧٠/٥ ، الدر المختار ورد المحتار : ٥/٧٣٥ ، اللباب : ٩٦/٤ ، البدائع : ٢٢/٧ ، م (١١٤٨) مجلة .

المطلب الرابع ـ السفل والعلو :

إذا كان الذي يراد قسمته ، بعضه سفل ليس فوقه علو ، أو فوقه علو للغير ، وبعضه علو لاسفل له ، بأن كان السفل للغير ، وبعضه سفل له علو ، وكل ذلك في دار واحدة ، أو في دارين ، قوّم كل واحد من السفل والعلو على حدته ، وقسم بواسطة القاضي بالقيمة ، ولايعتبر غير ذلك ، لأن كلا منهما يصلح لما لايصلح له الآخر ، فصارا بمثابة جنسين مختلفين ، وهذا يقتضي القسمة بالقيمة ، ليتحقق التعديل .

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

وقال الشيخان (أبو حنيفة وأبو يوسف) : يقسم ذلك بالذّرْع ، لأن السفل والعلو من المذروعات . ثم اختلفا في كيفية تلك القسمة ، فقال أبو حنيفة : ذراع من السفل بذراعين من العلو . وقال أبويوسف : ذراع بذراع . ثم قيل : كل منهما على عادة أهل عصره (١) .

وقال الحنابلة(٢): إن كان بين الشريكين دار لها علو وسفل ، فطلب أحدهما قسمها ، لأحدهما العلو وللآخر السفل،فلا اجبار . أو طلب أحد الشريكين قسمة السفل دون العلو أو عكسه ، فلا اجبار أيضاً ، لأن كل واحد منهما مسكن منفرد ، ولأن أحدهما قد يتضرر بالقسمة .

ولو طلب أحدهما قسمة كل من العلو والسفل على حدة ، فلا اجبار أيضاً ، لما فيه من الضرر .

ولو طلب أحدهما قسمة العلو والسفل معاً ، ولاضرر ، ولا رد عوض ، وجب قبول القسمة ، وأجبر الممتنع ، وعدل بالقيمة ، لأنه أحوط ، أي كما هو المفتى به عند الحنفية .

---

(١) تكملة الفتح : ١٧/٨ ، تبيين الحقائق : ٢٧٢/٥ ، اللباب : ١٠٢/٤ ، الدر المختار : ١٨٥/٥ .

(٢) كشاف القناع : ٢٦٧/٦ .

ولا يجعل ذراع سفل بذراعي علو ، ولا عكسه ، ولا ذراع بذراع ، إلا أن يتراضى الشريكان على ذلك .

المطلب الخامس – قسمة الطريق :

قد تثور عدة مشكلات في شأن قسمة الطريق منها :

أولاً – مصير الطريق ونحوه من الارتفاقات :

لو قسم القسّام الدار المشتركة بين الشريكين ، ولاحدهما مسيل ماء في ملك الآخر ، أو طريق أو نحوه ، ولم يتفق على ذلك في القسمة(١) :

آ – فإن أمكن صرف ذلك الطريق والمسيل عن نصيب شريكه ، وجب التحويل والصرف ، فليس له بعدئذ أن يستطرق ، ويسيل في نصيب الشريك الآخر ، لأنه أمكن تحقيق القسمة من غير ضرر .

ب – وإن لم يمكن ذلك فسخت القسمة ، لأنها مختلة ، لبقاء الاختلاط بين الحصص ، فتستأنف القسمة .

ثانياً – اختلاف الشركاء في إلغاء الطريق :

لو اختلف الشركاء حول إلغاء الطريق بينهم في القسمة ، نظر الحاكم في أمره .

آ – فإن كان يستقيم أن يفتح كل واحد منهم طريقاً في نصيبه ، قسم الحاكم بينهم من غير طريق مشترك بينهما ، ويلغي الطريق ، تكميلاً للمنفعة ، وتحقيقاً للافراز من كل وجه .

ب – وإن كان لايستقيم ذلك ، شق طريقاً مشتركاً بينهم ، ليتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق(٢) .

---

(١) تبيين الحقائق : ٢٧١/٥ وما بعدها ، تكملة الفتح : ١٥/٨ وما بعدها ، اللباب : ١٠٢/٤ ، الدر المختار : ١٨٥/٥ ، م (١١٤٣ – ١١٤٤ – ١١٦٩) مجلة .

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

ثالثاً ـ اختلاف الشركاء في مقدار الطريق :

إذا اختلف الشركاء في مقدار عرض الطريق :

آ ـ ففي طريق الدار : يجعل عرض الطريق ، بمقدار عرض باب الدار وارتفاعه حتى يتمكن كل واحد منهم من اخراج جناح أو إقامة شرفة في نصيبه ، إن كان فوق الباب ، لا فيما دونه ، لأن في ذلك القدر كفاية في الدخول ، وفي السلوك ، أي المرور .

ب ـ وفي الطريق إلى الأرض : يترك بقدر ما يمر فيه حيوان ، لتحقق الكفاية به في المرور(١) .

رابعاً ـ تبعية الطريق للحصص :

الحق في الطريق بمقدار سهام المقتسمين ، كما كان عليه الحال قبل القسمة ، لأن القسمة تمت في غير الطريق ، فبقي الطريق مشتركاً كما كان قبل القسمة(٢) .

خامساً ـ التفاوت في مقدار حصة الطريق :

يجوز الاتفاق بين الشركاء على أن تتفاوت حصص الشركاء في الطريق ، وإن كانت سهامهم في الدار أو الأرض متساوية ، كأن تكون النسبة في الطريق أثلاثاً ، وفي الدار ونحوها مناصفة ، لأن القسمة مع التفاوت أو التفاضل جائزة بالتراضي ، في غير الأموال الربوية(٣) .

المبحث الخامس ـ القاسم

تعيينه ، وشروطه ، وأجرته ، وتعدد القسام .

أولاً ـ تعيين القاسم : القاسم : هو الذي يمارس القسمة . وقد يتولى الشركاء

---

(١) المرجعان السابقان ، الدر المختار : ٥/١٨٥ ، البدائع : ٧/٣٩ .
(٢) المراجع السابقة .
(٣) المراجع السابقة .

أنفسهم بالتراضي إجراء القسمة إلا إذا كان فيهم صغير فيحتاج إلى أمر القاضي ، لأنه لا ولاية لهم عليه ، وقد يعينون وكيلاً عنهم ، وهو الغالب ، وقد يعينه القاضي. ويندب للإمام أو للقاضي تعيين قاسم دائم ، يُرزق من بيت المال ، ليقسم بلا أخذ أجر ، وهو أحب وأولى ، لأنه أرفق بالناس وأبعد عن التهمة ، ولأن القسمة من جنس عمل القضاء ، لأن به يتم فصل الخصومة وقطع المنازعة ، ونفعه يعم الناس ، فتكون كفايته في مالهم ، غرما بالغنم .

فإن لم يعين قاسم دائم ، عين القاضي قاسماً يقسم بأجر المثل على حساب المتقاسمين ، لأن النفع عائد لهم على الخصوص ، وبقدر أجر مثله ، كيلا يتحكم بطلب الزيادة عن المثل ، كما أنه لا يجبر القاضي الناس على قاسم واحد ، لأنه لو تعين لتحكم أيضاً بالزيادة على أجر مثله . ولا يترك القاضي القسّام يشتركون (تكوين شركة مثلاً) كيلا يتواضعوا على مغالاة الأجر ، فيتضرر الناس(١) ، فإن كونوا نقابة على النحو الحديث باشراف الحاكم جاز ذلك ، لأن الحاكم يوافق على نظام النقابة ، ويمنع المغالاة .

ثانياً ـ شروط القاسم : اشترط الحنفية استحباباً وندباً في القاسم شروطاً هي ما يأتي(٢) :

١ ـ أن يكون عدلاً أميناً عالماً بالقسمة ، لأنه لو كان غير عدل ، خائناً أو جاهلاً بأمور القسمة يخاف منه الجور في القسمة لايجوز .

٢ ـ أن يكون معيناً من القاضي ، لأن قسمة غيره لاتنفذ على الصغير والغائب ، ولأنه أجمع لشرائط الأمانة .

٣ ـ المبالغة في تعديل الأنصباء ، والتسوية بين السهام ، بأقصى الامكان لئلا يدخل القصور في سهم .

---

(١) كفاية الفتح : ٨/٥ ، الدر المختار : ١٧٩/٥ ، تبيين الحقائق : ٣٦٥/٥ ، اللباب : ٩١/٤ وما بعدها .

(٢) المراجع السابقة الهداية : ١٩/٧ ، ٣١ .

وينبغي ألا يدع القاسم حقاً بين شريكين غير مقسوم من الطريق والمسيل والشُّرب إلا إذا لم يمكن .

وينبغي ألا يضم القاسم نصيب بعض الشركاء إلى بعض ، إلا إذا رضو بالضم، لأنه يحتاج إلى القسمة ثانياً .

٤ ــ أن يقرع بين الشركاء بعد الفراغ من القسمة ، تطييباً للنفوس ولورود السنة بها(١) ، ولأن ذلك أنفى للتهمة .

واشترط الشافعية والحنابلة في القاسم المعين من قبل القاضي سبعة شروط وهي(٢):

الإسلام ، والبلوغ ، والعقل ، والحرية ، والذكورة ، والعدالة ، وعلم المساحة والحساب ، لأن علمهما آلة القسمة . وأضاف الشافعية اشتراط السمع والبصر والنطق والضبط ، إذ لابد من ذلك .

فإن كان القاسم كافراً أو فاسقاً أو جاهلاً بالقسمة ، لم تلزم القسمة إلا بتراضي الشركاء بها ، كما لو اقتسموا بأنفسهم .

هذا إذا كان القاسم معيناً من قبل القاضي ، فإن تراضى الشركاء بمن يقسم بينهم لم تشترط الشروط السابقة ، إلا التكليف ، لأنه وكيل عنهم .

ثالثاً ــ تعدد القسّام :

يصح إجراء القسمة بقاسم واحد أو أكثر ، وقال المالكيـة : يكفي في قسمة القرعة قاسم واحد، لأن مهمته الإخبار عن نتيجة الاقتراع ، كالقائف والطبيب والمفتي .

ويكتفى بقاسم واحد عند المالكية والشافعية والحنابلة إن لم يكن في القسمة تقويم لأن في قسمه كالحاكم في حكمه .

---

(١) روى احمد والشيخان من عائشة : « أن النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا اراد ان يخرج سفرا اقرع بين ازواجه ، فايتهن خرج سهمها ، خرج بها معه » ؛ (نيل الاوطار: ٦/٢١٧) .

(٢) بجيرمي الخطيب : ٤/٣٢٨ وما بعدها ، حاشية الباجوري : ٢/٣٥١ ؛ كشاف القناع : ٦/٣٧٢ ، المغني : ٩/١٢٦ .

فإن كان في القسمة تقويم : أي تقدير قيمة السلع المشتركة ، فلا بد فيها من التعدد عند هؤلاء الفقهاء . فلا تجوز بأقل من اثنين ؛ لأن التقويم شهادة بالقيمة ، ولا بد في الشهادة من اثنين(١) .

رابعاً ـ أجرة القاسم .

اتفق الفقهاء على أنه إذا كان القاسم معيناً من قبل القاضي ، فأجره (أو رزقه) من بيت مال المسلمين ، إذا كان فيه سعة ؛ لأن القسمة من جنس عمل القضاء ، ولأن منفعته تعم الناس كما بينا سابقاً .

وأما إن كان القاسم باختيار الشركاء في مقابل أجر ، فالأجر على الشركاء .

ويتم توزيع الأجرة عند أبي حنيفة ومالك على الشركاء بحسب العدد أو الرؤوس ، لأن الأجرة في مقابل العمل ، وهو تمييز الحصص ، والتمييز عمل واحد ؛ لأن تمييز القليل من الكثير هو بعينه تمييز الكثير من القليل فيتعلق الحكم بأصل التمييز ، وتعب القسام في تمييز النصيب اليسير كتعبه في تمييز الكبير ، وإذا لم يتفاوت العمل ؛ لاتتفاوت الأجرة .

وقال الصاحبان والشافعية والحنابلة : يتم توزيع الأجرة بقدر الحصص أو الأنصباء لأن العمل في الكثير أكثر منه في القليل ، ولأن الأجرة كالنفقة التي يحتاجها الملك ، فتقدر بقدر الملك ، ويؤيده أن أجرة الكيال والوزان بقدر الأنصباء إجماعاً ، وكذا سائر المؤن كأجرة الراعي والحمل والحفظ وغيرها(٢). وهذا في تقديري هو الأولى والأصح .

---

(١) الشرح الكبير : ٥٠٠/٣ ، الشرح الصغير : ٦٦٥/٣ ، بجيرمي الخطيب : ٢٢٩/٤ ، كشاف القناع : ٣٧٢/٦ وما بعدهـا .

(٢) البدائع : ١٩/٧ ، تكملة الفتح : ٥/٨ ، تبيين الحقائق : ٢٦٥/٥ ، الدر المختار : ١٧٩/٥ وما بعدها ، اللباب : ٩٢/٤ ، الشرح الكبير : ٥٠٠/٣ ، القوانين الفقهية : ص ٢٨٦ ، بجيرمي الخطيب : ٢٤٠/٤ ، كشاف القناع : ٣٧٢/٦ ، المغني : ١٢٦/٩ .

المبحث السادس ـ أحكام القسمة

للقسمة أحكام عامة . وأحكام خاصة في الاثبات .

المطلب الأول ـ أحكام القسمة العامة :

لقسمة الأعيان أحكام عامة . أهمها ما يأتي :

أولاً ـ لزوم القسمة :

القسمة من العقود اللازمة باتفاق الفقهاء(١). لايجوز نقضها ، ولا الرجوع فيها إلا بالطوارئ كما سنبين في حكم نقض القسمة . ولكن لبعض المذاهب تفصيل في مبدأ اللزوم :

قال الحنفية(٢) : تلزم قسمة التراضي وقسمة التقاضي بعد تمامها . فلا يجوز الرجوع عنها إذا تمت .

أما قبل التمام ، فكذلك تلزم قسمة التقاضي ، فلو قسم القاضي المال المشترك بين قوم ، فخرجت السهام كلها بالقرعة ، لا يجوز لهم الرجوع ، وكذا لا رجوع إذا لم تتم القسمة . كأن خرج بعض السهام دون بعض .

وأما قسمة التراضي : فيجوز للشركاء الرجوع عنها قبل تمامها ، لأن قسمة التراضي لاتتم إلا بعد خروج السهام كلها . كما هو الشأن في كل عقد كالبيع مثلاً ، يجوز الرجوع عنه قبل تمامه .

إلا أنه إذا خرج جميع السهام إلا واحداً ، لم يجز الرجوع في قسمة التقاضي ، لصيرورة ذلك السهم متعيناً لمن بقي من الشركاء أو لتعيين نصيب ذلك الواحد .

---

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

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

وأطلق المالكية القول باللزوم فقالوا : ولزم ما خرج بالقسمة . فليس لأحدهم نقضها ، وكذا يلزم الشريك في قسمة التراضي . فمن أراد الفسخ لم يكن منه (١) .

وقال الشافعية(٢) : تلزم قسمة الاجبار من غير تراضي ، ومن المعلوم أن قسمة الافراز والتعديل فيهما الاجبار ، وأما قسمة التراضي قسمة رد دون غيرها . فالأرجح عندهم أنه لابد من الرضا بها بعد خروج القرعة . ولا يلزم حكم القاسم إلا برضا الشركاء، لأنه لما اعتبر الرضا بالقسمة ابتداء. اعتبر بعد خروج القرعة .

والحنابلة(٣) كالشافعية : تلزم عندهم قسمة الإجبار . وفي قسمة التراضي عندهم وجهان كالشافعية، لكن الأرجح عندهم أنه إذا خرجت القرعة لزمت القسمة ، لأن القاسم كالحاكم ، وقرعته كالحاكم ، لأنه مجتهد في تعديل السهام كاجتهاد الحاكم في طلب الحق ، فوجب أن تلزم قرعته .

ثانياً – ثبوت حق الخيار في القسمة :

قال الحنفية(٤): القسمة ثلاثة أنواع : قسمة لايجبر الآبي . كقسمة الأجناس المختلفة ، وقسمة يجبر الآبي ، في ذوات الأمثال كالمكيلات والموزونات ، وقسمة يجبر الآبي في غير المثليات المتحدة الجنس . كالثياب من نوع واحد ، والبقر والغنم.

والخيارات ثلاثة : خيار شرط ، وخيار عيب ، وخيار رؤية.

١ – ففي قسمة الأجناس المختلفة . حيث لا يجبر الآبي بها : تثبت الخيارات كلها ، لأنها مبادلة من كل وجه ، فهي كالبيع .

٢ – وفي قسمة ذوات الأمثال كالمكيلات والموزونات ، حيث يجبر الآبي

---

(١) الشرح الصغير ، المكان السابق .
(٢) بجيرمي الخطيب : ٣٤٤/٤ ، المهذب ، المكان السابق .
(٣) المغني ، المكان السابق ، كشاف القناع : ٣٧٣/٦ .
(٤) حاشية الشلبي على تبيين الحقائق : ٢٦٥/٥ ، انظر البدائع : ٢٨/٧ ، م (١١٥٣ – ١١٥٥) مجلة .

عليها ، يثبت خيار العيب ، دفعاً للضرر والجور ، دون خيار الشرط والرؤية، إذ لافائدة في اثباتهما ، لعدم الضرر .

٣ ـ وفي قسمة القيميات ، غير المثليات ، كالثياب من نوع واحد ،وكالبقر والغنم ، حيث يجبر الآبي في متحد الجنس ، ولا يجبر في غير متحد الجنس ، كالغنم مع الإبل : يثبت خيار العيب دفعاً للضرر .

أما خيار الشرط والرؤية ، ففي ثبوتهما روايتان ، والصحيح منهما والذي عليه الفتوى : أنه يثبت .

والخلاصة : تثبت هذه الخيارات الثلاثة في تقسيم الأجناس المختلفة ، وفي قسمة القيميات المتحدة الجنس ، ويثبت خيار العيب دون خيار الشرط والرؤية في قسمة المثليات المتحدة الجنس .

وقال المالكية في الأرجح (١) : يثبت خيار العيب في قسمة المراضاة : (بأن يتراضيا على أن كل واحد يأخذ شيئاً مما هو مشترك بينهم ، يرضى به بلا قرعة) لأنها كالبيع .

وقال الحنابلة(٢) : إذا ظهر في نصيب أحد الشريكين عيب لم يعلمه قبل القسمة، فله فسخ القسمة ، أو الرجوع بأرش العيب لأنه نقص في نصيبه ،فملك ذلك كالمشتري .

واكتفى الشافعية بالنص على أن قسمة الإفراز تنقض في حال الحيف أو الغلط . وأما قسمة الرد أو التعديل فهي بيع(٣) ، أي يثبت فيها خيار العيب .

ثالثاً ـ آثار القسمة :

يترتب على القسمة الأحكام التالية(٤) :

---

(١) الشرح الصغير : ٦٦٢/٢ وما بعدها ؛ بداية المجتهد : ٢٦٧/٢ .
(٢) المغني : ١٢٨/٩ وما بعدها ، كشاف القناع : ٣٧١/٦ .
(٣) بجيرمي الخطيب : ٣٤٤/٤ .
(٤) البدائع : ٢٨/٧ ، مادة (١١٦٢) مجلة .

١ – يتعين نصيب كل شريك مستقلاً عن نصيب غيره ، فيملك حصته مستقلاً بعد القسمة .

٢ – يملك الشريك المقسوم له جميع التصرفات الثابتة لصاحب الملكية المطلقة، من بيع وإيجار ورهن ، وبناء وهدم ، ونحو ذلك .

٣ – لاتثبت الشفعة في القسمة ، لأن حق الشفعة في المبادلة المحضة ، والقسمة مبادلة من وجه ، فلا تحتمل الشفعة .

والظاهر أن هذا الحكم متفق عليه في المذاهب(١) .

رابعاً – نقض القسمة :

تنقض القسمة بالإقالة أو بالتراضي على فسخها .

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

١١ – ظهور دين على الميت : إذا وقعت القسمة ، ثم ظهر دين على الميت يحيط بالتركة المقسومة ، تفسخ القسمة ، إذا لم يكن للميت مال سواه ، إلا إذا قضى الورثة الدين ، أو أبرأ الغرماء الدائنون ذمم الورثة ، أوبقي من التركة مايفي بالدين لزوال المانع من لزوم القسمة ، فتمضي القسمة على ماهي عليه .

والدليل على مسوغ الفسخ بهذا السبب : قوله تعالى : « من بعد وصية يوصى بها ، أودين » ، ولأن الدين إذا كان محيطاً بالتركة (مستغرقاً) ،تبين أنه لامِلك للورثة فيها ، بل هي ملك للميت يتعلق بها حق الغرماء ، وقيام ملك الغير في المحل المقسوم، يمنع صحة القسمة .

---

(١) المهذب : ٢/٢٠٦ ، المغني : ٩/١٢١ .

وإذا لم يكن الدين محيطاً بالتركة ، بقي للغرماء حق الاستيفاء ثابتاً في قدر الدين من التركة ، على الشيوع ، فيمنع نفاذ القسمة(١)

وهذا الرأي عندي هو الأرجح ، رعاية لحقوق الدائنين .

وقال الحنابلة(٢) : لاتبطل القسمة بظهور دين على الميت ، لأن تعلق الدين بالتركة لايمنع صحة التصرف فيها ، لأنه تعلق بها بغير رضا الورثة .

وقال الشافعية(٣): إذا ظهر دين على الميت ، فإن قالوا : القسمة : تمييز الحقين لم تنقض القسمة . وإن قالوا : إنها بيع ، ففي نقضها وجهان : في وجه أنها تنقض لتعلق حق الغير بالمال . وفي وجه : لا تنقض إذا قضى الوارث الدين .

٢ ــ ظهور وارث آخر أو موصى له في قسمة التراضي : إذا تمت القسمة ، ثم ظهر وارث آخر ، أو موصى له بالثلث أو الربع مثلاً ، نقضت القسمة ، لأن الوارث ، والموصى له شريك الورثة .

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

٣ ــ ظهور غبن فاحش :

إذا حدثت القسمة ، ثم تبين فيها غبن فاحش : وهو الذي لايدخل تحت تقويم المقومين ، كأن قوّم المال بألف وهو لايساوي خمسمائة ، فسخت قسمة التقاضي باتفاق الحنفية ، لأن تصرف القاضي مقيد بالعدل ولم يوجد . وتفسخ أيضاً قسمة التراضي في الأصح ، لأن شرط جوازها المعادلة ، ولم توجد ، فوجب نقضها.

---

(١) البدائع : ٢٠/٧ ، الدر المختار : ١٨٢/٥ ، تكملة الفتح : ٣٦/٨ ، م (١١٦١) مجلة .
(٢) المغني : ١٢٩/٩ .
(٣) المهذب : ٢١٠/٢ ، وانظر : ٣٣٧/١ .
(٤) البدائع : ٢٠/٧ ، رد المحتار : ١٨٢/٥ .

وتسمع دعوى الغبن الفاحش إن لم يقر المدعي باستيفاء حقه ، فإن أقر باستيفاء حقه لاتسمع دعوى الغبن . أو الغلط للتناقض بين الإقرار والادعاء .

ولا تسمع دعوى الغبن اليسير الذي يدخل تحت تقويم المقومين ، ولاتقبل بينته(١) .

وتنقض القسمة بالغبن الفاحش أو الجور متفق عليه بين الفقهاء(٢) . إلا أن الشافعية فصلوا في الأمر . كما سنبين في حالة الغلط .

٤ – وقوع غلط في المال المقسوم :

إذا ادعى أحد الشركاء بعد القسمة أن شيئاً من نصيبه وقع في يد صاحبه غلطاً ، وكان قد أقر أو أشهد على نفسه باستيفاء حقه(٣) . لم يصدق على ذلك الذي يدعيه ، إلا ببينة (اقرار الخصم أو نكوله) . لأنه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها ، فلا يصدق إلا بحجة ، ولايكون متناقضاً لأنه اعتمد على فعل الأمين ، ثم ظهر غلطه .

فإن لم يكن له بينة . استحلف الشركاء . فمن نكل منهم ، جمع بين نصيبه ونصيب المدعي . فيقسم بينهما على قدر أنصبائهما ، لأن النكول حجة في حقه خاصة . فيعاملان على زعمهما .

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

وإن قال : (أصابني إلى موضع كذا ، فلم تسلم إلي) ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء . وكذبه شريكه . تحالفا . وفسخت القسمة ، لاختلافهما في نفس القسمة ، فإنهما اختلفا في قدر ماحصل بالقسمة . فأشبه الاختلاف في قدر المبيع .

---

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

(٢) الشرح الصغير : ٦٧٧/٢ ، بجيرمي الخطيب : ٢٤٤/٤ ، المغني : ١٢٧/٩ .

(٣) الاستيفاء : عبارة عن قبض الحق بكامله .

وإن قال : «استوفيت حقي» . ثم قال «أخذت بعضه» فالقول قول خصمه مع يمينه ، لأنه يدعي عليه الغصب ، وهو منكر ، فالقول قول المنكر(١) .

والقول بنقض القسمة في حال ادعاء الغلط ، واثباته بالبينة ، محل اتفاق أيضاً بين الفقهاء(٢) . إلا أن الشافعية قالوا :

لو ثبت بحجة (شاهدي عدل أو رجل وامرأتين ، أوشاهد ويمين) غلط أوحيف في قسمة اجبار أو قسمة تراض ، وهي بالافراز (أو الأجزاء) ، نقضت القسمة بنوعيها . فإن لم تكن بالأجزاء بأن كانت بالتعديل أو الرد ، لم تنقض ، لأنها بيع . وإن لم يثبت ذلك ، فللمدعي تحليف شريكه .

٥ ــ استحقاق بعض المال المقسوم :

إذا ظهر مستحق في المال المقسوم ، فله صور ثلاثة عند الحنفية(٣) :

آ ــ لو كان المستحق بعضاً شائعاً في كل المقسوم ، كالخمس أو الربع ، فسخت القسمة باتفاق الحنفية ، لعدم تحقق معنى الافراز والتمييز .

ب ــ ولو كان المستحق بعضاً معيناً من نصيب أحد الشركاء ، لم تفسخ القسمة باتفاق الحنفية ، لأن الاستحقاق ، لما ورد على جزء معين ، لم يظهر أن المستحق كان شريكاً في المال ، فلا تبطل القسمة ، لكن يرجع المستحق على صاحبه بقدر مايخصه من الجزء المستحق ، إذ تبين أنه لم يكن ملكه ، فيرده .

جـ ــ ولو كان المستحق بعضاً شائعاً في أحد النصيبين ، لم تفسخ القسمة جبراً على المستحق منه عند أبي حنيفة ومحمد ، وإنما يخير المستحق ، بين أن يرجع بحصة

---

(١) تكملة الفتح : ٢٠٧/٨ وما بعدها ، الدر المختار : ١٨٦/٥ ، تبيين الحقائق : ٢٧٣/٥ ، اللباب : ١٠٣/٤ وما بعدها ، البدائع : ٣٦/٧ .

(٢) المراجع السابقة ذ رقم (٢) في الصفحة السابقة .

(٣) تكملة الفتح : ٢٣/٨ وما بعدها ، تبيين الحقائق : ٢٧٤/٥ ، الدر المختار : ١٨٦/٥ وما بعدها ، اللباب : ١٠٦/٤ ، م (١١٢٥) مجلة .

ذلك في نصيب صاحبه ، وبين أن يفسخ ، لأنه بالاستحقاق ظهر أن القسمة لم تصح في القدر المستحق فقط .

وقال أبو يوسف : تفسخ القسمة ، لأنه بالاستحقاق تبين أن للشركاء شريكاً آخر ، ولو كان هناك شريك ، لم تصح القسمة ، كما في استحقاق بعض شائع في النصيبين .

أما الشافعية والحنابلة ، فقالوا(١): إن استحق من حصة أحد الشريكين شيء معين لغيرهما ، بأن اختص به أحدهما ، أو أصابه منه أكثر من نصيب الآخر ، بطلت القسمة ، لاحتياج أحدهما إلى الرجوع على الآخر بسبب عدم تحقق التعديل بين الأنصباء .

وإن كان البعض المستحق مقسوماً بين الشريكين بالسوية ، كأن اقتسما أرضاً ، فاستحق من حصتهما معاً قطعة معينة على السواء في الحصتين ، لم تبطل القسمة فيما بقي من الأرض ، لأن القسمة افراز حق كل واحد منهما ، وقد أفرز .

وإن استحق بعض المال المقسوم شائعاً في الحصتين أو في أحدهما ، بطلت القسمة فيه ، لا في الباقي عند الشافعية في الأصح ، عملاً بمبدأ تفريق الصفقة .

وبطلت القسمة في الجميع عند الحنابلة ، لأن المستحق شريك ثالث ، وقد اقتسم المال من غير حضوره ، ولا إذنه ، وذلك سواء في قسمة التراضي أو الاجبار ، ولأن القصد من القسمة تمييز الحقين ، ولم يحصل . وبه يتفق الحنابلة مع رأي أبي حنيفة ومحمد .

المطلب الثاني ــ الأحكام الخاصة بالالبات :

هناك أحكام خاصة بالقسمة متعلقة بكيفية فض النزاع بين المتقاسمين إذا اختلفوا

---

(١) المهذب : ٣٠٩/٢ ، بجيرمي الخطيب : ٣٤٤/٤ ، المغني : ١٢٨/٩ ، كشاف القناع : ٣٧٦/٦ .

في بعض الأمور ، مثل الاختلاف حول الحدود ، أو تقويم الغبن ، أو بقاء بعض الحق في يد الشريك الآخر ، وذلك إذا تعارضت أدلة الاثبات .

أولاً ـ الاختلاف في الحدود :

إذا اختلف المتقاسمان في الحدود ، فادعى كل واحد منهما بيتاً في يد صاحبه لدخوله في حده ، بعد القسمة ، وأقام كل منهما البينة على دعواه ، قضي لكل واحد بالجزء الذي في يد صاحبه ، لأنه خارج ، وبينة الخارج ترجح على بينة ذي اليد .

وإن أقام أحدهما بينة على أن بيتاً في يد صاحبه أصابه بالقسمة وأنكر الآخر قضي له بالبينة . وإن لم تقم لأحدهما بينة ، تحالفا ، وترادا كما في البيع (١) ، وتفسخ القسمة (٢) .

ثانياً ـ الاختلاف في تقويم الغبن :

إذا اختلف المتقاسمان في تقويم الغبن ، فاما أن يكون يسيراً أو فاحشاً .

آ ـ فإن كان الغبن يسيراً : وهو الذي يدخل تحت تقويم المقومين ، لم يلتفت للادعاء ، سواء أكانت القسمة بالتراضي ، أو بقضاء القاضي ، لأن الاحتراز عن مثله عسير جداً .

ب ـ وإن كان الغبن فاحشاً : وهو الذي لايدخل تحت تقويم المقومين ، فإن كانت القسمة بقضاء القاضي ، فسخت ، لأن الرضا لم يوجد من المتقاسمين ، وتصرف القاضي مقيد بالعدل ، ولم يوجد . وإن كانت القسمة بالتراضي ، لم يلتفت للادعاء ، لأن القسمة في معنى البيع ، ودعوى الغبن فيه من المالك لاتوجب نقضه .

---

(١) روى عبد الله بن احمد في زيادات المسند من طريق القاسم بن عبد الرحمن عن جده حديثا بلفظ « اذا اختلف المتبايعان ، والسلعة قائمة ، ولا بينة لاحدهما ، تحالفا » (نيل الاوطار : ٢٢٤/٥) .

(٢) البدائع : ٢٦/٧ ، تكملة الفتح : ٢٢/٨ وما بعدها ، تبيين الحقائق : ٢٧٤/٥ ، الدر المختار : ١٨٦/٥ .

أما البيع من غير المالك كبيع الأب والوصي ، فإنه ينقض بالغبن الفاحش(١) .

ثالثاً – الاختلاف في استيفاء النصيب :

إذا اختلف المتقاسمان بعد القسمة ، فأنكر بعض الشركاء استيفاء نصيبه ، وادعى أن بعضه في يد صاحبه ، وأنكر الآخر .

آ – فإن شهد قاسمان أو أكثر باستيفاء المدعي حقه ، تقبل شهادتهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف ؛ لأنهما شهدا على فعل غيرهما ، وهو القبض ، لا على فعل أنفسهما ، لأن فعلهما هو التمييز ، ولاحاجة للشهادة عليه .

وقال محمد : لاتقبل شهادتهما ، لأنهما يشهدان على فعل أنفسهما ، لأن فعلهما التمييز .

ب – وإن شهد قاسم واحد باستيفاء الحق ، لاتقبل شهادته ؛ لأن شهادة الفرد الواحد لاتقبل على غيره(٢) .

---

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

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

الفصل الثاني

قسمة المنافع أو المهايأة

فيه مباحث خمسة :

المبحث الأول – تعريف قسمة المهايأة ، ومشروعيتها

المبحث الثاني – محل المهايأة .

المبحث الثالث – صفة المهايأة .

المبحث الرابع – أنواع المهايأة .

المبحث الخامس – مايملكه كل شريك من التصرف بعد اتفاق المهايأة .

المبحث الأول – تعريف المهايأة ومشروعيتها :

أولاً – تعريف المهايأة : المهايأة في اللغة : مفاعلة من الهيئة ، وهي الحالة الظاهرة للمتهيء للشيء ، فكل من الشريكين يرضى بهيئة واحدة ، ويختارها . أو أن الشريك الثاني ينتفع بالعين على الهيئة التي ينتفع بها الشريك الأول ، فهي لغة :

أن يتواضع الشريكان على أمر ، ويتراضيا به . والمهايأة فقهاً : هي عبارة عن قسمة المنافع(١) .

وعرفها المالكية(٢): بأنها اختصاص كل شريك عن شريكه في شيء متحد كدار ، أو متعدد كدارين ، بمنفعة شيء متحد أو متعدد في زمن معلوم . وبناء عليه : تعين الزمن شرط ، إذ به يعرف قدر الانتفاع ، وإلا فسدت المهايأة .

ثانياً – مشروعيتها : المهايأة جائزة استحساناً للحاجة إليها ، إذ قد يتعذر الاجتماع على الانتفاع . ومحلها : منافع الأعيان المشتركة التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها . ولا تبطل بموت الشريكين ولا بموت أحدهما . ولو طلب أحدهما القسمة أعياناً بطلت (٣) .

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

أما القرآن : فقوله تعالى حكاية عن قسمة مهايأة ناقة صالح عليه السلام : « هذه ناقة لها شِرْب ، ولكُم شِرْب يوم معلوم » وهو المهايأة بعينها .

وأما السنة : فوقائع منها : أنه صلى الله عليه وسلم قسم في غزوة بدر كل بعير من الأبعرة السبعين بين ثلاثة نفر ، وكانوا يتعاقبون على ركوبه(٥) .

---

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

(٢) الشرح الصغير : ٦٧٠/٣ .

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

(٤) الهداية مع تكملة الفتح : ٢٧/٨ .

(٥) سيرة ابن هشام : ٦١٢/١ .

المبحث الثاني – محل المهايأة :

محل المهايأة : المنافع دون الأعيان ، لأنها قسمة المنفعة دون العين ، فكان محلها المنفعة دون العين .

وعلى هذا : لو اتفق اثنان على أن يسكن أحدهما في قسم من دار ، والآخر في القسم الباقي أو على أن يسكن أحدهما العلو ، والآخر السفل ، صح ، وله إجارته وأخذ غلته . وكذا تجوز المهايأة في الأراضي المشتركة .

أما لو تهايئا في نخل أو شجر بين شريكين ، على أن يأخذ كل واحد منهما جزءاً يستثمره ، لايجوز ، أو تهايئا في الغنم المشتركة على أن يأخذ كل واحد منهما عدداً معيناً منها ، وينتفع بألبانها ، لايجوز ، لأن المهايأة عقد يرد على قسمة المنافع ، والثمر واللبن عين ، فلا يصلح محلا للمهايأة ، وهذا متفق عليه بين الفقهاء(١) .

وقال الشافعية : ولاتصح قسمة الديون في الذمم ولو بالتراضي ، وكل من أخذ منها شيئاً لايختص به . ونصت المادة (١١٧٥) من المجلة على أن « المهايأة لاتجري في المثليات ، بل في القيميات ، ليكون الانقطاع بها ممكناً حال بقاء عينها» .

المبحث الثالث – صفة المهايأة :

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

قال الحنفية(٢) : المهايأة بالتراضي زماناً أومكاناً : عقد غير لازم ، فلو طلب أحد الشريكين من الحاكم المهايأة ، والآخر القسمة ، يجاب الثاني ، لأن قسمة

---

(١) البدائع : ٢٢/٧ ، تبيين الحقائق : ٢٧٧/٥ ، القوانين الفقهية : ص ٢٨٥ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٤٩٨/٣ ، الشرح الصغير : ٦٦٠/٣ وما بعدها ، بجيرمي الخطيب : ٣٤٥/٤ ، المغني : ١٣٠/٩ ، كشاف القناع : ٣٦٧/٦ .

(٢) البدائع : ٢٢/٧ ، الدر المختار ورد المحتار : ١٨٤/٥ ، ١٨٩ ، تبيين الحقائق : ٢٧٦/٥

العين أقوى من قسمة المنفعة ؛لأن في الأولى تجتمع المنافع في وقت واحد ، وفي الأخرى تجتمع على التعاقب(١)

وبناء عليه تكون المهايأة عقداً جائزاً محتملاً الفسخ ، كسائر العقود الجائزة، تفسخ ولو بغير عذر ، ولاتبطل المهايأة بموت أحد الشريكين أو بموتهما ، بخلاف الإجارة ، لأنها لو بطلت أي المهايأة أعادها القاضي للحال أي استأنفها حالاً ، ولافائدة في الاستئناف ، كما لافائدة في الانقضاء والابطال ، لأنه يجوز لكل واحد فسخها ، بغير رضا الآخر .

أما المهايأة بالتقاضي : فهي عقد لازم ، كما أوضح ابن عابدين ، فلا يجوز لكل من الشريكين نقضها بلا عذر ، مالم يصطلحا .

وقال الشافعية(٢) : المهايأة عقد غير لازم ، لكل من الشريكين الرجوع عنها متى شاء ، ولا اجبار فيها من القاضي .

وكذلك قال الحنابلة(٣) : لاتلزم المهايأة ، فمتى رجع أحد الشريكين عنها ، انقضت المهايأة . والمهايأة معاوضة لايجبر عليها كالبيع . ولو طلب أحدهما القسمة كان له ذلك ، وانتقضت المهايأة أي كما قال الحنفية .

أما المالكية فقالوا(٤) : وتلزم المهايأة كالإجارة ، فهي من العقود اللازمة ، فليس لأحدهما فسخها ، فإذا تراضيا على شيء وقعت صحيحة ، لاتفسخ إلا برضاهما أو برضاهم إن كانوا جماعة .

المبحث الرابع – أنواع المهايأة :

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

---

(١) انظر المادة (١١٨٢) مجلة الآتي نصها في الحاشية التالية .
(٢) بجيرمي الخطيب : ٤/٣٤٥ .
(٣) المغني : ٩/١٢٠ .
(٤) بداية المجتهد : ٢/٣٦٦ ، القوانين الفقهية : ص ٢٨٥ .

التقسيم الأول ـ المهايأة من حيث الرضا والجبر :

تقسم المهايأة بهذا الاعتبار إلى نوعين : مهايأة بالتراضي ، ومهايأة بالتقاضي.

١ ـ **المهايأة بالتراضي** : هي أن يتفق شخصان على كيفية الانتفاع بالشيء المشترك بينهما ، على طريق التعاقب أو التناوب زماناً أو مكاناً . وهي جائزة باتفاق الفقهاء .

٢ ـ **المهايأة بالتقاضي** : هي التي تتم بواسطة القاضي جبراً بناء على طلب أحد الشريكين . فيهايىء القاضي بينهما جبراً إما بالمناوبة الزمانية مدة معينة بنسبة حصة كل منهما ، وإما بالمهايأة المكانية بالاختصاص بمنفعة بعض المال المشترك بنسبة الحصص .

وهي جائزة عند الحنفية(١)، تحقيقاً للعدل بين الشركاء ، وتوفيراً لمصلحتهم(٢)، فللقاضي جبرهم في الأصح ، لاحتياج الناس إلى ماهو أعدل وهو القسمة بالقضاء . وقد نصت المادة (١١٨١) مجلة على مايأتي لبيان أحوال المهايأة الجبرية :

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

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

---

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

(٢) تبيين الحقائق : ٥/٢٧٦ .

أما لو طلب أحدهما المهايأة على سكنى الدار ، وللآخر ايجار الحمام ، أوعلى سكنى أحدهما في الدار وزراعة آخر الأراضي ، فالمهايأة بالتراضي ، وان تكن جائزة ، إلا أنه إذا امتنع الآخر لا يجبر عليها(١) » .

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

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

التقسيم الثاني – المهايأة من حيث الزمان والمكان :

تنقسم المهايأة بهذا الاعتبار إلى نوعين : مهايأة زمانية ، ومهايأة مكانية .

فالأولى ترجع للزمان ، والثانية ترجع للمكان . وهي عند المالكية(٣) قسمان: المهايأة بالأزمان ، والمهايأة بالأعيان . والأولى : هي أن ينتفع كل واحد من الشريكين بالعين (الشيء المشترك كله) مدة مساوية لمدة انتفاع صاحبه . والثانية : هي أن يقسما الرقاب على أن ينتفع كل واحد منهما بما حصل له مدة محدودة ، كأن يسكن أحدهما داراً ويسكن الآخر مدة أخرى من الزمان ، أو يركب أحدهما فرساً والآخر مدة بعينها .

١ – المهايأة الزمانية :

أولاً – تعريفها : هي أن ينتفع كل واحد من الشريكين على التعاقب بجميع

---

(١) وانظر تبيين الحقائق : ٥/٢٧٦ ، تكملة الفتح : ٨/٣٠ .
(٢) القوانين الفقهية : ص ٢٨٥ ، بجيرمي الخطيب : ٤/٢٤٥ ، المغني : ٩/١٣٠ .
(٣) بداية المجتهد : ٢/٢٦٦ ، القوانين الفقهية : ص ٢٨٥ .

العين المشتركة مدة مساوية لمدة انتفاع صاحبه ، أوبنسبة حصته(١) . كأن يتهايأ اثنان على أن يزرعا الأرض المشتركة بينهما ، هذا سنة ، والآخر سنة أخرى . أو على سكنى الدار بالمناوبة ، هذا سنة ، والآخر سنة . أو على استعمال كتاب ، هذا أسبوعاً ، والآخر مثله . وقد نصت المادة (١١٨٧) مجلة على أنه لا تجوز المهايأة على الأعيان ، فلا تصح المهايأة على ثمرة الأشجار المشتركة ، ولا على لبن الحيوانات وصوفها على أن يكون لأحد الشريكين ثمرة مقدار من هذه الأشجار ، ولآخر ثمرة مقدار منها ، أو على لبن قطيع من الغنم المشترك أو صوفه لواحد ، ولبن قطيع ثان ، وصوفه للآخر .

ثانياً ــ مشروعيتها : وهي جائزة لقوله تعالى حكاية عن مهايأة ناقة صالح عليه السلام في الشرب : « هذه ناقة لها شرب ، ولكم شرب يوم معلوم » « ونبئهم أن الماء قسمة بينهم ، كل شرب محتضر » ولحاجة الناس إليها .

ثالثاً ــ تكييفها الفقهي : المهايأة الزمانية عند الحنفية كقسمة الأعيان : افراز من وجه ، مبادلة من وجه ؛ لأن المهايئ كالمستقرض لنصيب شريكه ، فكان فيها معنى المبادلة من وجه(٢)

وقال الحنابلة : المهايأة معاوضة ، فلا يجبر عليها كالبيع(٣) .

وصرح الشافعية : أن من ستوفى زائداً على حقه ، لزمه أجرة مازاد على قدر حصته من الزائد(٤) . ويفهم منه أن المهايأة مبادلة .

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

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

---

(١) بداية المجتهد ، المكان السابق ، المادة (١١٧٦) من المجلة .
(٢) تبيين الحقائق : ٥/٢٧٦ .
(٣) المغني : ٩/١٣٠ .
(٤) بجيرمي الخطيب : ٤/٣٤٥ .

المكانية . لأن تعيين الزمن يعرف به قدر الانتفاع . فتصير به المنافع معلومة . ولا تصير معلومة إلا ببيان زمان معلوم ، ولأن هذه المهايأة مقدرة بالزمان ، أما المهايأة المكانية فمقدرة مجموعة بالمكان ، ومكان المنفعة معلوم(١) . وقد رتبت المادة السابقة (١١٧٨) من المجلة على كون هذه المهايأة نوع مبادلة . فقررت : « وبناء على ذلك ذكر المدة وتعيينها في المهايأة . مثلاً كذا يوماً ، أو كذا شهراً : لازم » .

وفصل المالكية(٢) في مقدار المدة بعد اشتراطهم تعيين الزمن ، وانتفاء الغرر ، فقالوا : تجوز المهايأة في المنقولات في المدة اليسيرة ، ولا تجوز في المدة الكثيرة ، فلا تصح لزمن طويل في الحيوان ونحوه كالثوب . وتجوز المهايأة في العقارات كالدار والأرض المأمونة (بأن كانت ملكاً) لمدة بعيدة . فيسكن أحدهما في الدار مدة معينة ، ويسكن الآخر مدة أخرى . ويزرع أحدهما الأرض عاماً . والآخر عاماً مثله . أما الأرض غير المأمونة (غير المملوكة) كالمعارة . فلا يجوز قسمها مهايأة ، وإن قلت المدة . إذ قد يرجع المستعير في إعارته ، فيفوت على الآخر الذي لم تأت نوبته حقه من الانتفاع .

خامساً – انتهاؤها : لاتبطل المهايأة بموت أحد العاقدين ، ولا بموتهما ، لأنها – كما أشرنا سابقاً – لو بطلت لاستأنفها الحاكم ، ولافائدة في الاستئناف . وانما تنقضي باتفاق الطرفين على إنهائها ، ببيع المال المشترك(٣) .

٢ – المهايأة المكانية :

أولاً – تعريفها : هي أن يخصص كل واحد من الشريكين ببعض المال المشترك بنسبة حصته(٤) ، فيتم الانتفاع معاً في وقت واحد . ففي المهايأة في دار تجمع منفعة أحدهما في جزء من الدار ، ومنفعة الآخر في جزء آخر .

---

(١) البدائع : ٧ / ٢٢

(٢) الشرح الكبير مع الدسوقي : ٣/٤٩٩ ، الشرح الصغير : ٣ / ٦٦١ ، بداية المجتهد : ٢/٣٦٦

(٣) الدر المختار : ٥/١٨٩ ، تبيين الحقائق : ٥/٢٣٦ ، وتكملة الفتح : ٨/٢٧

(٤) انظر المادة (١١٧٩) من المجلة .

ثانياً ـ مشروعيتها : المهايأة المكانية جائزة ، لأنها نوع من القسمة ، مثل قسمة الأعيان ، فلو تهايئا على أن يأخذ أحد الشريكين في الأبنية الطابقية السفل ، والآخر العلو ، جاز ذلك ، فتكون قسمة المنفعة بالمهايأة المكانية جائزة أيضاً (١) .

وبما أن المهايأة الزمانية جائزة للحاجة عند تعذر اجتماع الشريكين على الانتفاع بالعين الواحدة ، فكذلك المكانية .

ثالثاً ـ محلها : تجري المهايأة المكانية في المال المشترك الذي يقبل القسمة كالدار الكبيرة . أما مالا يقبل القسمة كالسيارة والحيوان والكتاب والبيت الصغير ، فلا تمكن فيه المهايأة المكانية ، وإنما تتعين فيه المهايأة الزمانية .

المهايأة في الدور :

وعلى هذا تجوز في ظاهر الرواية المهايأة في الدور ، سواء أكانت زمانية أومكانية ، للاستعمال الشخصي أو للاستغلال (الانتفاع بواسطة الغير بالأجرة ونحوها) لأن الظاهر عدم التغير في العقار ، ولأن المهايأة المكانية إفراز لجميع الأنصباء ، والمهايأة الزمانية تتم بالمناوبة أوالتعاقب في الانتفاع ، فكانت كالقرض ، ويعتبر كل واحد في نوبته وكيلاً عن الآخر(٢) .

المهايأة في الحيوان :

وأما المهايأة في الحيوان كدابتين مثلاً ، يركب أحدهما إحداهما مدة ، والآخر مدة أخرى ، لاتجوز عند أبي حنيفة لا استعمالاً ولا استغلالاً ، لأن الظاهر التغير في الحيوان ، ولأن الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين حذقاً وخرقاً .

وتجوز المهايأة استعمالاً عند الصاحبين في الحيوان والحيوانين كما تجوز للاستغلال في الحيوانين ، ولا تجوز في الحيوان الواحد ، لأن المعادلة تمكن بين

---

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

(٢) تبيين الحقائق : ٢٧٦/٥ وما بعدها ، تكملة الفتح : ٣٠/٨ ، الدر المختار : ١٨٩/٥ ، م (١١٧٦) مجلة .

الحيوانين ، لاتحاد وقتهما، ولا تمكن المعادلة في الحيوان الواحد ؛ لأن الظاهر التغير في الحيوان ، لتوالي أسباب التغير عليه ، إذ يكون جهد الحيوان في الزمان الثاني أقل منه في الزمان الأول(١) .

وقد نصت المادة (١١٧٧) مجلة : على جواز المهايأة الاستعمالية في الحيوان المشترك وفي الحيوانين المشتركين ، على أن يستعمل أحدهما هذا والآخر الآخر ، وهذا يتفق مع رأي المالكية في أن قسمة المنافع قسمة في الأعيان .

رابعاً ــ تكييفها الفقهي :

المهايأة المكانية : افراز لجميع الأنصبة ، وليست مبادلة ، إذ لو كانت مبادلة لما صحت ، لأن المبادلة في الجنس الواحد نسيئة ، لاتجوز لتوفر ربا النسيئة فيها ، باعتبار أن اتحاد الجنس وحده كاف في وجود هذا النوع من الربا(٢) .

خامساً ــ مدتها :

لايشترط في المهايأة المكانية ذكر المدة وتعيينها ، بخلاف المهايأة الزمانية ، لأن الزمانية تحتاج إلى بيان الوقت لتصير المنافع معلومة ، وأما المكانية فلا تحتاج لبيان الوقت لأن مكان المنفعة معلوم ، فصارت المنافع معلومة بمكانها(٣) . ولكن المالكية قالوا : في قسمة المنافع بالأعيان يشترط أن تكون لمدة محدودة .

سادساً ــ انقضاؤها :

لاتنقضي المهايأة المكانية كالزمانية بموت أحد الشريكين ، ولاتنقضي بموتهما،

---

(١) تبيين الحقائق ٥/٢٧٧ ، تكملة الفتح : ٨/٣٠ وما بعدها ، البدائع : ٧/٣٢ الدر المختار : ٥/١٩٠ .

(٢) تبيين الحقائق : ٥/٢٧٧ ، المادة (١١٧٩) مجلة .

(٣) البدائع : ٧/٣٢ ، المادة (١١٧٩) مجلة .

إذ لو بطلت لاستوفت ولافائدة في ذلك . إنما تنقضي بالتراضي على انهائها ، ببيع المال المشترك(١) .

المبحث الخامس ــ مايملكه كل شريك من التصرف بعد المهايأة :

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

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

وأما في المهايأة الزمانية : فلا يملك كل من المتهايئين في نوبته استغلال حصته ، باتفاق الحنفية ، إذا لم يشترطا ذلك . فإن شرطا في المهايأة حق الاستغلال ، ففيه اختلاف عند الحنفية :

آ ــ قال القدوري : لايملك ، لأن المهايأة الزمانية في معنى الإعارة ، والعارية لاتؤجر . وهذا هو الراجح .

ب ــ وقال محمد في الأصل : يجوز التهايؤ في الدار الواحدة على السكنى والغلة ، فلكل متهايئ ايجار غيره ما في يده . وتأول الحنفية هذا المنقول في (الأصل) وهو الغلة بأنه غير الاستغلال ، لأن الغلة أي الناتج عين ، والتهايؤ : قسمة المنافع دون الأعيان(٢) .

---

(١) نصت المادة ١١٩١ مجلة على انه : « بموت احد اصحاب الحصص او كلهم ، لا تبطل المهايـــاة » .

(٢) البـدائـع : ٢٢/٧ وما بعدهـــا .

الغصب والإتلاف
ودفع الصائل

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

وهذان النوعان أو مايدل عليهما : وهو وضع اليد عدواناً أحد أسباب الضمان أو التعويض المالي على الاعتداء على مال الغير أو حقه . ويلحق بهما — دفع الصائل لما يترتب عليه من إتلاف وضمان . فيكون البحث في فصول ثلاث : الأول — في الغصب وأحكامه ، والثاني — في الاتلاف وأحكامه ، والثالث — دفع الصائل وحكم ضمان الفعل .

★ ★ ★

(١) البدائع : ٧/٢٣٢ .

الفصل الأول

الغصب وأحكامه

وفيه مطلبان —

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

المطلب الثاني : أحكام الغصب الأخروية والدنيوية .

الأول — التأثيم والمؤاخذة

الثاني — رد المغصوب مادام موجوداً .

الثالث — ضمان المغصوب حال هلاكه . وفيه الموضوعات التالية :

١ — كيفية الضمان

٢ — وقت وجوب الضمان

٣ — مايخرج به الغاصب عن عهدة الضمان

٤ — تغير العين المغصوبة أوخلطها بغيرها .

٥ — نقصان المغصوب

٦ — زيادة المغصوب ، وحكم البناء والغرس والزرع في الأرض المغصوبة.

٧ — منافع المغصوب أو غلته .

٨ — اختلاف الغاصب والمغصوب منه .

٩ — غاصب الغاصب

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

أولاً ـ تحريم الغصب : ثبت تحريم الغصب في القرآن والسنة والاجماع (١) . أما القرآن : فقول الله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ، إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم » « ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ، وتدلوا بها إلى الحكام ، لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالإثم ، وأنتم تعلمون »

وأما السنة : فقوله صلى الله عليه وسلم : « إن دماءكم وأموالكم حرام عليكم كحرمة يومكم هذا ، في شهركم هذا ، في بلدكم هذا»(٢) وقوله : « لايحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه»(٣) « من أخذ شبراً من الأرض ظلماً ، فإنه يطوّقه يوم القيامة من سبع أرضين»(٤) « على اليد ما أخذت حتى تؤديه »(٥) ونحو ذلك من الأحاديث .

وأجمع المسلمون على تحريم الغصب . وهو معصية كبيرة وإن لم يبلغ المغصوب نصاب سرقة .

ثانياً ـ تعريف الغصب : الغصب لغة : أخذ الشيء ظلماً ، أو قهراً جهاراً وشرعا : له عند الفقهاء في الجملة حقيقتان تختلفان جذرياً عندالحنفية وغيرهم .

١ ـ فعند الحنفية(٦) : الغصب : هو أخذ مال متقوم محترم بغير إذن المالك، على وجه يزيل يده .

---

(١) المغني : ٥/٢٢٠ ، كشاف القناع : ٤/٨٣ .

(٢) رواه البخاري ومسلم عن أبي بكرة رضي الله عنه ، ورواه مسلم عن جابر ،أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في خطبته يوم النحر بمنى (سبل السلام : ٣/٧٣) .

(٣) رواه ابو اسحاق الجوزجاني ، ورواه الدار قطني عن انس ، وعن عمرو بن يثربي (نيل الاوطار : ٥/٣١٦ ، نصب الراية : ٤/١٦٩) .

(٤) متفق عليه بين احمد والشيخين عن سعيد بن زيد (نيل الاوطار : ٥/٣١٧) .

(٥) رواه احمد واصحاب السنن الاربعة ، وصححه الحاكم عن سمرة بن جندب (سبل السلام : ٣/٦٧) .

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

فأخذ المال : يشمل المغصوب وغيره . وقولهم « متقوم » لاخراج غير المتقوم كالخمر والخنزير ، وقولهم « محترم » احتراز عن مال الحربي فانه غير محترم .

والمراد بغير إذن المالك : لاخراج المأذون فيه كالموهوب وغيره مما يتم المبادلة عليه بعقد من العقود . والقيد الأخير : « إزالة يد المالك » لابد منها لتصور معنى الغصب عند الحنفية ، فلا تعتبر زوائد المغصوب كالولد والثمرة مضمونة عندهم . وبناء عليه يعتبر الاستخدام والتحميل غصباً . لأنه تصرف بالمال ، ولايعتبر الجلوس على البساط مثلاً غصباً ، لأن البسط فعل المالك . والجلوس استعمال لم يزل يد المالك عنه .

ولابد من زيادة قيدين آخرين على التعريف : وهما : أولاً « على سبيل المجاهرة» لاخراج السرقة التي تكون على سبيل الخفية . وثانياً : « أو يقصر يده إن لم يكن في يده » فيصبح التعريف : « أخذ مال متقوم محترم على سبيل المجاهرة بغير إذن المالك على وجه يزيل يد المالك إن كان في يده ، أو يقصر يده إن لم يكن في يده » ليشمل الأخذ من المستأجر أو من المرتهن أو من الوديع ، لأن الأخذ من هؤلاء ، وإن لم يكن من يد المالك ، إلا أنه يترتب عليه أن الغاصب قصر يد المالك عن ماله ، أي أنه قيد يده في التصرف بماله ، فلم يعد قادراً على التصرف .

٢ ــ وعرف المالكية(١) الغصب بأنه « أخذ مال قهراً تعدياً بلا حرابة » فكلمة : « أخذ مال » أي الاستيلاء عليه جنس يشمل الغصب وغيره كأخذ انسان ماله من وديع أو مدين أو غير ذلك . وكلمة « المال » يراد بها الذوات أي الأعيان المادية ، فخرج بها « التعدي » : وهو الاستيلاء على المنافع كسكنى الدار وركوب الدابة مثلاً . و « قهراً » لإخراج السرقة ونحوها إذ لاقهر فيها حال الأخذ ، وإن أعقبها القهر بعدها ، كما أنها أيضاً لإخراج المأخوذ اختياراً كالمستعار والموهوب ، و « تعدياً » خرج به المأخوذ قهراً بحق كالدين المأخوذ من مدين مماطل ، أو من غاصب وأخذ الزكاة كرهاً من ممتنع عن أدائها . ونحو ذلك . والمقصود بقوله « بلا حرابة »

(١) الشرح الكبير للدردير : ٢/٤٤٢ ، ٤٥٩ .

أي بدون مقاتلة ، لإخراج المأخوذ بالحرابة ، لأن حقيقتها غير حقيقة الغصب .

ومن هذا التعريف يتبين أن الغصب عند المالكية أخص ، والتعدي أعم ، لأن التعدي يكون في الأموال والفروج والنفوس والأبدان . والتعدي في النفوس والأبدان يدخل تحت باب الجنايات أو الدماء والقصاص . فالغصب : هو أخذ ذات الشيء ، والتعدي : أخذ المنفعة(٢) .

والتعدي في الأموال أربعة أنواع(٣) :

الأول – أخذ الرقبة أي ذات الشيء وهو الغصب .

والثاني – أخذ المنفعة . دون الرقبة . وهو نوع من الغصب ، يجب فيه الكراء مطلقاً .

والثالث – الاستهلاك بإتلاف الشيء كقتل الحيوان ، أو تحريق الثوب كله أو تخريقه ، وقطع الشجر ، وكسر الزجاج . وإتلاف الطعام والدنانير والدراهم ، وشبه ذلك .

والرابع – التسبب في التلف : من فتح حانوتاً لرجل ، فتركه مفتوحاً ، فسرق أوفتح قفص طائر فطار ، أو حل رباط دابة فهربت ، أوأوقد ناراً في يوم ريح ، فأحرقت شيئاً . أو حفر بئراً تعدياً . فسقط فيه انسان أو بهيمة ، أو مزق وثيقة ، فضاع مافيها من الحقوق .

فمن فعل شيئاً من ذلك فهو ضامن لما استهلكه ، أو أتلفه ، أو تسبب في اتلافه ، سواء فعل ذلك عمداً أو خطأ .

---

(١) وهناك فروق اخرى بينهما منها ان الفساد اليسير من الغاصب يوجب للمالك اخذ قيمة المغصوب ان شاء ، والفساد اليسيرمن المتعدي لا يوجب الا اخذ ارش النقص الحاصل به . ومنها : ان المتعدي لا يضمن الآفة السماوية ، والغاصب يضمنها . ومنها : ان المتعدي يضمن غلة ما عطل كدار اغلقها وارض بورها ، ودابة حبسها بخلاف الغاصب انما يضمن غلة ما استعمل (حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٥٩/٣ وما بعدها).

(٢) القوانين الفقهية : ص ٢٢١ وما بعدها .

٣ ــ وعرف الشافعية والحنابلة(١): الغصب بأنه : الاستيلاء على حق الغير (من مال أو اختصاص) عدواناً : أي على وجه التعدي أو القهر بغير حق .

وهذا التعريف يشمل أخذ الأموال المتقومة والمنافع وسائر الاختصاصات كحق التحجر (أي إحياء الأرض الموات بوضع الأحجار على حدودها) ، والأموال غير المتقومة كخمر الذمي ، وما ليس بمال . كالكلب والسرجين وجلد الميتة .

ثالثاً ــ أثر اختلاف الفقهاء في ضابط الغصب :

اختلف الفقهاء في ضابط الغصب الذي يتحقق به على رأيين :

١ ــ فقال أبو حنيفة وأبو يوسف(٢): الغصب : هو إزالة يد المالك عن ماله المتقوم على سبيل المجاهرة والمغالبة . بفعل في المال : أي أن الغصب لايتحقق إلا بأمرين هما : إثبات يد الغاصب (وهو أخذ المال) وإزالة يد المالك أي بالنقل والتحويل . وعبارتهم في هذا : الغصب يتحقق بوصفين :

إثبات اليد العادِيَة ، وإزالة اليد المحقة(٣)

٢ ــ وقال جمهور الفقهاء ومنهم المذاهب الثلاثة ، ومحمد وزفر من الحنفية(٤): يتحقق الغصب بمجرد الاستيلاء : أي إثبات اليد على مال الغير بغير إذنه . ولا يشترط إزالة يد المالك . وليس المقصود من الاستيلاء أو أخذ مال الغير : هو الأخذ أو الاستيلاء الحسي بالفعل ، وإنما يكفي الحيلولة بين المال وصاحبه ، ولو أبقاه بموضعه الذي وضعه فيه .

---

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

(٢) البدائع : ٧/١٤٣ ، تكملة الفتح : ٧/٣٦٨ ، تبيين الحقائق : ٥/٢٢٤ .

(٣) المراد باليد : هو القدرة على التصرف . وعدم اليد : عدم القدرة على التصرف (تبيين الحقائق ، المكان السابق) . والعادية : بتخفيف الياء لا بتشديدها ، وهي الضامنة لا المتعدية .

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

ويظهر أثر الاختلاف بين الرأيين في غصب العقار وفي زوائد المغصوب وفي منافعه . كما يظهر أثر الاختلاف بين الحنفية وغيرهم باشتراط تقوم المال في غصب المال غير المتقوم .

آ ـ غصب العقار : يتصور الغصب عند أبي حنيفة وأبي يوسف في غصب المنقول فقط(١) ؛ لأن إزالة يد المالك بالنقل والتحويل التي يتحقق بها معنى الغصب عندهما . لاتتحقق إلا في المنقولات . وأما العقار كالأرض والدار ، فلا يتصور وجود الغصب فيه ، لعدم إمكان نقله وتحويله . فمن غصب عقاراً . فهلك في يده بآفة سماوية كغلبة سيل . لم يضمنه عندهما . لعدم تحقق الغصب بإزالة اليد ، لأن العقار في محله لم ينقل . فصار كما لو حال بين المالك وبين متاعه . فتلف المتاع . أما لو كان الهلاك بفعل الغاصب كأن هدمه . فيضمنه ، لأن الغصب إذا لم يتحقق في العقار ، فيعتبر الإتلاف .

وقال محمد وزفر من الحنفية وأئمة المذاهب الثلاثة(٢): يتصور غصب العقار من الأراضي والدور . ويجب ضمانها على غاصبها ، لأنه يكفي ـ عند غير الحنفية ـ لتوفر معنى الغصب : إثبات يد الغاصب على الشيء بالسكنى ووضع الأمتعة وغيرها . ويترتب على ذلك ضمناً بالضرورة إزالة يد المالك ، لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة . ويتحقق أيضاً عند محمد وزفر مبدؤهما : وهو إزالة يد المالك وإثبات يد الغاصب ، وتحقق هذين الوصفين هو معنى الغصب ، فصار العقار كالمنقول في تحقيق الوصفين المطلوبين لتصور الغصب .

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

---

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

(٢) الشرح الكبير : ٤٤٣/٣ ، بداية المجتهد : ٣١١/٢ ، مغني المحتاج : ٣٧٥/٢ وما بعدها ، المغني : ٢٢٣/٥ ، كشاف القناع : ٨٢/٤ وما بعدها .

ويؤكد ماسبق كله قوله صلى الله عليه وسلم : « من ظلم شبراً من الأرض طوقه الله من سبع أرضين»(١) وفي لفظ « من غصب شبراً من الأرض » فإنه يدل على تحقق الغصب في العقار ، لأنه سماه غصباً .

وهذا الرأي هو الأرجح .

ب ـ زوائد المغصوب أو النماء السماوي : لا تضمن زوائد المغصوب إذا هلكت بلا تعدّ ، وإنما هي أمانة في يدالغاصب في رأي أبي حنيفة وأبي يوسف(٢)، سواء أكانت منفصلة كالولد واللبن والثمرة ، أو متصلة كالسمن والجمال ، لأن الغصب عندهما هو اثبات يد الغاصب على مال الغير على وجه يزيل يد المالك كما بينا ، ويد المالك لم تكن ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب أي أن عنصر « إزالة يد المالك » لم يتحقق هنا ، كما لم يتحقق في غصب العقار .

فإن تعدّى الغاصب على الزيادة ، بأن أتلفها أو أكلها أو باعها ، أو طلبها مالكها فمنعها عنه ، ضمنها ، لأنه بالتعدي أو المنع صار غاصباً.

وقال المالكية في الأرجح عندهم(٣): إذا كانت الزيادة التي بفعل الله متصلة كالسمن والكبر فلا تكون مضمونة على الغاصب . وأما إذا كانت الزيادة منفصلة ولو نشأت من غير استعمال الغاصب كاللبن والصوف وثمر الشجر ، فهي مضمونة على الغاصب إن تلفت أو استهلكت ،ويجب ردّها مع المغصوب الأصلي على صاحبها .

وقال محمد من الحنفية ، والشافعية والحنابلة(٤) : تضمن زوائد المغصوب في يد الغاصب سواء أكانت متصلة كالسمن ونحوه ، أو منفصلة كثمرة الشجرة وولد

---

(١) متفق عليه بين احمد والشيخين من رواية عائشة رضي الله عنها .

(٢) البدائع : ١٤٣/٧ ، ١٦٠ ، الدر المختار : ١٤٣/٥ ، تكملة الفتح : ٢٨٨/٧ ، اللباب شرح الكتاب : ١٩٤/٢ .

(٣) بداية المجتهد : ٢١٢/٢ ، الشرح الصغير للدردير : ٥٩٦/٣ ، الشرح الكبير للدردير : ٤٤٨/٣ ، شرح الرسالة لابن ابي زيد القيرواني : ٢٢٠/٢ .

(٤) البدائع : ١٤٥/٧ ، الدر المختار : ١٤٤/٥ ـ ١٤٥ ، تكملة الفتح : ٢٩٤/٧ ، اللباب شرح الكتاب : ١٩٥/٢ .

الحيوان ، متى تلف شيء منه في يد الغاصب ، لتحقق إثبات اليد العادية (الضامنة) ، لأنه بإمساك الأصل تسبب في إثبات يده على هذه الزوائد ، وإثبات يده على الأصل محظور .

جـ ـ منافع المغصوب وغلته :

لا يضمن الغاصب عند الحنفية(١) منافع ما غصبه من ركوب الدابة ، وسكنى الدار ، سواء استوفاها أو عطلها ؛ لأن المنفعة ليست بمال عندهم ، ولأن المنفعة الحادثة على يد الغاصب لم تكن موجودة في يد المالك ، فلم يتحقق فيها معنى الغصب ، لعدم إزالة يد المالك عنها .

وهذا فيما عدا ثلاثة مواضع يجب فيها أجر المثل ، في اختيار متأخري الحنفية ، وعليه الفتوى ، وهي أن يكون المغصوب وقفاً ، أو ليتيم ، أو معداً للاستغلال بأن بناه صاحبه أو اشتراه لذلك الغرض .

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

وأما غلة المغصوب كما سنبين : فلا تطيب في رأي أبي حنيفة ومحمد للغاصب ، لأنه لا يحل له الانتفاع بملك الغير . وقال أبو يوسف وزفر : تطيب له .

وقال المالكية على المشهور(٢) : يضمن الغاصب غلة مغصوب مستعمل ، أي أنه يضمن غلة المغصوب ذاته الذي استعمله الغاصب ، سواء أكان المغصوب عقاراً من دور أو أرض سكنها أو زرعها أو كراها ، أو منقولاً : حيواناً أو غيره ، كراه أو استعمله ، ولا يضمن ما نشأ عن غير استعمال ، ولو عطله على صاحبه .

---

(١) البدائع : ١٤٥/٧ ، الدر المختار : ١٤٤/٥ ـ ١٤٥ ، تكملة الفتح : ٢٩٤/٧ ، اللباب شرح الكتاب : ١٩٥/٢ .

(٢) الشرح الكبير : ٤٤٨/٣ ، الشرح الصغير : ٥٩٥/٣ وما بعدها ، بداية المجتهد : ٢١٥/٢ شرح الرسالة : ٢٤٠/٢ .

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

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

وقال الشافعية والحنابلة(١) : يضمن الغاصب منفعة المغصوب ، وعليه أجر المثل ، سواء استوفى المنافع ، أو تركها تذهب ، وسواء أكان المغصوب عقاراً كالدار ، أو منقولاً كالكتاب والدابة ونحوهما ، لأن المنفعة مال متقوم ، فوجب ضمانه كالعين المغصوبة ذاتها . وهذا الرأي هو المتفق مع العدالة ،ومع ظروف العصر الحاضر المتجه إلى المادية ، وتقويم كل الأشياء ، حتى النواحي الأدبية أو الذهنية .

د ــ غصب غير المتقوم :

قال الحنفية(٢) : لايضمن الغاصب خمر المسلم أو خنزيره إذا غصبه وهلك في يده أو استهلكه أو خلل الخمر ، سواء أكان الغاصب مسلماً أو ذمياً ، لأن الخمر ليست بمال متقوم في حق المسلم ويجب اراقتها ، وكذا الخنزير غير متقوم ، لكن لو قام الغاصب بتخليل خمر المسلم ثم استهلكها يضمن خلاً مثلها لاخمراً ، لأن الغصب حين وجوده لم ينعقد سبباً لوجوب الضمان ، فإن استهلكه فقد وجد منه سبب الضمان ، وهو إتلاف خل مملوك للمغصوب منه ، فيضمن . وكذلك يضمن الغاصب جلد الميتة إذا دبغه ، ويجب عليه فقط ما زاد الدباغ فيه ، لأنه بالدبغ صار مالاً متقوماً .

ويضمن المسلم أو الذمي خمر الذمي أو خنزيره إذا استهلكه ،لأن كلاً منهما مال عند أهل الذمة ، فالخمر عندهم كالخل عندنا ، والخنزير عندهم كالشاة عندنا ، لأن

---

(١) مغني المحتاج : ٣٨٦/٢ ، المهذب : ٣٦٣/١ ، فتح العزيز : ٣٦٢/١١ ، المغني : ٢٣٠/٥ ، القواعد لابن رجب : ص ٢١٣ .

(٢) البدائع : ١٤٧/٧ وما بعدها ، ١٦٢ وما بعدها ؛ الدر المختار : ١٤٧/٥ ــ ١٤٩ ، تكملة فتح القدير : ٢٩٦/٧ ــ ٥٠٠ ، اللباب : ١٩٥/٢ ، تبيين الحقائق : ٢٢٢/٥ .

لهم ماللمسلمين وعليهم ماعلى المسلمين ، ونحن أمرنا بتركهم ومايدينون(١)، وبه يقرون على بيعهما . لكن تجب على المسلم قيمة الخمر ، وإن كان من المثليات ، لأن المسلم ممنوع من تملكه ، وغير المسلم يجوز له تسليم المثل ؛ لأنه يجوز له تملك الخمر وتمليكها بالبيع وغيره .

أما الميتة والدم ولو لذمي فلا يضمنان بالغصب ، لأنهما ليسا بمال ، ولا يدين أحد من أهل الأديان تموّلهما ؛ كما لايضمن متروك التسمية عمداً ولو كان مملوكاً لمن يبيحه ، وهم الشافعية .

وكذلك يضمن المسلم قيمة صليب غصبه من نصراني فهلك في يده ، لأنه مقر على ذلك .

وقال أبو حنيفة : ومن كسر لمسلم آلة من آلات اللهو والطرب كالطبل والمزمار والدف ونحوها ، فهو ضامن ، لأنها أموال لصلاحيتها لما يحل من وجوه الانتفاع لغير اللهو ، وإن استعملت فيما لا يحل ، كالمغنية إذا اعتدي عليها ، وتضمن قيمة هذه الآلات خشباً منحوتاً صالحاً لغير اللهو : أي تضمن قيمتها قبل التصنيع .

---

(١) هذا مروي عن علي بن أبي طالب كرم الله وجهه حيث قال : « انما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا ، وأموالهم كأموالنا » . « وأمرنا بتركهم وما يدينون » (نصب الراية : ٣٦٨/٤ ، تكملة فتح القدير : ٣٦٨/٧) .

المبحث الثاني ـ أحكام الغصب :

للغصب أحكام ثلاثة : الاثم لمن علم أنه مال الغير ، ورد العين المغصوبة مادامت قائمة ، وضمانها إذا هلكت (١) .

الحكم الأول ـ الاثم : وهو استحقاق المؤاخذة في الآخرة ، إذا فعل الغصب عالماً أن المغصوب مال الغير ، لأن ذلك معصية ، وارتكاب المعصية عمداً موجب للمؤاخذة(٢)

---

(١) الدر المختار : ٥/١٣٦ ، القوانين الفقهية : ص ٣٢٠ ، مغني المحتاج : ٢/٢٧٧ ، المغني : ٥/٢٥٩ وما بعدها .

(٢) ان اخذ اموال الناس بالباطل له عشرة انواع كلها حرام ، والحكم فيها مختلف : الاول ـ الحرابة ، والثاني ـ الغصب ، والثالث ـ السرقة ، والرابع ـ الاختلاس ، والخامس ـ الخيانة ، والسادس ـ الاكل ، والسابع ـ الجحود في الخصام بانكار الحق او دعوى الباطل ، والثامن ـ القمار ، كالشطرنج والنرد ، والتاسع ـ الرشوة ، فلا يحل اخذها ولا اعطاؤها ، والعاشر ـ الغش والخلابة في البيوع (القوانين الفقهية : ص ٣٢٩) والحراء : لا يجوز قبوله ولا الاكل منه ولا السكني فيه ، لكن يجوز اخذ العوض عن التالف عند الغاصب ، لان دفع العوض واجب مستقل .

لقوله عليه الصلاة والسلام : « من غصب شبراً من أرض ، طوقه الله تعالى من سبع أرضين يوم القيامة » .

ويؤدب بالضرب والسجن عند الحنفية والمالكية(١) غاصب مميز صغير أو كبير لحق الله تعالى ، ولو عفا عنه المغصوب منه، باجتهاد الحاكم لدفع الفساد ، واصلاح حاله ، وزجره هو وأمثاله . أما غير المميز من صغير ومجنون فلا يعزر . كذلك نص الشافعية(٢) على أنه يعزر الغاصب لحق الله تعالى ، واستيفاؤه للإمام .

فإن حدث الغصب لاعن علم بأن ظن أن الشيء ملكه ، فلا اثم ولا مؤاخذة عليه ، لأنه خطأ ، والخطأ لامؤاخذة عليه شرعاً لقوله تعالى : « ربنا لاتؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا » وقوله عليه الصلاة والسلام : « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » (٣) .

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

الحكم الثاني – رد العين المغصوبة مادامت قائمة : والكلام فيه في مواضع هي: سبب وجوب الرد ، وشرط الرد ومكانه ومؤنته ، وما يصير به المالك مسترداً(٤):

اتفق الفقهاء على أنه يجب رد العين المغصوبة إلى صاحبها حال قيامها ووجودها بذاتها لقوله صلى الله عليه وسلم : « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » « لا يأخذن أحدكم متاع أخيه جاداً ، ولا لاعباً ، وإذا أخذ أحدكم عصا أخيه ، فليردها عليه»(٥). وترد إلى مكان الغصب لتفاوت القيم باختلاف الأماكن .

---

(١) الشرح الكبير : ٤٤٢/٣ ، القوانين الفقهية : ص ٣٢٠ .

(٢) مغني المحتاج : ٣٧٩/٢ .

(٣) رواه ابن ماجه والبيهقي وغيرهما عن ابن عباس بلفظ « ان الله تجاوز لي عن امتي الخطأ ... » الحديث .

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

(٥) رواه احمد وابو داود والترمذي عن السائب بن يزيد عن ابيه (نيل الاوطار : ٢١٦/٥).

ومؤنة الرد (نفقته) على الغاصب ، لأنها من ضرورات الرد ، فإذا وجب عليه الرد ، وجب عليه ماهو من ضروراته كما في رد العارية .

ويصير المالك مسترداً للمغصوب : بإثبات يده عليه ، لأنه صار مغصوباً بتفويت يده عنه . فإذا أثبت يده عليه ، فقد أعاده إلى يده ، وزالت يد الغاصب عنه ، إلا أن يغصبه مرة أخرى .

ويبرأ الغاصب بالرد من الضمان ، سواء علم المالك بحدوث الرد أو لم يعلم ، لأن إثبات اليد على الشيء أمر حسي لايختلف بالعلم أو الجهل بحدوثه .

الحكم الثالث ـ ضمان المغصوب إذا هلك : والكلام فيه يتناول عدة مواضع هي مايأتي :

١ ـ كيفية الضمان :

إذا هلك المغصوب عند الغاصب ، وكان من المنقولات عند الحنفية(١) ، أو من العقارات أو المنقولات عند غير الحنفية(٢) ، بفعله أو بغير فعله ، فعليه ضمانه : أي غرامته أو تعويضه . لكن إن كان الهلاك بتعد من غيره ، لا بآفة سماوية ، رجع الغاصب عليه بما ضمن ، لأنه يستقر عليه ضمان الشيء الذي كان يمكنه أن يتخلص منه برده إلى من كان في يده . وعبارتهم في هذا : « الغاصب ضامن لما غصبه ، سواء تلف بأمر الله ، أو من مخلوق (٣) » .

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

---

(١) المبسوط : ٥٠/١١ ، البدائع : ١٥٠/٧ ، ١٦٨ ، الدر المختار : ١٢٨/٥ ، تبيين الحقائق : ٢٢٣/٥ ، ٢٢٤ ، تكملة الفتح : ٣٦٣/٧ ، اللباب والكتاب : ١٨٨/٤ وما بعدها .

(٢) الشرح الكبير للدردير : ٤٤٣/٣ ، القوانين الفقهية : ص ٣٣٠ وما بعدها ، بداية المجتهد : ٢١٢/٢ ، حاشية الدسوقي : ٢٨١/٣ ، ٢٨٤ ، فتح العزيز شرح الوجيز : ٢٤٢/١١ بهامش المجموع ، المغني : ٢٢١/٥ ، ٢٥٤ ، ٢٥٨ ، كشاف القناع : ١١٦/٤ وما بعدها .

(٣) القوانين الفقهية : ص ٣٣١ .

أما ضمان المثل فلقوله تعالى : « فمن اعتدى عليكم ، فاعتدوا عليه بمثل مااعتدى عليكم » « وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به » « وجزاء سيئة سيئة مثلها» ولأن المثل تماماً أقرب إلى الأصل التالف ، فكان الإلزام به أعدل وأتم لجبران الضرر ، والواجب في الضمان الاقتراب من الأصل بقدر الإمكان تعويضاً للضرر .

وأما ضمان القيمة فلأنه تعذر الوفاء بالمثل تماماً صورة ومعنى ، فيجب المثل المعنوي وهو القيمة ، لأنها تقوم مقامه ، ويحصل بها مثله ، واسمها ينبيء عنه .

والمال المثلي : هو مايوجد له مثل في الأسواق بلا تفاوت يعتد به . أو هو ما تماثلت آحاده أو أجزاؤه بحيث يمكن أن يقوم بعضها مقام بعض دون فرق يعتد به .

والأموال المثلية أربعة : هي المكيلات والموزونات ، والعدديات المتقاربة ، وبعض أنواع الذرعيات .

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

والموزونات : هي التي تباع بالوزن كالسمن والزيت والسكر .

والذرعيات : هي التي تباع بالذراع ونحوه كالقطع الكبرى من المنسوجات الصوفية أو القطنية أو الحريرية ،وكالأراضي .

والعدديات المتقاربة : هي التي لاتتفاوت آحادها إلا تفاوتاً يسيطاً كالبيض والجوز. وكالمصنوعات المتماثلة من صنع المعامل كالكؤوس وصحون الخزف والبلور ونحوها من الدفاتر والأقلام والمطبوعات

والقيمي : هو ماليس له مثل في الأسواق ، أو يوجد لكن مع التفاوت المعتد به في القيمة . أو هو ماتفاوتت أفراده ، فلا يقوم بعضها مقام بعض بلا فرق كالدور

والأراضي والأشجار والحيوان والمفروشات والمخطوطات ونحوها (١) .

وتجب القيمة في ثلاث حالات(٢) :

١ ــ إذا كان الشيء غير مثلي كالحيوانات والدور والمصوغات ، فلكل واحد منها قيمة تختلف عن الأخرى باختلاف الصفات المميزة لكل واحد .

٢ ــ إذا كان الشيء خليطاً مما هو مثلي بغير جنسه ، كالحنطة مع الشعير

٣ ــ إذا كان الشيء مثلياً تعذر وجود مثله ، والتعذر إما حقيقي حسي كانقطاع وجود المثل في السوق بعد البحث عنه ، وإن وجد في البيوت ، أو حكمي : كأن لم يوجد إلا بأكثر من ثمن المثل ،أو شرعي : بالنسبة للضامن كالخمر بالنسبة للمسلم يجب عليه للذمي عند أئمة المذاهب كما بينا ضمان القيمة ، وإن كانت الخمر من المثليات ، لأنه يحرم على المسلم تملكها بالشراء .

وبه يتبين أن الواجب الأصلي في الضمان (أو التعويض أو الغرامة) : هو إزالة الضرر حيناً كإصلاح الحائط ، ورد عين المغصوب مادام قائماً ، ورد الخمر المغصوبة مادامت باقية بالنسبة للمسلم ، إذ له عند الحنفية إمساكها لتصير خلاً ، وجبر المتلف وإعادته صحيحاً كما كان ، عند الامكان ، كإعادة المكسور صحيحاً . فإن تعذر ذلك وجب التعويض المثلي في المثليات ، والنقدي أو القيمة في القيميات.

٢ ــ وقت وجوب الضمان أو وقت تقدير التعويض :

للفقهاء آراء متقاربة في وقت الضمان أو تقدير قيمة التعويض ، فقال الحنفية على

---

(١) الدر المختار وحاشيته : ٥/١٢٠ ، ٤/١٧٣ ، اللباب والكتاب : ٢/١٨٨ ، تكملة الفتح : ٣٦٣/٨ ، تبيين الحقائق : ٥/٢٢٣ ، بداية المجتهد : ٢/٢١٢ ، شرح الرسالة : ٢١٧/٢ ، القوانين الفقهية : ص ٣٢٠ ، مغني المحتاج : ٢/٢٨١ ، ٢٨٤ ، كشاف القناع : ٤/١١٦ وما بعدها ، المدخل لنظرية الالتزام العامة في الفقه الاسلامي للاستاذ مصطفى الزرقا : ص ٥٠ .

(٢) الدر المختار ورد المحتار : ٥/١٢٦ .

المختار عندهم(١) والمالكية(٢): تقدر قيمة المغصوب يوم الغصب ، لأن الضمان يجب بالغصب ، فتعتبر قيمة المغصوب يوم الغصب ، فلا يتغير التقدير بتغير الأسعار ، لأن سبب الضمان لم يتغير كما لم يتغير محل الضمان ، لكن فرق المالكية بين ضمان الذات وضمان الغلة ، فتضمن الأولى يوم الاستيلاء عليها ، وتضمن الغلة من يوم استغلالها ، وأما المتعدي : وهو غاصب المنفعة فيضمن المنفعة بمجرد فواتها على صاحبها وإن لم يستعملها .

وقال الشافعية(٣): الأصح أن المعتبر في الضمان هو أقصى قيمة للمغصوب من وقت الغصب في بلد الغصب إلى وقت تعذر وجود المثل . وإذا كان المثل مفقوداً عند التلف ، فالأصح وجوب الأكثر قيمة من الغصب إلى التلف ، سواء أكان ذلك بتغير الأسعار ، أم بتغير المغصوب في نفسه .

وأما المثل القيمي : فيضمن بأقصى قيمة له من يوم الغصب إلى يوم التلف .

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

وإن كان المغصوب من القيميات وتلف ، فالواجب القيمة أكثر ما كانت من حين الغصب إلى حين الرد ، إذا كان التغير في المغصوب نفسه من كبر وصغر ،

---

(١) هذا هو رأي ابي يوسف وهو الذي افتت به المجلة م / ٩٢١ ، وقال ابو حنيفة : تجب القيمة وقت الخصومة اي المحاكمة ، وقال محمد : تجب القيمة يوم انقطاع المثل من الاسواق .

(٢) البدائع : ١٥١/٧ ، الدر المختار : ١٢٨/٥ ، تكملة الفتح : ٣٦٣/٧ ، المبسوط : ٥٠/١١ ، تبيين الحقائق : ٢٢٣/٥ ، اللباب مع الكتاب : ١٨٨/٢ ، الشرح الكبير للدردير : ٤٤٣/٣ ، ٤٤٨ ، بداية المجتهد : ٣١٢/٢ ، القوانين الفقهية : ص ٣٢٠ .

(٣) مغني المحتاج : ٢٨٣/٢ ، المهذب : ٣٦٨/١ بجيرمي الخطيب : ١٣٦/٣ ، نهاية المحتاج: ١٩/٤ - ١٢١ .

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

وسمن وهزال ، ونحو ذلك من المعاني التي تزيد بها القيمة وتنقص ، لأن هذه المعاني مغصوبة في الحال التي زادت فيها ، والزيادة لمالكها مضمونة على الغاصب.

وإن كانت زيادة القيمة لتغير الأسعار ، لم تضمن الزيادة ؛ لأن نقصان القيمة لهذا السبب لايضمن إذا ردت العين المغصوبة بذاتها ، فلا يضمن عند تلفها .

٣ ـ ما يخرج به الغاصب عن عهدة الضمان :

يخرج الغاصب عن عهدة الضمان بأمرين(١) :

أحدهما ـ أداء الضمان إلى المالك أو من يقوم مقامه ،لأنه المطلوب أصالة.

والثاني ـ الإبراء عن الضمان، إما صراحة مثل: أبرأتك عن الضمان أو أسقطته عنك أو وهبته منك ونحوه ، أو يجري مجرى الصريح : وهو أن يختار المالك تضمين أحد الغاصبين ، فيبرأ الآخر ، لأن اختيار تضمين أحدهما إبراء للآخر ضمناً(دلالة) .

وهل يملك الغاصب الشيء المضمون بالضمان ؟

قال الحنفية(٢): يملك الغاصب الشيء المغصوب بعد ضمانه من وقت وجود الغصب ، حتى لا يجتمع البدل والمبدل في ملك المالك . وينتج عن التملك أن الغاصب لو تصرف في المغصوب بالبيع أو الهبة أو الصدقة قبل أداء الضمان ، ينفذ تصرفه ، كما تنفذ تصرفات المشتري في المشترى شراء فاسداً . كما أنه لو غصب شخص عيناً فغيبها (أخفاها) فضمنه المالك قيمتها ، ملكها الغاصب ، لأن المالك ملك البدل كله ،والمبدل قابل للنقل ، فيملكه الغاصب لئلا يجتمع البدلان في ملك شخص واحد.

ولكن في رأي أبي حنيفة ومحمد(٣) : لايحل للغاصب الانتفاع بالمغصوب بأن

---

(١) البدائع : ١٥١/٧ .

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

(٣) وقال ابو يوسف وزفر : يحل له الانتفاع ولا يلزمه التصدق بالفضل، لان المغصوب مملوك للغاصب من وقت الغصب : « المضمونات تملك باداء الضمان مستندا الى وقت الغصب » اي باثر رجعي ، وعلى هذا فان غلة المغصوب طيب للغاصب .

يأكله بنفسه أو يطعمه غيره قبل أداء الضمان . وإذا حصل فيه فضل (أي نماء وزيادة) يتصدق بالفضل استحساناً . وعلى هذا فإن غلة المغصوب المستفادة من إركابه سيارة مثلاً لاتطيب له ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يبح الانتفاع بالمغصوب قبل ارضاء المالك ، روى أبو حنيفة بسنده عن أبي موسى رضي الله عنه « أن النبي صلى الله عليه وسلم كان في ضيافة قوم من الأنصار ، فقدموا إليه شاة مصلية (مشوية) ، فأخذ منها لقمة ، فجعل يمضغها ولايسيغها ، فقال عليه الصلاة والسلام : إن هذه الشاة لتخبرني أنها ذبحت بغير حق ، فقالوا : هذه الشاة لجار لنا ، ذبحناها لنرضيه بثمنها ، فقال صلى الله عليه وسلم : أطعموها الأسارى(١)» فقد حرم عليهم الإنتفاع بها ، مع حاجتهم ، ولو كانت حلالاً لأطلق لهم إباحة الانتفاع بها .

وقال المالكية(٢): يمنع الغاصب من التصرف في المغصوب برهن أو كفالة خشية ضياع حق المالك ، ولا يجوز لمن وهب له منه شيء قبوله ولا الأكل منه مثلاً ولا السكنى فيه مثل أي شيء حرام ، لكن لو تلف المغصوب عند الغاصب أو استهلكه (أي فات عنده بتعبيرهم) ، فالأرجح عندهم أنه يجوز للغاصب الانتفاع به ، لأنه وجبت عليه قيمته في ذمته ، فقد أفتى بعض المحققين بجواز الشراء من لحم الأغنام المغصوبة إذا باعها الغاصب للجزارين ، فذبحوها ، لأنه بذبحها ترتبت القيمة في ذمة الغاصب . إلا أنهم قالوا : ومن اتقاه فقد استبرأ لدينه وعرضه ، ومعنى هذا أن الغاصب يتملك بالضمان الشيء المغصوب من يوم التلف .

وقال الشافعية والحنابلة(٣): لايملك الغاصب العين المغصوبة بدفع القيمة ، لأنه لا يصح أن يتملكه بالبيع لغيره لعدم القدرة على التسليم ، فلا يصح أن يتملكه بالتضمين ، كالشيء التالف لايملكه بالاتلاف .

---

(١) رواه محمد بن الحسن في كتاب الآثار ، وابوداود واحمد في مسنده والدارقطني في سننه من حديث عاصم بن كليب عن ابيه عن رجل من الانصار (نصب الراية : ٤/١٦٨) .

(٢) الشرح الكبير : ٤٤٥/٣ وما بعدها ، الشرح الصغير : ٥٨٦/٣ .

(٣) المهذب : ٢٦٨/١ ، مغني المحتاج : ٢٧٧/٢ ، ٢٧٩ ، كشاف القناع : ١٢٠/٤ ، ١٢٢ وما بعدها ، المغني : ٢٥١/٥ - ٢٥٣ .

وبناء عليه يحرم عندهم تصرفات الغاصب بعقد أو غيره ، ولاتصح(١)، لحديث : « من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد »(٢) أي مردود ، فلا يجوز له بيعه أو إجارته ، كما لايجوز له إتلافه واستعماله كأكل ولبس وركوب وحمل عليه وسكنى العقار ، لحديث « إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم حرام عليكم».

٤ ـ تغير العين المغصوبة عند الغاصب :

قد يتغير المغصوب عند الغاصب بنفسه أو بفعل الغاصب ، وهذا الأخير قد يكون تغيراً في الوصف أو تغيراً في الاسم والذات(٣) . وكل حالات التغير يكون المغصوب فيها موجوداً .

آ ـ فإذا تغير المغصوب بنفسه كما لو كان عنباً فأصبح زبيباً ، أو رطباً فأصبح تمراً ، فيتخير المالك بين استرداد عين المغصوب ، وبين تضمين الغاصب قيمته .

ب ـ وأما تغير وصف المغصوب بفعل الغاصب ، كما لوصبغ الثوب ، أو خاط الدقيق (السويق) بسمن ، أو اختلط المغصوب بملك الغاصب بحيث يمتنع تمييزه كخلط البر بالبر أو يمكن بحرج كخلط البر بالشعير ، فيوجب إعطاء الخيار للمالك : إن شاء ضمّن الغاصب قيمة المغصوب قبل تغييره ، وإن شاء أخذه وأعطى الغاصب قيمة الزيادة مثل ما زاد الصبغ في الثوب ، لأن في ذلك رعاية للجانبين .

وهذا مذهب المالكية أيضاً(٤) .

---

(١) وكذلك قال الحنابلة خلافاً للجمهور : يحرم الحج ولا يصح من المال المغصوب وسائر العبادات كالصلاة بثوب مغصوب ، أو في مكان مغصوب ، والوضوء من ماء مغصوب ، واخراج زكاته بخلاف عبادة لا يحتاج فيها الى المغصوب كالصوم والذكر والإعتقاد (كشاف القناع : ٢٢٣/٤ وما بعدها وراجع للمؤلف الوسيط في اصول الفقه : ص ٧٤ وما بعدها ، طبعة ثانية) .

(٢) رواه مسلم عن عائشة رضي الله عنها .

(٣) تكملة فتح القدير : ٣٧٥/٧ ، ٣٨٤ ، اللباب مع الكتاب : ١٩١/٢ ، ١٩٣ ، تبيين الحقائق : ٢٢٦/٥ ، ٢٢٩ ، الدر المختار : ١٣٤/٥ ـ ١٣٨ ، البدائع : ١٦٠/٧ وما بعدها .

(٤) الشرح الكبير : ٥٤/٣ .

وقال الشافعية(١) : إن أمكن فصل الزيادة من الصباغة أو السمن ، أجبر الغاصب عليه في الأصح ، وإن لم يمكن : فإن لم تزد قيمة المغصوب فلا شيء للغاصب فيه ، وإن نقصت قيمته لزم الغاصب أرش النقص ، لأن النقص حصل بفعله ، وإن زادت قيمة المغصوب اشترك الغاصب والمالك فيه أثلاثاً : ثلثاه للمغصوب منه ، وثلثه للغاصب . فإن حدث في ملك أحدهما نقص لانخفاض سعره أو زيادة لارتفاع سعره عمل به .

وقال الحنابلة(٢) كالشافعية اجمالاً : إلا أنهم قالوا : لايجبر الغاصب على قلع الصبغ من الثوب ، لأن فيه اتلافاً لملكه وهو الصبغ . وإن حدث نقص ضمن الغاصب النقص ، لأنه حصل بتعديه ، فضمنه ، وإن حصلت زيادة ، فالمالك والغاصب شريكان بقدر ملكيهما ، فيباع ذلك ، ويوزع الثمن على قدر القيمتين . وبه يظهر أن الفقهاء متفقون على ضمان النقص ، وعلى حق الغاصب في الزيادة .

جـ — وأما تغير ذات المغصوب واسمه بفعل الغاصب بحيث زال أكثر منافعه المقصودة : كما لو غصب شاة فذبحها وشواها ، أو طبخها ، أو غصب حنطة فطحنها دقيقاً ، أو حديداً فاتخذه سيفاً ، أو نحاساً فاتخذه آنية ؛ فإنه يزول ملك المغصوب منه عن المغصوب ، ويملكه الغاصب ، ويضمن بدله : المثل في المثلي ، والقيمة في القيمي . ولكن لايحل له الانتفاع به حتى يؤدي بدله استحساناً ، لأن في إباحة الانتفاع قبل أداء البدل فتح باب الغصب ، فيحرم الانتفاع قبل إرضاء المالك بأداء البدل أو إبرائه ، حسماً لمادة الفساد .

وكذلك قال المالكية كما بينا في فرع — ٣ السابق.

وقال الشافعية والحنابلة(٣) : لاينقطع حق المالك في ملكه ، وله أن يأخذه ، وأرش نقصه إن نقص ، ولاشيء للغاصب في زيادته في الصحيح من مذهب الحنابلة.

---

(١) مغني المحتاج : ٢٩١/٢ وما بعدها .

(٢) كشاف القناع : ٨٦/٤ ، ١٠٣ وما بعدها ، المغني : ٣٦٦/٥ وما بعدها .

(٣) المهذب : ٣٦٩/١ ، المغني : ٢٤٣/٥.

وقال أبو حنيفة(١) مثل الشافعية والحنابلة فيمن غصب فضة أو ذهباً ، فصكها (ضربها) دراهم أو دنانير ، أو صنعها آنية ، لا يزول ملك مالكها عنها ، ولا شيء للغاصب ، لأن العين باقية من كل وجه ، فاسمها باق ، وأحكامها الأربعة المتعلقة بالذهب والفضة باقية ، وهي (الثمنية وكونها موزونة ، وجريان الربا فيها ، ووجوب الزكاة عليها) فلم ينقطع حق المالك بها .

وظل الصاحبان في ذلك على أصلهما السابق(٢): وهو أنه يملكها الغاصب ، وعليه مثلها ، لأنه أحدث فيها صنعة معتبرة ، صيّر بها حق المالك في حكم الهالك (التالف) ، وتغاير الأصل مع الحادث المصنوع في الاسم والمعنى ، فكان قبل الصنع يسمى تبراً ، وبعده سمي دراهم ودنانير أو آنية .

٥ ـ نقصان المغصوب :

نقص المغصوب في يد الغاصب قد يكون معنوياً أوحسياً مادياً ، وذلك يشمل صوراً أربعة هي مايأتي(٣) :

آ ـ أن يحدث النقص بسبب هبوط الأسعار في الأسواق : وهذا لايكون مضموناً إذا رد العين في مكان الغصب ، لأن نقصان السعر ليس نقصاً مادياً في المغصوب بفوات جزء من العين ، وإنما يحدث بسبب فتور الرغبات التي تتأثر بإرادة الله تعالى ، ولاصنع للعبد فيها .

ب ـ أن يكون النقص بسبب فوات وصف مرغوب فيه ، كضعف الحيوان، وزوال سمعه أو بصره، أو طروء الشلل أو العرج أو العور أو سقوط عضو من الأعضاء، فيجب على الغاصب ضمان النقص في غير مال الربا ، ويأخذ المالك العين المغصوبة ، لبقاء العين على حالها .

---

(١) تكملة الفتح مع العناية : ٣٧٩/٧ ، الكتاب مع اللباب : ١٩٢/٢ .

(٢) واطلاق نص المجلة (م ٨٨٩) يتمشى مع عموم مذهب الصاحبين .

(٣) البدائع : ١٥٥/٧ ، تكملة الفتح : ٢٨٢/٧ ، تبيين الحقائق : ٢٢٨/٥ وما بعدها ، اللباب شرح الكتاب : ١٩٠/٢ ، رد المحتار : ١٣٢/٥ .

فإن كان المغصوب من أموال الربا كتعفين الحنطة ، وكسر إناء الفضة ، فليس للمالك إلا أخذ المغصوب بذاته ، ولاشيء له غيره بسبب النقصان ، لأن الربويات لايمكنهم فيها ضمان النقصان ، مع استرداد الأصل ، لأنه يؤدي إلى الربا .

جـ — أن يكون النقص بسبب فوات معنى مرغوب فيه في العين ، مثل الشيخوخة بعد الشباب ، والهرب ، ونسيان الحرفة ، فيجب ضمان النقص في كل الأحوال .

د — أن يكون النقص بفوات (زوال) جزء من العين المغصوبة ، كخرق الثوب ، فيجب الضمان في جميع الأحوال .

لكن إن كان النقص يسيراً كالخرق اليسير في الثوب ، فليس للمالك سوى تضمين الغاصب مقدار النقصان لبقاء العين بذاتها .

وإن كان النقص فاحشاً كالخرق الكبير في الثوب بحيث يبطل عامة منافعه ، فالمالك بالخيار بين أخذه وتضمينه النقصان ، لتعيبه ، وبين تركه للغاصب وأخذ جميع قيمته ، لأنه أصبح مستهلكاً له من وجه . والصحيح في ضابط الفرق بين اليسير والفاحش هو مايأتي(١) :

اليسير : مالا يفوت به شيء من المنفعة ، وإنما يدخل فيه نقصان في المنفعة .

والفاحش : هو ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ، ويبقى بعض العين وبعض المنفعة .

وقدرت المجلة (م ٩٠٠) : اليسير بما لم يكن بالغاً ربع القيمة المغصوب . والفاحش : بما ساوى ربع قيمة المغصوب أو أزيد .

وإذا وجب ضمان النقصان قوّمت العين صحيحة يوم غصبها ، ثم تقوّم ناقصة ، فيغرم الغاصب الفرق بينهما .

---

(١) رد المحتار : ١٣٦/٥ ، تبيين الحقائق : ٢٢٩/٥ ، تكملة فتح القدير : ٣٨٣/٧ .

وإذا كان العقار مغصوباً ، فإنه وإن لم تضمن عينه بهلاكه بآفة سماوية عند الحنفية ، فإن النقص الطارئ عليه بفعل الغاصب أو بسكناه أو بسبب زراعة الأرض مضمون ، كما أشرنا سابقاً ؛ لأنه اتلاف وتعد منه(١) .

وقال غير الحنفية(٢) : لايضمن نقص المغصوب ولازيادته بسبب هبوط الأسعار ، أي كما قال الحنفية ؛ لأن النقص كان بسبب فتور رغبات الناس ، وهي لاتقابل بشيء ، والمغصوب لم تنقص عينه ولا صفته(٣) ، لكن الشافعية قالوا : إذا نقصت القيمة بسبب تغير الأسعار ، يلزم الغاصب بضمان النقصان .

وأما النقص الحاصل في ذات المغصوب أو في صفته ، فيكون مضموناً ، سواء حصل النقص بآفة سماوية أو بفعل الغاصب .

إلا أن المالكية قالوا في المشهور عندهم : إذا كان النقص بأمر من السماء ، فليس للمغصوب منه إلا أن يأخذ المغصوب ناقصاً كما هو ، أو يُضمن الغاصب قيمة المغصوب كله يوم الغصب ، ولايأخذ قيمة النقص وحدها . وإن كان النقص بجناية الغاصب ، فالمالك مخير في المذهب بين أن يضمن الغاصب القيمة يوم الغصب ، أو يأخذه ، مع مانقصته الجناية (أي يأخذ قيمة النقص) يوم الجناية عند ابن القاسم ، ويوم الغصب عند سحنون . ولم يفرق أشهب بين نقص السماء وجناية الغاصب .

٦ – زيادة المغصوب :

عرفنا أن زيادة المغصوب المتصلة أو المنفصلة لاتضمن عند شيخي الحنفية (أبي حنيفة وأبي يوسف) لعدم إزالة يد المالك عنها .

---

(١) تكملة فتح القدير : ٣٦٩/٧ ، تبيين الحقائق : ٢٢٩/٥ ، م ٩٠٥ من المجلة .

(٢) بداية المجتهد : ٣١٢/٢ وما بعدها ، الشرح الكبير مع الدسوقي : ٤٥٢/٣ وما بعدها ، القوانين الفقهية : ص ٣٢١ ، مغني المحتاج : ٢٨٦/٢ ، ٢٨٨ ، المهذب : ٣٦٩/١ ، كشاف القناع : ٩٩/٤ وما بعدها ، المغني : ٢٢٨/٥ ، ٢٣٢ ، ٢٤١ .

(٣) لا اعتبار بتغير السعر في السوق في غصب الذوات . اما التعدي : وهو غصب المنفعة عند المالكية فيتاثر بذلك ، فللمالك الزام الغاصب قيمة الشيء ان تغير سوقها ، عما كان يوم التعدي ، وله ان ياخذ عين شيئه ، ولا شيء له على المتعدي .

وتضمن الزوائد مطلقاً عند محمد والشافعية والحنابلة لتولدها من عين مملوكة ، وتضمن الزوائد المنفصلة فقط دون المتصلة عند المالكية . ومما يتصل بزيادة المغصوب مايأتي وهو :

البناء على الأرض المغصوبة أو زرعها أو غرسها :

اتفق أئمة المذاهب الأربعة – من حيث المبدأ – على أن الغاصب يلزم برد المغصوب إلى صاحبه ، وإزالة ما أحدثه فيه من بناء أو زرع أو غرس ، لقوله صلى الله عليه وسلم « ليس لعرق ظالم حق » (١) .

وتفصيل آراء المذاهب مايأتي :

١ – قال الحنفية(٢) : من غصب ساجة (خشبة عظيمة تستعمل في أبواب الدور وبنائها) فبنى عليها أو حولها ، وكانت قيمة البناء أكثر من قيمتها ، زال ملك مالكها عنها ، ولزم الغاصب قيمتها ، لصيرورتها شيئاً آخر ، وفي القلع ضرر ظاهر لصاحب البناء (الغاصب) من غير فائدة تعود للمالك ، وضرر المالك ينجبر بالضمان ، ولا ضرر في الاسلام . أما إذا كانت قيمة الساجة أكثر من البناء ، فلم يزل ملك مالكها ، لأنه يرتكب أخف الضررين وأهون الشرين ، كما هو القاعدة .

وعقب قاضي زاده في تكملة الفتح على هذه التفرقة ، فقال : لافرق في المعنى بين أن تكون قيمة البناء أكثر من قيمة الساجة وبين العكس ، لأن ضرر المالك مجبور بالقيمة ، وضرر الغاصب ضرر محض ، ولا ريب أن الضرر المجبور دون الضرر المحض ، فلا يرتكب الضرر الأعلى عند إمكان العمل بالضرر الأدنى . وهذه مسألة

---

(١) رواه ابو داود والدار قطني عن عروة بن الزبير بلفظ : « من احيا ارضا فهي له ، وليس لعرق ظالم حق » (نيل الاوطار : ٥/٣١٩) .

(٢) تكملة فتح القدير : ٧/٣٧٩ ، ٣٨٣ ، الدر المختار : ٥/١٣٥ – ١٣٧ ، تبيين الحقائق : ٥/٢٢٨ وما بعدها ، اللباب شرح الكتاب : ٢/١٩٢ .

الساجة يعمل فيها بقاعدة « الضرر الأشد يزال بالأخف » (١) .

وأما مسألة الساحة فهي: لو غصب غاصب أرضاً ، فغرس فيها ، أو بنى فيها، وكانت قيمة الأرض (الساحة) أكثر . أجبر الغاصب على قلع الغرس ، وهدم البناء ، ورد الأرض فارغة إلى صاحبها كما كانت ؛ لأن الأرض لاتغصب حقيقة عندهم ، فيبقى فيها حق المالك كما كان ،والغاصب جعلها مشغولة فيؤمر بتفريغها، إذ ليس لعرق ظالم حق . فإن كانت قيمة البناء أكثر ، فللغاصب أن يضمن المالك قيمة الأرض ويأخذها .

وإذا كانت الأرض تنقص بقلع الغرس منها أو هدم البناء ، فللمالك أن يضمن للغاصب قيمة البناء والغرس مقلوعاً (أنقاضاً) رعاية لمصلحة الطرفين ودفعاً للضرر، عنهما ، فتتوم الأرض بدون الشجر والبناء . وتقوم وبها شجر وبناء مستحق القلع والهدم ، فيضمن الفرق بينهما ،

وإذا زرع الغاصب الأرض ، فإن كانت الأرض ملكاً : فإن أعدها صاحبها للزراعة ، فيكون الأمر مزارعة بين المالك والغاصب ، ويحتكم إلى العرف في حصة كل منهما ، النصف أو الربع مثلاً ، وإن كانت معدة للإيجار فالناتج للزارع ، وعليه أجر مثل الأرض . وإن لم يكن شيء من ذلك فعلى الغاصب نقصان مانقص الزرع ، وأما إذا كانت الأرض وقفاً أو مال يتيم ، اعتبر العرف إذا كان أنفع ، وإن لم يكن العرف أنفع وجب أجر المثل لقولهم : يفتى بما هو أنفع للوقف .

٢ — وقال المالكية(٢) :

آ — البناء — من غصب أرضاً أو عموداً أو خشباً ، فبنى فيها أوبها ،

---

(١) وطبقوا هذه القاعدة ايضا على فروع كثيرة منها : لو ابتلعت دجاجة لؤلؤة او ادخل البقر رأسه في قدر ، او اودع فصيلا (ولد الناقة اذا فصل عن امه) فكبر في بيت الوديع ولم يمكن اخراجه الا بهدم الجدار ، او سقط دينار في محبرة ولم يمكن اخراجه الا بكسرها ونحو ذلك ، يضمن صاحب الاكثر قيمة الاقل . ولو ابتلع انسان لؤلؤة فمات ، لا يشق بطنه لان حرمة الادمي اعظم من حرمة المال ، وتكون قيمتها في تركته ، وهو مذهب الحنابلة ايضا اي في اللؤلؤة . وجوزه الشافعي قياسا على الشق لأخراج الولد (الدر المختار : ١٢٥/٥) .

(٢) القوانين الفقهية : ص ٣٢١ ، الشرح الكبير : ٤٤٨/٣ ، بداية المجتهد : ٢١٩/٢ .

فيخير المالك بين المطالبة بهدم البناء على المغصوب ، وبين ابقائه على أن يعطي الغاصب قيمة الأنقاض ، بعد طرح أجرة القلع أو الهدم ، ولايعطيه قيمة التجصيص والتزويق وشبه ذلك مما لاقيمة له : أي أنهم يرجحون مصلحة المالك لأنه صاحب الحق .

ومن غصب سارية أو خشبة فبنى عليها ، فلصاحبها أخذها ، وإن هدم البنيان وهو قول الشافعية .

ب — الغرس :

ومن غصب أرضاً ، فغرس فيها أشجاراً لا يؤمر بقلعها ، وللمغصوب منه أن يعطيه قيمتها بعد طرح أجرة القلع كالبنيان . فإن غصب أشجاراً ، فغرسها في أرضه أمر بقلعها .

ج — الزرع .

وإن زرع في الأرض المغصوبة زرعاً : فإن أخذها صاحبها في إبان الزراعة ، فهو مخيّر بين أن يقلع الزرع أو يتركه للزارع ويأخذ الكراء . وإن أخذها بعد إبان الزراعة ، فقيل : هو مخيّر كما ذكر ، وقيل : ليس له قلعه وله الكراء ، والزرع لزارعه .

٣ — وقال الشافعية(١) : يكلف الغاصب بهدم البناء وقلع الغراس على الأرض المغصوبة ، وأرش النقص ان حدث ، وإعادة الأرض كما كانت ، واجرة المثل في مدة الغصب إن كان لمثلها اجرة ، ولو أراد المالك تملكها بالقيمة ، أو إبقاءها بأجرة ، لم يلزم الغاصب إجابته في الأصح ، لامكان القلع بلا أرش ، ولو بذر الغاصب بذراً في الأرض ، فللمالك تكليفه إخراج البذر منها وأرش النقص ، وإن رضي المالك ببقاء البذر في الأرض لم يكن للغاصب اخراجه . كما لايجوز للغاصب قلع تزويق الدار المغصوبة إن رضي المالك ببقائه ، والخلاصة : أن للمالك الحق في إزالة آثار الغصب بلا ضرر عليه .

---

(١) مغني المحتاج : ٢٨٩/٢ ، ٢٩١ ، الميزان : ٨٩/٢ وما بعدها ، المهذب : ٣٧١/١ .

٤ ـ وقال الحنابلة(١) : مثل الشافعية تماماً في البناء والغرس على الأرض المغصوبة عملاً بحديث « ليس لعرق ظالم حق » . أما في حالة زرع الأرض فقالوا : يخير المالك بين إبقاء الزرع إلى الحصاد . وأخذ أجر الأرض وأرش النقص من الغاصب وبين أخذ الزرع له ودفع النفقة للغاصب عملاً بحديث « من زرع في أرض قوم بغير إذنهم فليس له من الزرع شيء . وعليه نفقته » (٢) وفي حديث آخر : « خذوا زرعكم وردوا عليه نفقته(٣) » أي للغاصب . وهذا أعدل الآراء وأكثرها قابلية للتطبيق .

٧ ـ غلة المغصوب ومنافعه :

بينا سابقاً في بحث منافع المغصوب وغلته : أن غلة المغصوب كالأجرة المستفادة من إيجار الأعيان المغصوبة لاتطيب في رأي أبي حنيفة ومحمد للغاصب ، لأن الربح حصل بسبب خبيث : وهو التصرف في ملك الغير ، وسبيله التصدق به .

وقال أبو يوسف وزفر : يطيب الربح للغاصب إذا دفع ضمانه ، لأن المغصوب صار مملوكاً له بالضمان عملاً بالقاعدة المقررة عند الحنفية : « المضمونات تملك بأداء الضمان مستنداً إلى وقت الغصب » .

وأما منافع المغصوب من سكنى العقار وركوب السيارة أو الدابة . ولبس الثوب . واستعمال الشيء وزراعة الأرض . فلا تضمن كما بينا عند الحنفية . إلا في ثلاث :

أن يكون المغصوب وقفاً . أو مال يتيم . أو مالاً معداً للاستغلال أي الاستثمار لأن المنفعة ليست بمال متقوم عندهم . ولاتتقوم إلا بورود عقد الإجارة عليها ،

---

(١) المغني : ٥/٢٢٣ ـ ٢٢٥ ، ٢٣٤ ، ٢٤٥ ، كشاف القناع : ٤/٨٧ ـ ٩٤ .

(٢) رواه احمد واصحاب السنن الا النسائي عن رافع بن خديج ، وقال البخاري : هو حديث حسن (نيل الاوطار : ٥/٣١٩ وما بعدها) .

(٣) هذا حديث اخرجه احمد وابو داود والطبراني وغيرهم « ان النبي صلى الله عليه وسلم راى زرعا في ارض ظهير ، فاعجبه ، فقال : ما احسن زرع ظهير ! فقالوا : انه ليس لظهير ، ولكنه لفلان ، قال : فخذوا زرعكم ، وردوا عليه نفقته » (نيل الاوطار : ٥/٢٢٠) .

ولأن المغصوب لو هلك يضمنه الغاصب عملاً بالحديث « الخراج بالضمان »(١) أي الغنم بالغرم . وحينئذ ليس القاضي إلا الحكم برد المغصوب لصاحبه مادام قائماً ، ورد مثله أو قيمته إذا هلك .

وقال غير الحنفية كما بينا : تضمن منافع المغصوب ، لأن المنافع أموال متقومة كالأعيان ولأن « الغرض الأظهر من جميع الأموال هو منفعتها »كما قال العز بن عبد السلام (٢) .

إلا أن المالكية قالوا : تضمن منافع الأموال من دور وأرض بالاستعمال فقط . ولا تضمن حالة الترك ، أي تضمن بالتفويت دون الفوات . وذلك إذا غصب ذات الشيء . أما إذا غصب المنفعة فقط كأن يغلق الدار ويحبس الدابة ونحوهما ، فيضمنها بمجرد فواتها على صاحبها وإن لم يستعملها .

أما الشافعية والحنابلة فقالوا : تضمن منافع الأموال التي يستأجر المال من أجلها بالغصب أو بالتعدي ، سواء استوفى الغاصب المنافع ، أو تركها حتى ذهبت ، أي تضمن بالتفويت أو بالفوات في يد عادية أي ضامنة معتدية(٣) .

٨ ـ اختلاف الغاصب والمغصوب منه :

هناك مظاهر كثيرة لاختلاف الغاصب والمالك المغصوب منه ، لها أثر في تحمل تبعة الضمان ، فإن صدقنا كلام الغاصب برئ من الضمان ، وإن صدقنا كلام المالك تحمل الغاصب الضمان . وللفقهاء كلام مطول في هذا الشأن نلخصه فيما يأتي :

---

(١) رواه الشافعي وأحمد وأصحاب السنن وصححه الترمذي وابن خزيمة وابن الجارود وابن حبان والحاكم وابن القطان ، وضعفه البخاري . والخراج : هو الغلة والكراء (سبل السلام : ٣/٣٠) .

(٢) قواعد الأحكام : ١/١٥٢ وما بعدها .

(٣) المقصود بالتفويت : استيفاء المنفعة كمطالعة الكتاب وركوب الدابة وشم المسك ولبس الثوب . والمقصود بالفوات في يد عادية : هو ترك المنافع تضيع سدى بدون استيفاء كإغلاق الدار دون اسكان أحد فيها (مغني المحتاج : ٢/٣٨٦) .

١ ــ قال الحنفية(١) : إذا قال الغاصب : هلك المغصوب في يدي (أي قضاء وقدراً) ولم يصدقه المغصوب منه ، ولا بينة للغاصب ، فالقاضي يحبس الغاصب مدة يظهره فيها عادة لو كان قائماً ، ثم يقضي عليه بالضمان ، لأن الحكم الأصلي للغصب هو ــ كما بينا ــ وجوب رد عين المغصوب ، وأما القيمة فهي بدل (أو خلف) عنه ، وإذا لم يثبت العجز عن الأصل ، لايُقضى بالقيمة التي هي خلف .

ولو اختلف الغاصب والمالك في أصل الغصب ، أو في جنس المغصوب ونوعه ، أو قدره ، أو صفته ، أو قيمته وقت الغصب ، فالقول قول الغاصب بيمينه في ذلك كله ، لأن المالك يدعي عليه الضمان ، وهو ينكر ، فكان القول قوله ؛ لأن اليمين في الشرع على من أنكر .

ولو ادعى الغاصب رد المغصوب إلى المالك ، أو ادعى أن المالك هو الذي أحدث العيب في المغصوب ، فلا يصدق الغاصب إلا ببينة ، لأن البينة في الشرع على المدعي .

ولو تعارضت البينتان ، فأقام المالك البينة على أن الدابة أو السيارة مثلاً تلفت عند الغاصب من ركوبه ، وأقام الغاصب البينة أنه ردها إلى المالك ، فتقبل بينة المالك ، وعلى الغاصب قيمة المغصوب ؛ لأن بينة الغاصب لاتدفع بينة المغصوب منه ، لأنها قامت على رد المغصوب ، ومن الجائز أنه ردها ، ثم غصبها ثانياً وركبها ، فتلفت في يده .

ب ــ والمالكية(٢) قالوا مثل الحنفية : ان اختلف الغاصب والمغصوب منه في دعوى تلف المغصوب ، أو في جنسه ، أو صفته ، أو قدره ، ولم يكن لأحدهما بينة ، فالقول قول الغاضب مع يمينه .

جـ ــ وقال الشافعية والحنابلة(٣) : إن اختلف الغاصب والمغصوب في قيمة

---

(١) البدائع : ١٦٣/٧ وما بعدها ، تكملة الفتح : ٢٨٧/٧ ، اللباب مع الكتاب : ١٩٤/٢ .
(٢) الشرح الكبير : ٤٥٦/٣ ، القوانين الفقهية : ص ٣٢١ .
(٣) مغني المحتاج : ٢٨٧/٢ ، المهذب : ٣٧٦/١ ، المغني : ٢٧٢/٥ ، كشاف القناع : ١٢٥/٤ .

المغصوب : بأن قال الغاصب : قيمته عشرة ، وقال المالك : اثنا عشر ، صدق الغاصب بيمينه ، لأن الأصل براءة ذمته من الزيادة ، وعلى المالك البينة .

وإن اختلفا في تلف المغصوب ، فقال المغصوب منه : هو باق ، وقال الغاصب : تلف ، فالقول قول الغاصب مع يمينه ، لأنه يتعذر اقامة البينة على التلف .

وكذلك لو اختلفا في قدر المغصوب أو في صناعة فيه ، ولا بينة لأحدهما ، فالقول قول الغاصب بيمينه ، لأنه منكر لما يدعيه المالك عليه من الزيادة .

وان اختلفا في رد المغصوب ، فقال الغاصب : رددته ، وأنكره المالك ، فالقول للمالك لأن الأصل معه وهو عدم الرد ، وكذا لو اختلفا في عيب في المغصوب بعد تلفه ، بأن قال الغاصب : كان مريضاً أو أعمى مثلاً ، وأنكره المالك ، فالقول للمالك بيمينه ، لأن الأصل السلامة من العيوب ، وهذا موافق لرأي الحنفية .

وهكذا يلاحظ أن المذاهب الأربعة متفقة في دعاوى اختلاف الغاصب والمالك .

٩ ـ غاصب الغاصب ومن في حكمه :

لو غصب شخص من آخر شيئاً ، فجاء آخر وغصبه منه ، فهلك في يده ، فالمالك باتفاق المذاهب الأربعة(١) بالخيار : إن شاء ضمن الغاصب الأول ، لوجود فعل الغصب منه : وهو إزالة يد المالك عنه ، وإن شاء ضمن الغاصب الثاني ، أو المتلف ، سواء علم بالغصب أو لم يعلم ، لأن الغاصب الثاني أزال يد الغاصب الأول الذي هو بحكم المالك في أنه يحفظ ماله ، ويتمكن من رده عليه (أي على المالك) ، ولأنه أثبت يده على مال الغير بغير إذنه ، والجهل غير مسقط للضمان ، ولأن المتلف أتلف الشيء . وهذا بمقتضى مايعرف قانوناً بالحق العيني للمالك المغصوب منه الذي من خواصه إثبات حق تتبع العين المغصوبة في أي يد وجدت فيها العين .

---

(١) البدائع : ١٤٤/٧ ، ١٤٦ ، الاشباه والنظائر لابن نجيم : ٩٦/٢ وما بعدها ، الدر المختار ورد المحتار : ١٢٦/٥ وما بعدها ، ١٣٩ ، الشرح الكبير للدردير : ٤٥٧/٣ ، مغني المحتاج : ٢٧٩/٢ ، فتح العزيز شرح الوجيز : ٢٥٢/١١ ، المغني : ٢٥٢/٥ ، م / ٩١٠ من المجلة .

فان اختار المالك تضمين الأول ، وكان هلاك المغصوب في يد الغاصب الثاني ، رجع الغاصب الأول بالضمان على الثاني ، لأنه بدفعه قيمة الضمان ، ملك – عند الحنفية – الشيء المضمون (أي المغصوب) من وقت غصبه ، فكان الثاني غاصباً للمالك الأول . وسبب رجوع الغاصب الأول على الثاني عند غير الحنفية هو أنه غرم المال بدون تسبب منه في هلاكه .

وان اختار المالك تضمين الثاني أو المتلف ، لايرجع هذا بالضمان على أحد ، ويستقر الضمان في ذمته ، لأنه ضمن فعل نفسه : وهو إزالة يد المالك ،أو استهلاكه ، واتلافه .

وللمالك أن يأخذ بعض الضمان من شخص ، وبعضه الآخر من الشخص الآخر إلا أن الحنفية استثنوا من مبدأ تخيير المالك في هذه الحالة : الموقوف المغصوب إذا غصب ، وكان الغاصب الثاني أملأ من الأول ، فإن متولي الوقف يضمن الثاني وحده .

والراجح عند الحنفية أن المالك متى اختار تضمين أحدهما (الغاصب الأول ، أو الثاني) يبرأ الآخر عن الضمان ، بمجرد الاختيار ، فلو أراد تضمينه بعدئذ ، لم يكن له ذلك .

وإذا رد الغاصب الثاني المغصوب على الأول ، برئ من الضمان ، وإذا رده إلى المالك برئ الاثنان(١) .

الغاصب الأول ومن تصرف معه بالرهن ونحوه :

وكذلك للمالك عند الحنفية(٢) تضمين الغاصب الأول أو المرتهن أو المستأجر أو المستعير أو المشتري من الغاصب الأول ، أو الوديع الذي أودعه الغاصب الأول الشيء المغصوب ، فهلك في يده ، فإن ضمن الغاصب الأول استقر الضمان عليه ، ولم يرجع بشيء على أحد . وإن ضمن المرتهن أو المستأجر أو الوديع أو المشتري ،

---

(١) راجع المجلة : م / ٩١١ ، الدر المختار : ٥/١٣٨ .

(٢) رد المحتار : ٥/١٣٩ .

رجعوا على الغاصب بالضمان ، لأنهم عملوا له والمشتري إذا ضمن القيمة يرجع بالثمن على الغاصب البائع ؛ لأن البائع ضامن استحقاق المبيع ، ورد القيمة كرد العين .

وأما المستعير من الغاصب أو الموهوب له ، أو المتصدق عليه منه ، فيستقر الضمان عليه وإن كان جاهلاً الغصب ؛ لأنه يعمل في القبض لنفسه .

أما الشافعية(١) فقالوا : الأيدي المترتبة على يد الغاصب أيدي ضمان وان جهل صاحبها الغصب ؛ لأنه (أي الواضع) وضع يده على ملك غيره بغير إذنه ، والجهل ليس مسقطاً للضمان بل يسقط الاثم فقط ، فيطالب المالك من شاء منهما . لكن لايستقر الضمان على الآخذ من الغاصب إلا بعلمه بالغصب ، حتى يصدق عليه معنى الغصب ، أو ان جهل به وكانت يد الواضع في أصلها يد ضمان ، كالمستعير والمشتري والمقترض والسائم ، لأنه تعامل مع الغاصب على الضمان ، فلم يغرّه .

أما إن جهل الواضع يده على المغصوب بالغصب ، وكانت يده يد أمانة بلا اتهاب ، كوديع ومضارب ، فيستقر الضمان على الغاصب دون الآخذ ، لأنه تعامل مع الغاصب على أن يده نائبة عن يد الغاصب . وأما الموهوب له فقرار الضمان عليه في الأظهر ، لأنه وان كانت يده ليست يد ضمان ، إلا أن أخذه الشيء للتملك .

وعلى هذا ففي حالة الجهل بالغصب : يستقر الضمان عند الحنفية والشافعية على المستعير والموهوب له ، والمتصدق عليه فقط . وأما الوديع والمضارب المعتبر كل منهما أميناً ، فيستقر الضمان الذي دفعه على الغاصب عند كل من الحنفية والشافعية . ولا خلاف بين الحنفية والشافعية في تضمين الغاصب أو الآخذ منه في كل الأحوال .

---

(١) مغني المحتاج : ٢/٢٧٩ .

الفصل الثاني

إتلاف المال وحكمه

وفيه مباحث ثلاثة . وملحق به . ويبحث الاتلاف المالي عادة بعد الغصب أو معه ؛ لأنه يأخذ حكمه من حيث التضمين .

المبحث الأول – تعريف الاتلاف وكونه سبب الضمان .

المبحث الثاني – شروط إيجاب الضمان بالاتلاف .

المبحث الثالث – كيفية الضمان أو ماهيته .

ونبدأ بحث كل منها فيما يأتي :

المبحث الأول – تعريف الاتلاف وكونه سبب الضمان .

الاتلاف(١) : هو اخراج الشيء من أن يكون منتفعاً به منفعة مطلوبة منه عادة(٢) وهو سبب موجب للضمان ، لأنه اعتداء واضرار ، والله تعالى يقول : « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل مااعتدى عليكم » وقال عليه الصلاة والسلام : « لاضرر ولاضرار في الإسلام » وإذا وجب الضمان بالغصب فبالاتلاف أولى ؛ لأنه اعتداء وإضرار محض .

ولافرق بين أن يقع الإتلاف مباشرة : وهو إلحاق الضرر من غير واسطة بمحل التلف ، أو تسبباً : وهو ارتكاب فعل في محل يفضي إلى تلف غيره .

---

(١) الاتلاف والافساد والاستهلاك لها معان متقاربة في اصطلاح الفقهاء . وهي تدخل تحت مدلول اعم وهو الضرر : وهو الحاق مفسدة بالاخرين ، أي كل نقص يدخل على الاعيان .

(٢) البدائع : ١٦٤/٧ .

كما لافرق في ضمان الاتلاف بين العمد والخطأ ، ولابين وجود البلوغ أو التمييز أوعدمه . فالمتلف عمداً أو خطأ ضامن باتفاق المذاهب الأربعة ، والكبير أو الصغير أو المجنون أو النائم المتلف ضامن أيضاً عند جمهور الفقهاء . وفرق المالكية بين الصبي المميز وغيره ،فيغرم المميز ما أتلفه إن كان له مال ، فإن لم يكن له مال اتبع به . أما غير المميز فلا شيء عليه فيما أتلفه من نفس أو مال كالعجماء ، ومثله المجنون (١) .

إلا أن الفقهاء اختلفوا في تقدير وجود السبب في بعض الحالات ، منها مايأتي :

أولاً – فتح الباب أو حل الرباط : من فتح باب حانوت ، ثم تركه مفتوحاً ، فسرق ،أو دل لصاً أو ظالماً على شيء فأخذه أو فتح قفص طائر ، فطار ، أو حل رباط دابة فهربت ، أو فتح باب الإصطبل فخرجت ، أو حل رباط سفينة ، فغرقت أو ذهبت بها الريح .

لايضمن المتسبب في هذه الأمثلة عندأبي حنيفة وأبي يوسف(٢) ؛ لأن مجرد الفتح ونحوه ليس باتلاف مباشرة ولاتسبباً ، لتدخل عنصر آخر في التلف ، وهو السرقة أو الطيران أو الهرب أو الغرق ونحو ذلك ، والسارق هو المباشر ، والطير أو الدابة هو الذي اختار الهرب ، والماء أوالريح كان السبب في الإغراق أو الضياع ، فلم يكن مجرد فتح الباب أو حل الرباط سبباً محضاً ، فلا حكم له .

ويضمن هذا المتسبب عند المالكية والحنابلة ومحمد بن الحسن(٣) . لأنه تسبب في الاتلاف ، وحدوث الضرر أمر متوقع في الطبع أو العادة . وهو الرأي المنطقي العادل في تقديري ، وقد أخذت به المجلة : م – ٩٢٢.

---

(١) تبيين الحقائق : ١٣٩/٦ ، الاشباه والنظائر لابن نجيم : ٧٧/١ ، الدر المختار وحاشيته : ٢٧٨/٥ ، ٤١٥ ، بداية المجتهد : ٤٠٤/٢ وما بعدها ، القوانين الفقهية : ص ٣٢٢ ، ٣٣٢ ، مغني المحتاج : ٢٧٧/٢ ، كشاف القناع : ١٢٨/٤

(٢) البدائع : ١٦٦/٧ ، جامع الفصولين : ١١٥/٢ وما بعدها ، مجمع الضمانات : ص ١٤٨.

(٣) الشرح الكبير للدردير : ٤٥١/٣ ، القوانين الفقهية : ص ٣٢٢ ، كشاف القناع : ١٢٨/٤ وما بعدها ، المغني : ٢٨٠/٥ ، ٢٨٢ ، القواعد لابن رجب : ص ٢٨٥ .

وفصّل الشافعية في الأمر(١) فقالوا: من فتح قفصاً عن طائر ، وهيجه ، فطار في الحال ، ضمنه ، لأنه ألجأه إلى القراز . وان اقتصر على الفتح ، فالأظهر أنه ان طار في الحال : ضمن ، لأن طيرانه في الحال يشعر بتنفيره ، وإن وقف ثم طار ، فلا يضمنه ، لأن طيرانه بعد الوقوف يشعر باختياره .

وهذا التفصيل ينطبق على حل رباط بهيمة ، أو فتح باب اصطبل ونحوه .

وكذلك لو حلّ رباطاً عن علف في وعاء ، فأكلته بهيمة في الحال ، ضمن . أما من فتح باب حانوت ، فسرقه إنسان ، أو دلّ سارقاً ، فسرق ، فلا ضمان عليه ؛ لأنه لم يوجد منه سبب يمكن تعليق الضمان عليه به .

وإن حلّ رباط سفينةٍ ، فغرقت ، فإن غرقت في الحال ضمن ، لأنها تلفت بفعله . وإن وقفت ، ثم غرقت : فإن كان بسبب حادث كريح هبت ، لم يضمن لأنها غرقت بغير فعله . وإن غرقت من غير سبب حادث ففيه رأيان :

أحدهما – لايضمن كالزّق إذا ثبت بعد فتحه ، ثم سقط .

والثاني – يضمن ، لأن الماء أحد المتلفات .

ثانياً – فتح وعاء السمن (الزق) : لو فتح انسان زقا (ظرفا) فيه زيت أو سمن ونحوهما ، فخرج مافيه :

فقال أبو حنيفة وأبو يوسف(٢) : إن كان الزيت ذائباً ، فسال منه ، ضمن وإن كان السمن جامداً ، فذاب بالشمس ، وزال ، لم يضمن ، لأن المائع يسيل بطبعه إذا وجد منفذاً بحيث يستحيل استمساكه عادة ، فكان حل الرباط اتلافاً له تسبيباً ، أما الجامد فلا يسيل بطبعه ، فإن سال بحرارة الشمس ، فلا يعتبر فاتح الظرف سبباً في اتلافه ، ولا مباشراً له .

---

(١) فتح العزيز شرح الوجيز بهامش المجموع : ٢٤٥/١١ وما بعدها ، مغني المحتاج : ٢٧٨/٢ ، المهذب : ٣٧٤/١ وما بعدها .

(٢) البدائع : ١٦٦/٧ ، مجمع الضمانات : ص ١٤٨ ، ١٥٢ .

وقال المالكية والحنابلة ومحمد بن الحسن(١) : يضمن من شق زق إنسان فيه دهن مائع ، فسال ، وهلك . أو حل وكاء زق جامد ، فأذابته الشمس ، فاندفق . أو بقي الزق بعد حله قاعداً ، فألقته ريح ، أو زلزلة ، فاندفق ، فخرج مافيه كله في الحال ، أو خرج قليلاً قليلاً ، أوخرج منه شيء بلّ أسفله فسقط فاندفق ، لأن المتسبب متعد في جميع ذلك ، سواء حدث الضرر عقب فعله أو تراخى عنه . وهذا الرأي هو المعقول .

وفصل الشافعية فقالوا(٢) : إذا كان الزّق مطروحاً على الأرض ، فخرج مافيه بالفتح وتلف ، يضمن ، حتى ولو كان التناطر بإذابة شمس ، أو حرارة ، أو ريح ، مع مرور الزمن ؛ لأن الإتلاف ناشيء عن فعله ، سواء حضر المالك ، وأمكنه تدارك الأمر ، فلم يفعل ، أم لا . وهذا كما قال المالكية ومن معهم .

أما إذا كان الزق منصوباً على شيء ، ففتحه : فإن سقط بالفتح وخرج مافيه أو بابتلال أسفله منه ، ضمن ، وإن سقط بسبب ريح ، أونحوها كزلزلة ، ووقوع طائر ، أو جهل الحال ، فلم يعلم سبب سقوطه ، لم يضمن ؛ لأن التلف لم يحصل بفعله .

ثالثاً — الترويع : إذا بعث الحاكم إلى امرأة يستدعيها إلى مجلس القضاء، فأجهضت جنينها فزعاً ، أو زال عقلها :

فقال أبو حنيفة وابن حزم(٣) : لاضمان في شيء من ذلك على أحد ، إذ ليس السبب متصلاً بالنتيجة قطعاً .

وقال جمهور الفقهاء(٤): يضمن الحاكم الدية ، لحادثة عمر الذي استدعى امرأة فأجهضت . وقد سبق الكلام على ذلك في الجنايات .

---

(١) القوانين الفقهية : ص ٣٢٢ ، كشاف القناع : ١٢٩/٤ ، البدائع : ١٦٦/٧

(٢) مغني المحتاج : ٢٧٨/٢ ، المهذب : ٢٧٥/١ ، نهاية المحتاج : ١١١/٤ وما بعدها .

(٣) الدر المختار : ٣٩٧/٥ ، مجمع الضمانات : ص ١٧٢ ، اللآلىء الدرية في الفوائد الخيرية بهامش جامع الفصولين : ١١٢/٢ ، ط الأولى بالأزهرية ، المحلى : ٢٩/١١ وما بعدها .

(٤) الشرح الكبير : ٢٤٤/٤ ، المهذب : ١٩٢/٢ ، المغني : ٨٣٢/٧ وما بعدها .

رابعاً ـ الحيلولة والحبس : من حبس المالك عن ماله حتى تلف المال ، أو عن ماشيته حتى تلفت ، فقال جمهور الحنفية(١): إن كان المال منقولاً ضمن ، وإن كان عقاراً لم يضمن . وهذا هو رأي أبي حنيفة وأبي يوسف اللذين يريان امكان تحقق الغصب في المنقول دون العقار . وقال محمد : يجري الغصب فيهما .

وقال المالكية والحنابلة(٢) : على من فعل ذلك ضمان ماتلف به ، لأنه سبب هلاكه .

وقال الشافعية(٣) : إن قصد المتسبب منع المالك عن ملكه ، ضمن ، وهو مبدأ الحيلولة : وهي أن يحول بين الشخص وبين ملكه حائل حتى تلف . وإن لم يقصد منعه عن ملكه ، لم يضمن لأنه لم يتصرف في المال ، وإنما تصرف في المالك .

وبه يظهر أن الحيلولة بين المالك وملكه سبب رابع من أسباب الضمان بعد (العقد ، واليد،والاتلاف) عند جمهور الفقهاء ، وعند الحنفية في المنقول دون غيره .

المبحث الثاني ـ شروط إيجاب الضمان بالإتلاف :

يشترط لايجاب الضمان مايأتي(٤) :

١ ـ أن يكون الشيء المتلف مالاً ، فلا ضمان باتلاف الميتة وجلدها ، والدم، والتراب العادي، والكلب، والسرجين النجس ، ونحو ذلك مما ليس بمال عرفاً وشرعاً .

٢ ـ أن يكون متقوّماً بالنسبة للمتلف عليه . والمتقوم : هو مايباح الانتفاع

---

(١) جامع الفصولين : ١١٧/٢ ، اللباب شرح الكتاب : ١٨٩/٢ .

(٢) الشرح الكبير للدردير : ٢٤٢/٤ ، المغني : ٢٢٣/٥ ، ٨٢٤/٧ .

(٣) فتح العزيز شرح الوجيز بهامش المجموع : ٢٤٧/١١ ، نهاية المحتاج : ١١٢/٤ ، مغني المحتاج : ٢٨٣/٢ .

(٤) البدائع : ١٦٧/٧ وما بعدها ، المبسوط : ٥٢/١١ ؛ درر الحكام : ٢٦٨/٢ ، تبيين الحقائق : ٢٣٣/٥ ـ ٢٣٧ ، تكملة الفتح : ٣٩٧/٧ ، اللباب شرح الكتاب : ١٩٥/٢ ، الشرح الكبير : ٢٠٤/٢ ، القوانين الفقهية : ص ٣٣٣ ؛ نهاية المحتاج : ١١١/٤ ، مغني المحتاج : ٢٧٧/٢ ، كشاف القناع : ١٢٨/٤ ، ١٤٦ وما بعدها .

به شرعاً في غير حال الاضطرار . فلا ضمان بإتلاف خمر أو خنزير لمسلم ، سواء أكان المتلف مسلماً أو ذمياً ، لعدم تقوم الخمر والخنزير في حق المسلم ، إذ لايباح له الانتفاع بهما شرعاً ، فلا قيمة لهما .

أما خمور وخنازير غير المسلم الذمي ، فيضمنها المتلف مسلماً أو غيره ، ويلزم المسلم بالقيمة ، وغير المسلم بالمثل ، عند الحنفية والمالكية ، لتعديه عليها ، ولأنها مال محترم عند غير المسلمين .

ولاتضمن عند الشافعية والحنابلة ؛ إذ لاقيمة لها كالدم والميتة وسائر الأعيان النجسة ، وما حرم الانتفاع به لم يضمن ببدل عنه ، كما بينا في غصب غير المتقوم .

ولاضمان عند جمهور الفقهاء ومنهم الصاحبان بإتلاف الأصنام وآلات اللهو والفساد كالطبل والمزمار والدف ونحوها من أدوات الموسيقا ، لعدم تقوّمها ، لأن منفعتها محرمة لاتقابل بشيء باعتبارها أدوات لهو ، فلا قيمة لها . كما بينا في غصب غير المتقوم .

وقال أبو حنيفة والشافعي : تضمن باعتبارها خشباً منحوتاً فقط ، لأن هذه الآلات كما تصلح للهو والفساد، تصلح للانتفاع بها من وجه آخر ، فكانت مالاً متقوماً من تلك الناحية فقط .

ولاضمان أيضاً بإتلاف الأموال المباحة التي ليست مملوكة لأحد لعدم تقوّمها ، لأن التقوّم ينبني على كون الشيء عزيز المنال ، خطير الأهمية ، وهذا المعنى لايتحقق إلا بالاحراز والاستيلاء .

ولا ضمان كذلك بتحريق كتب الفسق والضلال ، لاشتمالها على الكذب ولالحاقها ضرراً بعقيدة الناس ووحدتهم، فيجب اتلافها واعدامها، وهي أولى بذلك من اتلاف آلات اللهو والمعازف واتلاف آنية الخمر الذي أمر به الرسول صلى الله عليه وسلم(١)، فإن ضررها أعظم من ضرر هذه ، ولا ضمان فيها كما لا ضمان في كسر أواني

---

(١) انظر نيل الأوطار : ٥/٢٦٩ وما بعدها .

الخمر وشق زقاقها (أي ظروفها وأوعيتها) ، وقد حرق الصحابة جميع المصاحف المخالفة للمصحف الموحد الخط : وهو مصحف عثمان ، لما خافوا على الأمة من الاختلاف في التلاوة لاختلاف اللهجات وطرائق النطق(١) .

٣ – **أن يكون التلف (أو الضرر) محققاً بشكل دائم** : فإذا أعيد الشيء إلى الحالة التي كان عليها فلا ضمان ، كأن عولج المرض أو نبتت سن الحيوان في المدة التي بقي فيها الشيء في يد المعتدي ، لأن النقص الحاصل عندما أزيل أو السن إذا نبتت ثانياً ، جعل الضرر كأن لم يكن ، ويرد على المعتدي ما أخذ منه بسبب النقصان ، لأنه تبين أن ذلك النقصان لم يكن موجبا الضمان لعدم تحقق شرط الوجوب وهو العجز عن الانتفاع على طريق الدوام . وهذا رأي أبي حنيفة .

وقال الصاحبان : على الجاني الأرش كاملاً ، لأن الجناية وقعت موجبة له ، والذي نبت نعمة جديدة من الله (٢) .

٤ – **أن يكون المتلف أهلاً لوجوب الضمان** ، فلا يضمن المالك ماتتلفه بهيمته من الأموال ، لأن فعل العجماء جُبَار أي هدر . ولايشترط التمييز عند غير المالكية لإيجاب الضمان كما بينا(٣) .

٥ – **أن يكون في إيجاب الضمان فائدة** : حتى يتمكن صاحب الحق من الوصول إلى حقه، فإن لم يكن في التضمين فائدة ، أي عدم القدرة على تنفيذ الحكم الصادر بالتعويض ، فلا ضمان .

وعليه فلا ضمان على المسلم باتلاف مال الحربي(٤)، ولا على الحربي باتلاف مال المسلم في دار الحرب ؛ إذ ليس لحاكم بلد سلطة أو ولاية لتنفيذ الأحكام على

---

(١) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن قيم : ص ٢٧١ وما بعدهـــا ، ٢٧٥ ، ط السنة المحمدية .

(٢) البدائع : ٧/١٥٥ ، ١٥٧ ، تبيين الحقائق : ٦/١٣٧ ، اللباب شرح الكتاب : ٣/١٩٠

(٣) وعلى هذا نصت المجلة : م/٩١٦ .

(٤) الحربي : هو من بيننا وبين بلده عداوة وحرب .

رعايا بلد آخر . وليس مال الحربي بالنسبة للمسلم وعكسه محترماً ، أي مصوناً يجب الحفاظ عليه ، وإنما هو هَدَر . لهذا الشرط الفقهاء في الضمان أن يكون المال محترماً ، فمال الحربي في نظر الشرع مباح ، فمن أتلفه لايعد غاصباً(١) .

ولاضمان أيضاً على العادل إذا أتلف مال الباغي ، ولا على الباغي إذا أتلف مال العادل(٢) ، لعدم إمكان الوصول إلى الضمان لعدم وجود الولاية والسلطة.

وقيّد غير الحنفية(٣) عدم الالتزام بالضمان بين العادلين والبغاة بحال الحرابة (أو الحرب أو الخروج على الإمام) لعذر البغاة بالتأويل .

وأضاف الشافعية(٤) على هذه الشروط أن تثبت اليد على المال : فلا يضمن الشخص طائراً فزع من مسيره من غير قصد . فخرج من القفص الذي كان مفتوحاً ، ولا يضمن المشتري مبيعاً تلف قبل القبض .

وأما شروط الضمان في الاتلاف تسبباً فهي ثلاثة كما ذكر الحنفية(٥) :

١ ــ التعدي : أن يحدث تعد من فاعل السبب . والتعدي : هو تجاوز الحق، أو مايسمح به الشرع ، كأن يحفر شخص بئراً في الطريق العام من غير إذن الحاكم، أو في غير ملكه عدواناً ،أو لايتخذ الاحتياطات الواقية من وقوع الضرر ولو بإذن ، فإذا سقط فيه إنسان أو حيوان ، فالحافر ضامن . ومثله أن يؤجج رجل ناراً في يوم ريح عاصف ، فيتعدى إلى اتلاف مال الغير ؛أو يحل وكاء وعاء فيه شيء مائع

---

(١) نهاية المحتاج : ١١١/٤ .

(٢) العادل ضد الباغي ، وجمعه بغاة ، والبغاة قوم كالخوارج لهم شوكة ومنعة خالفوا جماعة المسلمين في بعض الاحكام الشرعية بتاويل فاسد لبعض النصوص ، وقهروا على بلدة من البلاد الإسلامية ، ونظموا عسكرا لهم ، ونفذوا احكامهم الخاصة .

(٣) الشرح الكبير : ٤٤٢/٣، ٤٠٠/٤، مغني المحتاج : ٢٧٧/٢ وما بعدها ، كشاف القناع : ١٢٨/٤ .

(٤) نهاية المحتاج : ١١٣/٤

(٥) جامع الفصولين : ١١٦/٢ ، ١٢٢ ، ١٢٤ ، مجمع الضمانات : ص ٢٢٣ ، شرح المجلة للشيخ خالد الاتاسي : ٤٦٤/٣ ، المادة ٩٢٤ من المجلة ، وانظر القواعد لابن رجب : ص ١٩٠ وما بعدها ، الفروق للقرافي : ٢٧/٤ ، ٢٠٨/٢ ، مغني المحتاج : ٢٧٨/٢ .

فاندفق ؛ أو يمزق وثيقة فضاع ما فيها من الحقوق ؛ أو يفتح قفصاً عن طائر ؛ فطار في رأي غير أبي حنيفة وأبي يوسف ، أو يحمل حملاً في الطريق ، فيقع على شيء فيتلفه ، أو يعثر أحد بالحمل ، فيضمن في كل تلك الحالات لأنه أثر فعله الذي هو تعدي .

٢ ــ **التعمد** : وهو أن يصدر الفعل عن قصد وإرادة ، كأن يتلف شِرْب(١) إنسان بأن يسقي أرضه بشرب غيره ، أو يسد الماء عن أرض جاره ، فتيبس مزروعاته ، أو يجذب ثوب إنسان فيسقط منه مايحمله فيه ، فيتلف ، فيضمن . أما إذا لم يكن هناك تعمد ، كما لو جفلت دابة من رجل ، فهربت وضاعت ، فلا يضمن ، لأنه غير متعمد .

٣ ــ أن يؤدي السبب إلى النتيجة قطعاً ، دون تدخل سبب آخر حسب العادة : وبعبارة أخرى : ألا يتخلل بين السبب والمسبب فعل شخص آخر ،أو ألا يكون التلف قد نشأ عن فعل آخر مختار ، مباشر ، فإن تدخل عنصر آخرمختار نسب الفعل إليه مباشرة .

أي إن اشترك المباشر والمتسبب ، ضمن المباشر إن كان السبب لا يؤثر في التلف بانفراده عادة ، كمن حفر بئراً في مكان عدواناً ، فجاء غير الحافر ، وأردى فيه إنساناً أو حيواناً ، فالضمان عليه دون الحافر ، أما ان تردى فيه بهيمة أو غيرها بنفسها ، فالحافر هو الضامن .

وإن كان السبب يؤثر بانفراده ، فإن المتسبب والمباشر يشتركان في الضمان، كما لو نخس رجل دابة باذنه ، فوطئت انساناً ، فالضمان عليهما ، لأن السبب هنا يؤثر بانفراده ، كما أو ضحنا سابقاً في الجنايات .

هذا . . . ولا يشترط في الضامن التمييز أو كونه بالغاً عاقلاً عند غير المالكية ، فإن الصبي والمجنون يضمنان مايتلفانه من أموال ، كما بينا سابقاً في تعريف الاتلاف .

---

(١) الشرب : النصيب من الماء لارواء الاراضي . وحق الشفه : هو حق شرب الانسان والدواب .

ولا تكون **حالة الضرورة** سبباً للإعفاء من الضمان ، فمن اضطر حال الجوع مثلاً لتناول مال الغير ، فإنه يلزمه ضمانه بالرغم من إباحة التناول حفاظاً على النفس من الهلاك ، لأن القاعدة تقول : « الاضطرار لايبطل حق الغير » .

ولا يعتبر **الجهل** بكون المال المتلف مال الغير سبباً أيضاً للتخلص من الضمان . فالعلم بكون المتلف مال الغير ، ليس بشرط لوجوب الضمان ، فمن أتلف مالاً ظاناً أنه ملكه ، ثم تبين أنه مملوك لغيره ، ضمنه ، لأن الاتلاف واقعة مادية لايتوقف رجودها على العلم بكون المتلف مال الغير . كل مافي الأمر أن الاتلاف إذا تم مع العلم ، فيوجب الضمان والاثم الأخروي ، وإذا حدث جهلاً فيوجب الضمان فقط ، ويرتفع الاثم ، لأن الخطأ مرفوع المؤاخذة شرعاً ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « إن الله تجاوز لي عن أمتي الخطأ والنسيان،وما استكرهوا عليه»(١) .

المبحث الثالث ــ كيفية الضمان أوماهيته :

الواجب بالاتلافات المالية هو الواجب بالغصب : وهو ضمان المثل إن كان المتلف مثلياً ، وضمان القيمة يوم الاتلاف فيما لا مثل له ؛ لأن ضمان الاتلاف ضمان اعتداء ، والاعتداء لم يشرع إلا بالمثل . فعند الامكان يجب العمل بالمثل المطلق (وهو المثل صورة ومعنى) ، وعند التعذر يجب المثل معنى ، وهو القيمة ، كما في الغصب(٢) .

---

(١) حديث حسن رواه ابن ماجه والبيهقي وغيرهما من حديث ابن عباس رضي الله عنهما .

(٢) البدائع : ١٦٨/٧ ، القوانين الفقهية : ص ٣٣٢ ، مغني المحتاج : ٢٨٤/٢ ، غاية المنتهى : ٢٤٦/٢ . لكن ان تلف المغصوب المثلي ، وفقد مثله ، فتجب قيمته يوم انقطاع المثل عند الحنابلة ، لان القيمة وجبت في الذمة حينئذ (المغني : ٢٥٨/٥) .

الفصل الثالث

دفع الصائل

وحكم ضمان الفعل الدفاعي - الدفاع الشرعي

وفيه مباحث أربعة : في مشروعية الدفاع ومراحله وحكمه ، وشروطه ، وهل هو حق أم واجب ، وضمان الفعل .

المبحث الأول ـ مشروعية الدفاع ومراحله وحكمه :

إذا اعتدى إنسان على غيره في نفس أو مال أو عرض ،أو صال عليه يريد ماله أو نفسه ظلماً ، أو يريد امرأة ليزني بها أو صالت عليه بهيمة ، فللمعتدى عليه ، أو المصول عليه ، ولغيره : أن يرد العدوان بالقدر اللازم لدفع الاعتداء حسب تقديره في غالب ظنه ، وللغير أن يعاونه في الدفاع ، ولو عرض اللصوص لقافلة ، جاز لغير أهل القافلة الدفع عنهم .

ويبتدئ المدافع بالأخف فالأخف إن أمكن ، فإن أمكن دفع المعتدي بكلام واستغاثة بالناس ، حرم عليه الضرب ، وإن أمكن الدفع بضرب باليد ، حرم استخدام السوط ، وإن أمكن الدفع بالسوط ، حرم استعمال العصا ، وإن أمكن الدفع بقطع عضو ، حرم القتل ، وإن لم يمكن الدفع إلا بالقتل أبيح للمدافع القتل ، لأنه من ضرورات الدفع . فإن شهر عليه سيفاً أبيح للمدافع أن يقتله ؛ لأنه لايقدر على الدفع إلا بالقتل ، إذ لو استغاث بالناس لقتله ، قبل أن يلحقه الغوث ، إذ تأثير السلاح فوري .

والخلاصة : أن المدافع إن كان يعلم أن المهاجم يتزجر بصياح أو ضرب بما دون السلاح ، فعل ، وإلا جاز له استعمال السلاح . فالقتل أو السلاح جوز للضرورة استثناء من قاعدة « الضرر لايزال بالضرر » ولا ضرورة في الأثقل مع امكان تحصيل المقصود بالأسهل . ومن المعلوم أن « الضرورة تقدر بقدرها » حتى ان تمكن المعتدى عليه أو المصول عليه من الهرب أو الالتجاء لحصن أو جماعة ، فيجب عليه ذلك ، كما أوضح الشافعية والمالكية ، وفي وجه عند الحنابلة ، ويحرم قتال المعتدي أو الصائل حينئذ ، لأن المعتدى عليه مأمور بتخليص نفسه بالأهون ، وبما أن الهرب ونحوه أسهل من غيره ، فلا يلجأ إلى الأشد(١) ، قال العز بن عبد السلام : « إذا انكف الصوال عن الصيال حرم قتالهم وقتلهم »(٢) .

وأدلة مشروعية الدفاع كثيرة في القرآن والسنة والمعقول :

أما من القرآن فقوله تعالى : « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل مااعتدى عليكم ، واتقوا الله ، واعلموا أن الله مع المتقين » فالأمر بالتقوى دليل على ضرورة التزام مبدأ المماثلة أو التدرج في الأخذ بالأخف فالأخف .

ومن السنة : أحاديث منها « من قتل دون دينه فهو شهيد، ومن قتل دون دمه فهو شهيد ، ومن قتل دون ماله فهو شهيد ، ومن قتل دون أهله فهو شهيد »(٣) فهذا دليل على جواز الدفاع عن الدين والنفس والمال والعرض ، لأن النبي صلى الله عليه رسلم لماجعل المدافع شهيداً ، دل على أن له القتل والقتال .

وأما جواز الدفاع عن الغير : فأساسه الحفاظ على الحرمات مطلقاً من نفس أو مال ، فلولا التعاون ، لذهبت أموال الناس وأنفسهم ؛ لأن قطاع الطرق مثلاً إذا انفردوا بأخذ مال انسان لم يعنه غيره ، فإنهم يأخذون أموال الكل واحداً واحداً ،

---

(١) البدائع : ٩٣/٧ ، الدر المختار ورد المحتار : ١٩٧/٣ ، الشرح الكبير : ٣٥٧/٤ ، بداية المجتهد : ٣١٩/٢ ، مغني المحتاج : ١٩٦/٤ - ١٩٧ ، المغني : ٣٢٩/٨ - ٣٣١ .

(٢) قواعد الاحكام : ١٩٥/١ .

(٣) رواه اصحاب السنن الاربعة وصححه الترمذي عن سعيد بن زيد (سبل السلام : ٤٠/٤)

وكذلك غيرهم . وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم : « انصر أخاك ظالماً أو مظلوماً، قيل : كيف أنصره ظالماً ؟ قال : تحجزه عن الظلم ، فإن ذلك نصره »(١) وقال أيضاً : « من أذَلّ عنده مؤمن ، فلم ينصره ، وهو يقدر على أن ينصره ، أذله الله على رؤوس الأشهاد يوم القيامة»(٢) وفي حديث « إن المؤمنين يتعاونون على الفُتّان »(٣) .

وحكم الدفاع الشرعي : هو الإباحة ، فتعتبر أفعال الدفاع مباحة باتفاق الفقهاء(٤)، فلا مسئولية على المدافع من الناحيتين المدنية والجنائية ، إلا إذا تجاوز حدود المشروع ، فيصبح عمله جريمة يسأل عنها مدنياً وجزائياً ، وعليه القصاص. ولايجوز للمدافع القتل إلا إذا ثبت ببينة أن الصائل لم يندفع إلا به ، كأن يرى الشهود أن الصائل أقبل بسلاح مشهور على المدافع ، فضربه هذا . ولايقبل ذلك بمجرد ادعاء المدافع أنه قد هاجم منزله، فلم يمكنه دفعه إلا بالقتل، كما لايقبل قول الشهود بأنهم رأوا الصائل داخلاً الدار ولم يذكروا سلاحاً . فإن لم يحضر أحد من الناس يقبل عند المالكية قول المدافع بيمينه(٥) .

المبحث الثاني ــ شروط دفع الصائل :

يشترط لجواز دفع الصائل أربعة شروط وهي(٦) :

١ ــ أن يكون هناك اعتداء في رأي جمهور الفقهاء ، وعند الحنفية : أن يكون الاعتداء جريمة معاقباً عليها . وعلى هذا فممارسة حق التأديب من الأب

---

(١) رواه احمد في مسنده والبخاري والترمذي عن انس بن مالك .

(٢) رواه احمد في مسنده عن سهل بن حنيف (نيل الاوطار : ٣٢٧/٥)

(٣) رواه أبو داود ولفظه « المؤمنن اخو المؤمن يسعهما الماء والشجر » ويتعاونان على الفتان » اي الشيطان . وبضم الفاء : جمع .

(٤) الراجع السابقة في بدء هذا المطلب ، نظرية الضرورة الشرعية للمؤلف : ص ١٤٠ ــ ١٤٢

(٥) الشرح الكبير للدردير : ٣٥٧/٤ ، المغني : ٣٣٣/٨ .

(٦) راجع التفصيل في التشريع الجنائي الاسلامي للمرحوم عبد القادر عودة : ٢٧٨/١ وما بعدها .

أو الزوج أو المعلم ، وفعل الجلاد : لايوصف بكونه اعتداء . وفعل الصبي والمجنون وصيال الحيوان : لايوصف بكونه جريمة عند الحنفية .

فإذا قتل الإنسان الجمل الصؤول ونحوه، ضمن قيمته على كل حال عند الحنفية، لأن الأموال تضمن حال الضرورة إلى اتلافها ، والقاعدة عندهم أن « الاضطرار لايبطل حق الغير » وأن جناية « العجماء جُبَار » أي هدر .

وقال الجمهور غير الحنفية : لاغرم ولاضمان على المدافع إذا لم يقدر على الامتناع منه إلا بضربه وقتله ، لأنه قتله أثناء الدفاع الجائز ، ولدفع شره . وقياساً على قتل الإنسان الصائل ، وحرمة النفس أعظم من حرمة المال . وقياساً أيضاً على إهدار دم الصيد الحرمي إذا صال . ويختلف هذا عن حالة المضطر إلى طعام الغير ، بأن الطعام لم يلجئ المضطر إلى اتلافه ، ولم يصدر منه مايزيل عصمته(١) . ومذهب غير الحنفية في صيال الحيوان والصبي والمجنون هو المعقول .

٢ ــ أن يكون الاعتداء حالاً : أي واقعاً بالفعل . لا مؤجلا ولا مهدداً به فقط .

٣ ــ ألا يمكن دفع الاعتداء بطريق آخر ، فإذا أمكنه ذلك بوسيلة أخرى كالاستغاثة أو الاستعانة بالناس أوبرجال الأمن ، ولم يفعل ، فهو معتد .

٤ ــ أن يدفع الاعتداء بالقوة اللازمة : أي بالقدر اللازم لرد الاعتداء بحسب ظنه بالأيسر فالأيسر ، كما بينا في المطلب الأول .

المبحث الثالث ــ هل دفع الصائل حق مباح أم واجب ؟

الكلام في هذا المطلب يقتضي التفصيل في كل حالة من حالات الدفاع الشرعي على حدة .

---

(١) البدائع : ٢٧٣/٧ ، بداية المجتهد : ٢١٩/٢ ، المغني : ٣٢٨/٨ وما بعدها ، المهذب : ٢٢٥/٢ ، كشاف القناع : ١٤٣/٤ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٢٥٧/٤ .

أولاً ـ الدفاع عن النفس :

إذا هوجم انسان بقصد الاعتداء على نفسه، أو عضو من أعضائه ، سواء أكان الهجوم من إنسان آخر أو من بهيمة ، فيجب على المعتدى عليه أن يدافع عن نفسه في رأي الحنفية والمالكية ، والشافعية(١) ، إلا أن الشافعية قيدوا وجوب دفع الصائل في هذه الحالة بما إذا كان الصائل كافراً أو بهيمة ، لأن الاستسلام للكافر ذل في الدين، والبهيمة تذبح لاستبقاء نفس الإنسان .

وأما إذا كانَ الصائل مسلماً فالأظهر عند الشافعية أنه يجوز الاستسلام له ، بل يسن لخبر أبي داود : « كن خير ابني آدم » يعني قابيل وهابيل ، واشتهر ذلك عن الصحابة رضي الله تعالى عنهم ، ولم ينكر عليه أحد ، وأضاف الشافعية بأن الدفع عن نفس غيره في الايجاب وعدمه كالدفع عن نفسه .

وقيد المالكية وجوب الدفاع بأن يكون بعد الانذار ندباً كالمحارب إن أمكن: بأن يقول له : ناشدتك الله الا ماتركتني ونحو ذلك ، فإن لم ينكف أو لم يمكن ، جاز له دفعه بالقتل وغيره .

ودليل القائلين بايجاب الدفاع عن النفس قوله تعالى : « ولا تلقوا بأيديكم إلى إلى التهلكة » وقوله سبحانه « فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء إلى أمر الله » « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ماعتدى عليكم » « وجزاء سيئة سيئة مثلها » وبما أن الانسان يجب عليه صيانة نفسه بأكل مايجده حال الجوع ، فيجب عليه الدفاع عن نفسه .

وقال الحنابلة(٢)، ورأيهم هو المتفق مع السنة : ان دفع الصائل على النفس جائز لاواجب سواء أكان الصائل صغيراً أم كبيراً أم مجنوناً ، لقول النبي صلى الله

---

(١) تبيين الحقائق : ١١٠/٦ ، البدائع : ٩٣/٧ ، تكملة فتح القدير : ٢٦٩/٨ ، الدر المختار ورد المحتار : ١٩٧/٣ ، ٢٨٧/٥ ، الفتاوى الهندية : ٧/٦ ، ٥١ ، مواهب الجليل للحطاب : ٢٢٢/٦ ، الشرح الكبير والدسوقي : ٣٥٧/٤ ، المنتقى على الموطأ : ٦١/٦ ، تنوير الحوالك شرح الموطأ : ٢٢٠/٢ ، الفروق : ١٨٥/٤ ، مغني المحتاج : ٢١/٤ ، ١٩٥ ، المهذب : ٢٢٥/٢ .

(٢) المغني : ٣٢٩/٨ وما بعدها ، كشاف القناع : ١٤٣/٤ .

عليه وسلم في حال الفتنة : « اجلس في بيتك ، فإن خفت أن يبهرك شعاع الشمس ، فغطِّ وجهك » وفي لفظ « تكون فتن ، فكن فيها عبد الله المقتول ، ولا تكن القاتل »(١) وقد صح أن عثمان بن عفان رضي الله عنه منع عبيده أن يدافعوا عنه ، وكانوا أربعمائة ، وقال : « من ألقى سلاحه فهو حر » . قالوا : وهذا مخالف لحال المضطر إلى الطعام : يلزمه الأكل منه ، لأن في القتل شهادة ، واحياء نفس غيره ، وفي الأكل إحياء نفسه من غير مساس بنفس أحد غيره .

ضمان الفعل (٢) :

اتفق الفقهاء(٣) على أن المعتدى عليه (المدافع) إذا قتل الصائل ، فلا مسئولية عليه من الناحيتين المدنية والجنائية ، فلا دية ولا قصاص ، لقوله عليه السلام : « من شهر سيفه ثم وضعه — ضرب به — ، فدمه هَدَر »(٤) ، ولأن الصائل باغ ، والمصول عليه كان يؤدي واجبه في الدفاع عن نفسه ، ودفع الشر(٥) .

إلا أن الحنفية استثنوا من ذلك : ما إذا كان الصائل صبياً أو مجنوناً أو دابة ، فقتله المصول عليه ، فيسأل مدنياً فقط لاجنائياً ، فلا قصاص عليه ، وإنما يدفع الدية عن الصبي والمجنون ، ويضمن قيمة الدابة كما بينا في المطلب الثاني .

وروي عن أبي يوسف : أنه يكون مسئولاً مدنياً فقط عن قيمة الحيوان ، ولا تجب الدية عليه في قتل الصبي والمجنون ، لأنه يشترط في رأيه أن يكون الاعتداء جريمة ، وهو مبدأ الحنفية .

---

(١) اخرجه ابن أبي خيثمة والدار قطني عن عبد الله بن خباب بن الارت ، واخرج احمد نحوه عن خالد بن عرفطة .

(٢) هذا هو المطلب الرابع ، لكنه جاء قبل انهاء الكلام عن المطلب الثالث ، فلم اعنون له .

(٣) المراجع السابقة .

(٤) اخرجه النسائي واسحق بن راهويه والطبراني عن عبد الله بن الزبير (نصب الراية : ٣٤٧/٤) .

(٥) قال الحنفية : « من شهر على رجل سلاحا ليلا أو نهارا ، أو شهر عصا ليلا في مصر ، أو نهارا في طريق غير مصر ، فقتله المشهور عليه عمدا ، فلا شيء عليه » (مجمع الضمانات : ص ١٦٦) .

ودليل الحنفية بالنسبة للدابة قوله صلى الله عليه وسلم : « العجماء جُرْحها جُبَار » (١) أي هَدَر . وأما فعل الصبي والمجنون فلا يوصف بكونه جريمة أو بغياً ، فلا تسقط به عصمة النفس ، ولا يتوفر بالتالي شرط جواز الدفاع عن النفس ، لأن من شرائطه أن يكون هناك اعتداء أو عدوان عندهم ، كما بينا ، ولأن الدفاع شرع لدفع الجرائم ، ولا جريمة ههنا .

وقال أبو يوسف : يعتبر فعل الصبي والمجنون جريمة ، بدليل أنه يجب عليهما ضمان المتلفات ، إلا أنه رفع العقاب عنهما لعدم الادراك . أما فعل الدابة ، فليس جريمة ، ولا يجب الضمان على ماتتلفه ، لأن العجماء جبار .

والخلاصة أن أبا حنيفة لا يرى وجوداً لحالة الدفاع في صيال الصبي والمجنون والحيوان ، وإنما يحق الدفاع على أساس الضرورة ، أي فيجب الضمان أو التعويض . وأما أبو يوسف فيرى وجود حالة الدفاع إذا صال الصبي أو المجنون ، وهذا هو رأي غير الحنفية . أما إذا صال الحيوان فيدفع على أساس الضرورة ، فتجب قيمته باتلافه .

وأما جمهور الفقهاء فيرون توافر حالة الدفاع في كل الحالات المذكورة ، لأن من واجب الإنسان أن يدافع عن النفس والمال عند كل اعتداء ، وان فعل الاعتداء بذاته لا يحل دم الصائل ، ولكنه يوجب أو يجيز منع الاعتداء ، على الخلاف السابق بينهم على رأيين ، فالمطالبة بمنع الاعتداء هو الذي أحل دم الصائل ، وليس الاعتداء ذاته ، فلا يشترط إذن أن تكون ذات الاعتداء جريمة معاقباً عليها .

ورأي الحنابلة(٢) : أن من دفع صائلاً عن نفسه أو ولده ونسائه ومحارمه كأخته وعمته بالقتل لم يضمنه ، ولو دفعه عن غيره بالقتل ضمنه .

حكم العاض : وأما من عض يد إنسان ، فانتزعها منه ، فسقطت أسنانه ، فلا

---

(١) رواه الجماعة عن ابي هريرة رضي الله عنه (نيل الاوطار : ٢٣٤/٥) .

(٢) كشاف القناع : ١٤٣/٤ .

ضمان عليه ، أي لايسأل مدنياً بدفع الدية عند غير المالكية ، بدليل حديث عمران ابن حصين « أن رجلاً عض يد رجل ، فنزع يده من فيه ، فوقعت ثنيتاه (١) ، فاختصموا إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال : يَعَضُّ أحدكم يد أخيه ، كما يعض الفَحْل(٢) ، لادية لك »(٣) وحديث يعلى بن أمية قال : « كان لي أجير ، فقاتل انساناً ، فعض أحدهما صاحبه ، فانتزع اصبعه ، فأندر ثنيته (أي أزالها) ، فسقطت ، فانطلق إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، فأهدر ثنيته ، وقال : أيدع يده في فيك ، تقضمها كما يَقْضَم الفحل »(٤) .

وقال المالكية : إنه يجب الضمان في مثل ذلك ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « في السن خمس من الإبل »(٥) ولكن قال يحي بن يعمر وابن بطال : لو بلغ مالكاً هذا الحديث ــ حديث ابن الحصين ويعلى ــ لم يخالفه(٦) .

ثانياً ــ الدفاع عن العرض :

إذا أراد فاسق الاعتداء على شرف امرأة ، فيجب عليها باتفاق الفقهاء(٧) أن تدافع عن نفسها إن أمكنها ذلك ، لأن التمكين منها للرجل حرام ، وفي ترك الدفاع تمكين منها للمعتدي ، ولها قتل الرجل المكره ، ولو قتلته كان دمه هدراً ، إذا لم يمكن دفعه إلا بالقتل .

---

(١) الثنية : واحدة الثنايا اي اسنان مقدم الفم ، ثنتان من فوق ، وثنتان من اسفل .

(٢) الفحل : الذكر من كل حيوان .

(٣) رواه أحمد واصحاب الكتب الستة ماعدا ابا داود .

(٤) رواه الجماعة (احمد واصحاب الكتب الستة) الا الترمذي .

(٥) رواه ابو داود في المراسيل والنسائي وابن خزيمة وابن الجارود وابن حبان واحمد .

(٦) المغني : ٣٢٣/٨ وما بعدها ، مغني المحتاج : ١٩٧/٤ ، نيل الاوطار : ٢٥/٧ ، الميزان للشعراني : ١٧٣/٢ ، المهذب : ٢٢٥/٢ . واشترط الشافعية لعدم ضمان رمي الناظر الى البيوت : عدم وجود محرم وزوجة للناظر ، فان كان له شيء من ذلك حرم رميه لان له في النظر شبهة .

(٧) الدر المختار : ١٩٧/٣ ، ٢٩٧/٥ ، البدائع : ٩٣/٧ ، بداية المجتهد : ٣١٩/٢ ، مجمع الضمانات : ص ٢٠٣ ، مغني المحتاج : ١٩٤/٤ وما بعدها ، المهذب : ٢٢٥/٢ ، المغني : ٣٢١/٨ وما بعدها ، كشف الاسرار : ١٥٢٠/٤ ، الشرح الكبير للدردير : ٣٥٧/٤ .

وكذلك يجب على الرجل إذا رأى غيره يحاول الاعتداء على امرأة أن يدفعه، ولو بالقتل ان أمكنه ذلك ، ولم يخف على نفسه ، لأن الأعراض حرمات الله في الأرض ، لاسبيل إلى إباحتها بأي حال ، سواء عرض الرجل أو عرض غيره .

ولايسأل المدافع جنائياً ولا مدنياً ، فلا قصاص ولا دية عليه ، لظاهر الحديث: « من قتل دون أهله فهو شهيد »(١) ولما ذكره الإمام أحمد من حديث الزهري بسنده عن عبيد بن عمير : « أن رجلاً أضاف ناساً من هذيل ، فأراد امرأة على نفسها ، فرمته بحجر فقتلته ، فقال عمر : والله لايؤدى أبداً » ، ولأنه إذا جاز الدفاع عن المال الذي يجوز بذله وإباحته ، فدفاع المرأة أو الرجل عن نفسها ، وصيانتها عن الفاحشة التي لاتباح بحال : أولى .

الزاني بامرأته : كذلك لا قصاص ولا دية في المذاهب الأربعة(٢) على من وجد رجلاً يزني بامرأته ، فقتله ، لما روي « أن عمر رضي الله عنه بينما هو يتغدى يوماً ، إذ أقبل رجل يعدو ،ومعه سيف مجرد ملطخ بالدم ، فجاء حتى قعد مع عمر ، فجعل يأكل ، وأقبل جماعة من الناس ، فقالوا : ياأمير المؤمنين ، إن هذا قتل صاحبنا مع امرأته ، فقال عمر : مايقول هؤلاء ؟ قال : ضرب الآخر فخذي امرأته بالسيف ، فإن كان بينهما أحد ، فقد قتله ، فقال لهم عمر : مايقول ؟ قالوا: ضرب بسيفه فقطع فخذي امرأته ، فأصاب وسط الرجل ، فقطعه باثنين ، فقال عمر : إن عادوا فعد »(٣) .

وإذا كانت المرأة مطاوعة فلا ضمان عليه فيها . وإن كانت مكرهة فعليه القصاص .

ولابد من البينة كما بينا في حكم الدفاع . وفي البينة روايتان عند الحنابلة : في رواية : أنها أربعة شهداء لما روي عن علي رضي الله عنه أنه سئل عن رجل دخل بيته ، فإذا مع امرأته رجل ، فقتلها وقتله ، قال علي : إن جاء بأربعة شهداء ، وإلا

---

(١) سبق تخريجه .
(٢) المراجع السابقة ، المغني : ٣٣٢/٨ .
(٣) رواه هشيم عن مغيرة عن ابراهيم ، واخرجه سعيد بن منصور .

فليعط برمته أي تضمن ديته . ولما روى أبو هريرة « أن سعد بن عبادة قال : يا رسول الله ، أرأيت إن وجدت مع امرأتي رجلاً أمهله حتى آتي بأربعة شهداء ؟ فقال النبي صلى الله عليه وسلم : نعم » (١) .

وفي رواية أخرى : أنه يكفي شاهدان ، لأن البينة تشهد على وجوده على المرأة، وهذا يثبت بشاهدين ، وإنما الذي يحتاج إلى الأربعة : الزنا ، وهذا لايحتاج إلى إثبات الزنا .

فإن لم تكن بينة فادعى الزوج علم ولي المرأة بذلك ،فالقول قول الولي بيمينه ، عند الحنابلة .

الاطلاع على داخل البيوت :

لو اطلع إنسان بدون إذن على بيت إنسان من ثقب أو شق باب أو نحوه ، فرماه صاحب البيت بحصاة أو طعنه بعود ، ففقع عينه ، فلا مسئولية عليه جنائياً ولا مدنياً أي لاقصاص ولا دية عند الشافعية والحنابلة(٢) ، لقوله صلى الله عليه وسلم : «لو أن رجلاً اطلع عليك بغير إذن ، فخذفته(٣) بحصاة ، ففقأت عينه ، ماكان عليك جناح»(٤) . وقوله عليه السلام : « من اطلع في بيت قوم بغير إذنهم ، فقد حل لهم أن يفقؤوا عينه »(٥) وفي لفظ « من اطلع في بيت قوم بغير إذنهم ، ففقؤوا عينه ، فلا دية له ولا قصاص »(٦) .

هذا إذا رماه بشيء خفيف كحصاة . أما إذا رمى صاحب الدار الناظر بما يقتله عادة كحجر قاتل ، أو حديدة ثقيلة ، أونشاب ، فيلزم بالقصاص ، أو الدية

---

(١) اخرجه الطبراني من حديث عبادة بن الصامت (فتح الباري : ١٥٤/١٢)

(٢) مغني المحتاج : ١٩٧/٤ وما بعدها ، المهذب : ٢٢٥/٢ ، اعلام الموقعين : ٣٣٦/٢ ، المغني : ٣٣٥/٨ .

(٣) الخذف : الرمي بالحصاة ، والحذف : الرمي بالعصا ، لا بالحصا .

(٤) متفق عليه بين البخاري ومسلم واحمد عن ابي هريرة .

(٥) رواه احمد .

(٦) رواه احمد والنسائي .

عند العفو عنه ، لأن له مايقلع به العين المبصرة التي حصل الأذى منها ، دون مايتعدى إلى غيرها .

فإن لم يندفع الناظر بالشيء اليسير ، جاز — كما في الصيال — رميه بأشد منه ، حتى القتل ، سواء أكان الناظر في الطريق ، أو في ملك نفسه ، أو غير ذلك . وقد بين النبي صلى الله عليه وسلم الحكمة من منع الاطلاع على البيوت فقال : « إنما جعل الاستئذان من أجل البصر »(١) .

وقال الحنفية والمالكية(٢) : يسأل جنائياً صاحب الدار في هذه الحالة ، فيجب عليه القصاص لقوله عليه الصلاة والسلام : « في العين نصف الدية »(٣) ، ولأن مجرد النظر بالعين لا يبيح الجناية على الناظر ، كما لو نظر من الباب المفتوح ، وكما لو دخل منزله ، ونظر فيه ، أو نال من امرأته مادون الجماع ، لم يجز قلع عينه ، فمجرد النظر أولى .

ويلاحظ أن الاختلاف بين الرأيين هو فيمن نظر من خارج الدار ، أما لو أدخل شخص رأسه ، فرماه صاحب الدار بحجر ، فقأ عينه ، لايضمن اجماعاً .

ثالثاً — الدفاع عن المال :

قرر جمهور الفقهاء أن الدفاع عن المال جائز ، لا واجب ، سواء أكان المال قليلاً أم كثيراً ، إذا كان الأخذ بغير حق ، ولاقصاص على المدافع ان التزم الدفع بالأسهل فالأسهل ، لما رواه أبو هريرة . قال : « جاء رجل ، فقال : يارسول الله ، أرأيت إن جاء رجل يريد أخذ مالي ؟ قال : فلا تعطه مالك (وفي لفظ :

---

(١) رواه احمد والبخاري ومسلم والترمذي عن سهل بن سعد .

(٢) تبيين الحقائق وحاشية الشلبي عليه : ٦/١١٠ ، الفتاوى الهندية : ٦/٧ ، رد المحتار على الدر : ٥/٣٩٠ ، تكملة فتح القدير : ٨/٢٦٩ ، مجمع الضمانات : ص ١٦٩ ، القوانين الفقهية : ص ٣٥١ ، رحمة الامة بهامش الميزان للشعراني : ٢/١٤٩ ، ط البابي الحلبي .

(٣) اخرجه ابو داود في المراسيل والنسائي وابن خزيمة ، وابن الجارود وابن حبان واحمد (سبل السلام : ٣/٢٤٤) .

قاتل دون ماله) ، قال : أرأيت ان قاتلني ؟ قال: قاتله ، قال : أرأيت ان قتلني ؟ قال: فأنت شهيد ، قال : أرأيت ان قتلته ؟ قال : هو في النار »(١) قال العلماء : قتله فلا ضمان عليه ، لعدم التعدي منه ، والحديث عام لقليل المال وكثيره .

وسبب التفرقة بين الدفاع عن المال ، والدفاع عن النفس أو العرض عند القائلين بوجوب الدفاع عن غير المال : هو أن المال مما يباح بالإباحة والإذن ، أما النفس فلا تباح بالإباحة .

وقال بعض المالكية : لايجوز الدفاع عن المال إذا كان شيئاً يسيراً . ولكن ظاهر الأحاديث السابقة وعمومها يرد على ذلك كما بينا .

وقال بعض العلماء : إن المقاتلة عن المال واجبة . وهذا رأي المالكية بعد الانذار كما أو ضحنا (٢) .

وفرق الشافعية(٣) بين أنواع الأموال فقالوا : لا يجب الدفع عن مال لا روح فيه ، لأنه يجوز إباحته للغير . أما مافيه روح : فيجب الدفع عنه إذا قصد إتلافه، ما لم يخش على نفسه أو عرضه ، لحرمة الروح ، حتى لو رأى أجنبي شخصاً يتلف حيوان نفسه اتلافاً محرماً ، وجب عليه دفعه على الأصح . وكذلك يجب عليه الدفع عن ماله تعلق به حق الغير كرهن وإجارة .

لكن أضاف الشافعية : لو سقطت جرة ولم تندفع عنه إلا بكسرها ، ضمنها في الأصح ، إذ لاقصد لها ولا اختيار ، حتى يحال السبب عليها ، فصار المدافع عن المال كالمضطر إلى طعام غيره ، يأكله ويضمنه .

---

(١) . رواه مسلم واحمد (نصب الراية : ٣٤٨/٤ وما بعدها) قال ابن تيمية في منتهى الاخبار : فيه من الفقه انه يدفع بالاسهل فالاسهل (نيل الاوطار : ٣٢٦/٥) .

(٢) الدر المختار وحاشيته : ٣٨٨/٥ ، مواهب الجليل : ٣٢٣/٦ ، الشرح الكبير : ٣٥٧/٤ نيل الاوطار : ٣٢٦/٥ ، المغني : ٣٢٩/٨ وما بعدها .

(٣) المهذب : ٢٢٤/٢ وما بعدها ، مغني المحتاج : ١٩٥/٤ وما بعدها .

اللقطة واللقيط

اللقطة لغة بسكون القاف أو فتحها : ماوجد بعد طلب أي مايلتقط ، قال تعالى : « فالتقطه آل فرعون » وهي بهذا المعنى اللغوي العام تشمل ما يلتقطه الإنسان من بني آدم أو الأموال . أو الحيوان . واللقطة بفتح القاف أيضاً : الكثير الالتقاط .

إلا أن الحنفية وغيرهم ميزوا في بحوثهم الفقهية بين اللقيط ، واللقطة ، والضالة. لذا نذكر معنى اللقيط وأحكامه ، ومعنى اللقطة وأحكامها ، ونبين نوعي اللقطة : لقطة الأموال ، ولقطة الحيوان أي الضالة ، ونختم البحث بمعرفة ما يصنع باللقطة .

المبحث الأول ـ حقيقة اللقيط وأحكامه :

اللقيط لغة : هو مايلقط أي يرفع من الأرض ، وعرفاً : هو الطفل المفقود المطروح على الأرض عادة ، خوفاً من مسؤولية إعالته ، أو فراراً من تهمة الريبة. فلا يعرف أبوه ولا أمه .

أحكامه : الالتقاط عندالحنفية مندوب إليه ، لأنه يترتب عليه احياء النفس ، ويكون فرض كفاية إن غلب على الظن هلاك الولد لو لم يأخذه ، كأن وجد في مغارة ونحوها من المهالك .

وقال باقي الأئمة : التقاط الولد فرض كفاية إلا إذا خاف هلاكه ففرض عين . وهناك أحكام فرعية أخرى تتعلق باللقيط منها(١) :

(١) راجع المبسوط : ١٠ ص ٢٠٩ وما بعدها ، «البدائع : ٦ ص ١٩٧ وما بعدها ،فتح القدير : ٤ ص ٤١٧ ، تبيين الحقائق : ٣ ص ٢٩٧ ، الدر المختار : ٣ ص ٣٤٣ وما بعدها ، مختصر الطحاوي : ص ١٤١ ، مجمع الضمانات : ص ٢١١ وما بعدها .

١ — إن الملتقط أولى بإمساك اللقيط من غيره : فإن شاء تبرع بتربيته والإنفاق عليه ، وإن شاء رفع الأمر إلى الحاكم ، ليأمر أحداً بتربيته على نفقة المال ، لأن بيت المال معدّ لحوائج جميع المسلمين . . . هذا إذا لم يكن له مال ، فإن كان له مال ، بأن وجد الملتقط معه مالاً ، فتكون النفقة من مال اللقيط ، لأنه غير محتاج إليه ، فلا يثبت حقه في بيت المال ، وهذا الحكم مجمع عليه بين العلماء(١) .

ولو أنفق عليه الملتقط من مال نفسه : فإن فعل ذلك بإذن القاضي ،فله أن يرجع على اللقيط بعد بلوغه ، وإن فعل ذلك بغير إذن القاضي يكون متبرعاً ، ولايرجع على اللقيط بما أنفق عليه بعد استكماله البلوغ .

واللقيط كاللقطة أمانة في يد الملتقط .

٢ — إن الولاية على اللقيط في نفسه وماله للحاكم ، أي بالنسبة للحفظ والتعليم والتربية والتزويج والتصرف في ماله ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « السلطان ولي من لاولي له(٢) » وليس للملتقط ولاية التزويج أو التصرف في المال .

وإذا زوج الحاكم اللقيط فالمهر يدفع من بيت المال ،إلا إذا كان للقيط مال ، فيكون في ماله . كذلك يدفع للقيط من بيت المال ما يحتاج إليه من نفقة وكسوة ودواء ونحوها،وهو مروي عن عمر وعلي رضي الله عنهما ، ولأن بيت المال معد للصرف إلى مثله من المحتاجين ، كالمقعد الذي لامال له ، ولأن ميراثه لبيت المال ، والخراج بالضمان أي لبيت المال غنمه أي (ميراثه) وغرمه ، وعليه غرمه .

٣ — إن اللقيط حر مسلم ، لأن الأصل في الإنسان إنما هو الحرية ، والأصل

---

(١) المغني : ٥ ص ٦٨٣ ، بداية المجتهد ، ٢ ص ٣٠٥ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٤٢١ .

(٢) رواه خمسة من الصحابة : عائشة ، وابن عباس ، وعلي ، وعبد الله بن عمرو ، وجابر ، فحديث عائشة اخرجه اصحاب الكتب الستة والشافعي واحمد بلفظ : « لانكاح الا بولي ، وايما امراة نكحت بغير اذن وليها ، فنكاحها باطل ، باطل ، باطل ، فان لم يكن لها ولي ، فالسلطان ولي من لا ولي له » وحديث ابن عباس اخرجه ابن ماجه بلفظ : « لا نكاح الا بولي ، والسلطان ولي من لا ولي له » وهكذا .. (راجع تخريج وتحقيق احاديث تحفة الفقهاء للمؤلف مع الاستاذ الكتاني : ٣ ص ٥١٠ ، نصب الراية : ٣ ص ١٦٧) .

بقاء ماكان حي يوجد مايغيره ، ولأن الدار دار إسلام ودار حرية، فمن كان فيها يكون حراً بمقتضى الأصل العام ، إذ هو الحكم الغالب والأمر الظاهر ، ويكون أيضاً مسلماً تبعاً لدار الاسلام .

وبناء على هذا إذا وجد اللقيط مسلم في بلد إسلامي يكون مسلماً ، حتى لومات يغسل ويصلى عليه ، ويدفن في مقابر المسلمين ، أما إذا وجده ذمي أو مسلم في بيعة النصارى أو كنيسة اليهود أو في قريةليس فيها مسلم يكون ذمياً تحكيماً للظاهر . ولو وجده ذمي في بلد إسلامي يكون مسلماً ، أي أن العبرة للمكان .

وفي رواية النوادر عند ابن سماعة : يعتبر حال الواجد من كونه مسلماً أو ذمياً ولايلتفت إلى المكان ؛ لأن اليد (أي الحيازة) أقوى من المكان ، بدليل أن تبعية الأبوين فوق تبعية الدار .

وفي رواية أخرى يعتبر اللقيط مسلماً بحسب حال الواجد ، أو المكان .

قال الكاساني : والصحيح هذه الرواية ، فإذا وجده مسلم في بلد إسلامي يعتبر مسلماً تبعاً للدار ، وإذا وجده كافر في دار الإسلام كان مسلماً ، أو وجده ذمي أو مسلم في كنيسة كان ذمياً (١) .

وإذن تكون الأقوال ثلاثة : العبرة للمكان ، أو العبرة للواجد ، أو العبرة للمكان أو الواجد ، والقول الثالث هو الأصح عند الحنفية .

وقال الشافعية والحنابلة : إذا وجد لقيط بدار الإسلام فهو مسلم ، وإن وجد بدار الكفار فكافر إن لم يسكنها مسلم كأسير وتاجر ، فإن سكنها مسلم فهو مسلم في الأصح (٢) تغليباً للاسلام ، بدليل ماروى أحمد والدارقطني : « الاسلام يعلو ولا يعلى عليه » .

٤ ـ حكم النسب : يعتبر اللقيط مجهول النسب ، حتى لو ادعى إنسان نسبة

---

(١) البدائع : ٦ ص ١٩٨ .

(٢) مغني المحتاج : ٢ ص ٤٢٢ ، المغني : ٥ ص ٦٨١ .

اللقيط تصح دعوته ، ويثبت النسب منه . وبناء عليه : لو ادعى الملتقط أو غيره أن اللقيط ابنه تسمع دعواه من غير بينة ، والقياس ألا تسمع إلا ببينة .

وجه القياس ظاهر ، وهو أنه يدعي أمراً يحتمل الوجود وعدمه ، فلا بد من ترجيح أحد الجانبين على الآخر بمرجح ، وذلك بالبينة . ولم توجد .

ووجه الاستحسان : أن هذا الادعاء اقرار مما ينفع اللقيط ، لأنه يتشرف بالنسب ويعير بفقده ، وتصديق المدعي في مثل هذا لايتطلب البينة .

لكن لو ادعى نسبة ذمي تقبل دعواه ، ويثبت نسبه منه ، لكنه يكون مسلماً ؛ لأن ادعاء النسب يقبل فيما ينفع اللقيط لا فيما يضره ، ولا يلزم من كونه ابناً له أن يكون كافراً ، كما لو أسلمت أمه مثلاً ، فيلحق الولد خير الأبوين ديناً ، كما هو معروف .

ولو ادعاه رجلان أنه ابنهما ، ولا بينة لهما ، فإن كان أحدهما مسلماً ، والآخر ذمياً ، فالمسلم أولى بثبوت نسبه منه ، لأنه أنفع للقيط .

وإن كان المدعيان مسلمين حرين : فإن وصف أحدهما علامة في جسد الولد ، فهو أحق به عند الحنفية ، لأن ذكر العلامة يدل على أنه كان في يده ، فالظاهر أنه له ، فيترجح بها ، بدليل قوله تعالى مخبراً عن أهل امرأة عزيز مصر : « إن كان قميصه قدّ من قُبُل فصدقت وهو من الكاذبين ، وإن كان قميصه قدّ من دُبُر ، فكذبت وهو من الصادقين » .

وإن لم يصف أحدهما علامة ، أو أقام كل منهما البينة ، يحكم بكونه ابناً لهما ، إذ ليس أحدهما بأولى من الآخر ، وقد روي عن سيدنا عمر في مثل هذا أنه قال : إنه ابنهما يرثهما ويرثانه .

وإن ذكر أحدهما بينة ، والآخر علامة ، فصاحب البينة أولى ، لأنه ترجح جانبه بمرجح .

وقال الشافعية : إن ادعى اللقيط اثنان ولم يكن لأحدهما بينة، عرض اللقيط على القائف(١) فيلحق من ألحق به ، لأن في إلحاقه أثراً في الانتساب عند الاشتباه(٢) .

وإن ادعت امرأة أن اللقيط ابنها : فإن لم يكن لها زوج ، لايصح ادعاؤها، لأن فيه حمل نسب شخص على الغير وهو الزوج ، وهو لايجوز . وإن كان لها زوج فصدقها في ادعائها أو شهدت لها القابلة ، أو شهد لها شاهدان ، ثبت النسب منها .

ولو ادعت امرأتان ، وأقامت احداهما البينة فهي أولى به ، وإن أقامت كل منهما البينة، فهو ابنهما عند أبي حنيفة . وعند أبي يوسف : لايكون لواحدة منهما . وعن محمد روايتان : في رواية يجعل ابنهما ،وفي رواية: لايجعل ابن واحدة منهما .

المبحث الثاني ـ اللقطة وأحكامها ونوعاها وما يصنع بها :

ينقسم هذا المبحث إلى مطالب ثلاثة :

المطلب الأول ـ معنى اللقطة وأحكامها :

اللقطة ـ بضم اللام وفتح القاف ،وحكى ابن مالك فيها أربع لغات : وهي لقاطة ، ولقطة بضم اللام وسكون القاف ، وبضم اللام وفتح القاف ، ولقط بفتح اللام والقاف بلا تاء مربوطة . وقال الخليل بن أحمد : هي بفتح القاف وصف مبالغة لاسم الفاعل : وهو الملتقط ، مثل هُمَزة ولُمَزة ، وبسكون القاف وصف مبالغة لاسم المفعول : مثل ضُحْكة للذي يضحك منه ، وهُزْأة للذي يهزأ به ، وإنما قيل للمال الملتقط لقطة ، لأن طباع النفوس في الغالب تبادر الى التقاطه، لأنه مال .

وهي شرعاً كما قال ابن قدامة الحنبلي : المال الضائع من ربه يلتقطه غيره .

---

(١) القائف جمع قافة : وهم قوم يعرفون الانساب بالشبه ، والقائف : من عرفت منه معرفة الانساب بالشبه ، وتكررت منه الاصابة . والاصل في القائف : هو الذي يتبع الاشباه والآثار ويقفوها ، اي يتبعها ، فهو المتبع للشبه .

(٢) مغني المحتاج : ٢ ص ٤٢٨ .

وبنحوه في التتارخانية من كتب الحنفية : هي مال يوجد ، ولا يعرف مالكه ، وليس بمباح كمال الحربي .

أحكامها : للقطة أحكام من حيث الندب ومن حيث الضمان وغيرهما :

١ ـ أما حكمها من حيث الندب وغيره فهو مختلف فيه عند الفقهاء : فقال الحنفية والشافعية : الأفضل الالتقاط ، لأن من واجب المسلم أن يحفظ مال أخيه المسلم : « والله في عون العبد مادام العبد في عون أخيه »(١)

وقال المالكية والحنبلية بكراهية الالتقاط ، لقول ابن عمر وابن عباس . ولأنه تعريض لنفسه لأكل الحرام ، ولما يخاف أيضاً من التقصير فيما يجب لها من تعريفها وردها لصاحبها وترك التعدي عليها(٢) .

هذا هو الحكم العام ، ثم فصل علماء كل مذهب تفصيلات مذهبية يهمنا منها أن نشير إلى مذهب الحنفية ، ومثلهم الشافعية ، فإنهم قالوا : يستحب الالتقاط لواثق بأمانة نفسه إذا خاف ضياع اللقطة لئلا يأخذها فاسق ، فإن لم يخف ضياعها فالتقاطها مباح ، وإن علم من نفسه الخيانة بأن يأخذ اللقطة لنفسه، لا لصاحبها فيحرم الالتقاط ، لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : (لايأوي الضالة إلا ضال) (٣) .

وأما حكمها من حيث الضمان وعدمه : فقال الحنفية : اللقطة أمانة في يد الملتقط لايضمنها إلا بالتعدي عليها ، أو بمنع تسليمها لصاحبها عند الطلب ، وذلك إذا أشهد الملتقط أنه يأخذها ليحفظها ويردها على صاحبها ، لأن الأخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعاً ، قال صلى الله عليه وسلم : « من وجد لقطة فليشهد ذوي

---

(١) رواه مسلم عن أبي هريرة (شرح مسلم : ١٧ ص ٢١) .

(٢) وانجع البدائع : ٦ ص ٢٠٠ ، فتح القدير : ٤ ص ٤٢٣ ، الدر المختار : ٣ ص ٤٠٦ ، بداية المجتهد : ٢ ص ٢٩٩ وما بعدها ، مغني المحتاج : ٢ ص ٤٠٦ ، المغني: ٥ ص ٦٣٠

(٣) رواه مسلم وأحمد عن زيد بن خالد بلفظ « لا يأوي الضالة الا ضال عالم بعرفها » ورواه احمد وابو داود وابن ماجه بلفظ « لا يأوي الضالة الا ضال » (نيل الاوطار : ٥ ص ٣٢٨ ، ٣٤٤ ، سبل السلام : ٣ ص ٩٤) .

عدل »(١) . وهو أمر يقتضي الوجوب ، ولأنه إذا لم يشهد كان الظاهر أنه أخذها لنفسه ويكفيه للإشهاد أن يقول : من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه علي .

وكذلك تكون أمانة إذا تصادق صاحب اللقطة والملتقط أنه التقطها ليحفظها للمالك .

فإن لم يشهد الملتقط ولم يتصادقا ، وإنما قال الآخذ : أخذتها للمالك وكذبه المالك يضمن اللقطة عند أبي حنيفة ومحمد ، لأن الظاهر أنه أخذ اللقطة لنفسه ، لا للمالك .

وقال المالكية والشافعية والحنابلة : اللقطة أمانة ولكن لايشترط الاشهاد على اللقطة وإنما يستحب فقط ، وإذا لم يشهد الآخذ فلا يضمن عندهم وعند أبي يوسف أيضاً ، لأن اللقطة وديعة ، فلا ينقلها ترك الاشهاد من الأمانة إلى الضمان ، بدليل ماجاء من حديث سليمان بن بلال وغيره أنه قال : « إن جاء صاحبها ، وإلا فلتكن وديعة عندك »(٢) .

وأما عدم اشتراط الإشهاد ، فلأن الرسول صلى الله عليه وسلم أمر زيد بن خالد وأبي بن كعب بتعريف اللقطة فقط دون الاشهاد(٣) ، ومن المعلوم أنه لايجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة ، فلو كان الاشهاد واجباً لبينه النبي صلى الله عليه وسلم حينما سئل عن حكم اللقطة ،وحينئذ تعين حمل الأمر بالاشهاد في حديث عياض الذي استدل به الحنفية على الندب والاستحباب فقط (٤) .

---

(١) رواه احمد وابن ماجه عن عياض بن حمار ، ورواه ايضا ابو داود والنسائي والبيهقي والطبراني وصححه ابن خزيمة وابن الجارود وابن حبان (نيل الاوطار : ٥ ص ٣٣٨ ، نصب الراية : ٣ ص ٤٦٦ ، سبل السلام : ٣ ص ٩٦ ، الالمام : ص ٣٧٠) .

(٢) حديث سليمان رواه مسلم (نيل الاوطار ، المرجع السابق : ص ٣٤١ ، الالمام باحاديث الاحكام : ص ٣٧١ ، شرح مسلم : ١٢ ص ٢٥) .

(٣) حديث زيد رواه البخاري ومسلم واحمد كما اشرنا سابقا ، وحديث ابي بن كعب رواه مسلم واحمد والترمذي (نيل الاوطار ، المرجع السابق : ص ٣٣٨ وما بعدها) .

(٤) المبسوط : ١١ ص ١٢ ، فتح القدير ، المرجع السابق ، البدائع : ٦ ص ٢٠١ ، تبيين الحقائق : ٢ ص ٣٠١ ، مجمع الضمانات : ص ٢٠٩ وما بعدها ، بداية المجتهد : ٢ص ٣٠٣ وما بعدها ، الشرح الكبير : ٤ ص ١٢١ ، القوانين الفقهية : ص ٣٤٢ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٤٠٧ ، المغني : ٥ ص ٦٤٤ ، ٦٤٧ ، القواعد لابن رجب : ص ٥٣ .

أ ـ وبناء على رأي أبي حنيفة ومحمد : لو أخذ الشخص اللقطة ثم ردها إلى مكانها الذي أخذها منه ، لاضمان عليه في ظاهر الرواية ، لأنه أخذها محتسباً متبرعاً ليحفظها على صاحبها ، فإذا ردها إلى مكانها فقد فسخ التبرع ، فصار كأنه لم يأخذها أصلاً . هذا إذا كان المالك قد صدق الملتقط في أنه أخذها ليحفظها ، أو كان الملتقط قد أشهد على ذلك ثم ضاعت . فإن كان لم يشهد يجب عليه الضمان عند أبي حنيفة ومحمد .

وعند أبي يوسف : لايجب الضمان ، سواء أشهد أم لم يشهد ، ويكون القول قول الملتقط بيمينه أنه أخذها ليحفظها لصاحبها .

وقال مالك : لاضمان على من رد اللقطة إلى موضعها ، لما روي عن عمر أنه قال لرجل وجد بعيراً : « أرسله حيث وجدته » . ولكن المشهور في مذهب المالكية أن الملتقط يضمن اللقطة إذا ردها لمرضعها أو لغيره بعدأخذها للحفظ .

وقال الشافعية والحنابلة : إذا أخذاللقطة إنسان ، ثم ردها إلى موضعها ضمنها ، لأنها أمانة صارت في يده ، فلزمه حفظها ، فإذا ضيعها لزمه ضمانها كما لو ضيع الوديعة .

ب ـ ويضمن الملتقط اللقطة إذا دفعها إلى غيره بغير إذن القاضي ، لأنه يجب عليه حفظها بنفسه ،بالتزامه الحفظ بالالتقاط .

جـ ـ فإن هلكت اللقطة في يد الملتقط : فإن أشهد على اللقطة ، بأن قال للناس: « إني وجدت لقطة ، فمن طلبها فدلوه علي » : فإنه لايضمن . وإن لم يشهد فعند أبي حنيفة ومحمد : يضمن . وعند أبي يوسف : لايضمن إذا كان قد أخذ اللقطة ليردها إلى صاحبها ، ويحلف على فعله إن لم يصدقه صاحبها ، كما ذكرنا قريباً .

د ـ ولو أقر الملتقط أنه كان قد أخذ اللقطة ليتملكها لنفسه ، لايبرأ عن الضمان

إلا بالرد على المالك ، لأنه ظهر أنه أخذها غصباً ، فكان الواجب عليه الرد إلى المالك(١) لقوله صلى الله عليه وسلم : « على اليد ما أخذت حتى تؤديه »(٢) .

المطلب الثاني – نوع اللقطة وما يصنع بها :

اللقطة نوعان : لقطة غير الحيوان : وهو المال الساقط الذي لا يعرف مالكه ، ولقطة الحيوان : وهو الضالة من الابل والبقر والغنم من البهائم .

وحكم لقطة الحيوان : أنه يجوز التقاطها عند الحنفية والشافعية في الأصح عندهم ، لحفظها لصاحبها صيانة لأموال الناس ومنعاً من ضياعها ووقوعها في يد خائنة .

وقال مالك وأحمد : يكره التقاط ضالة الحيوان ، ولقطة المال أيضاً (٣) ، لما رواه أصحاب الكتب الستة عن زيد بن خالد الجهني ، قال : « سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن لقطة الذهب والورق(٤) ، فقال اعرف وكاءها ، وعفاصها(٥) ، ثم عرفها سنة ، فإن لم تعرف فاستنفقها(٦) ، ولتكن وديعة عندك ، فإن جاء طالبها يوماً من الدهر ، فأدها إليه » . وسأله رجل عن ضالة الابل . فقال : مالك ولها ، دعها ، فإن معها حذاءها وسقاءها (٧) ترد الماء . وتأكل الشجر حتى يجدها ربها . وسأله عن الشاة فقال : خذها فإنما هي لك ، أو لأخيك أو للذئب »(٨) .

---

(١) راجع البدائع : ٦ ص ٢٠١ ، المبسوط : ١١ ص ١١ ، ١٣ ، بداية المجتهد : ٢ ص ٣٠٤ ، المغني : ٥ ص ٦٩٤ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٤١١ .

(٢) رواه احمد واصحاب السنن الاربعة عن الحسن بن سمرة ، وصححه الحاكم (نيل الاوطار : ٥ ص ٢٩٨ ، نصب الراية : ٤ ص ١٦٧) .

(٣) المبسوط : ١١ ص ١١ ، البدائع : ٦ ص ٢٠٠ ، فتح القدير : ٤ ص ٤٢٨ ، تبيين الحقائق : ٣ ص ٣٠٥ ، بداية المجتهد : ٢ ص ٢٩٩ وما بعدها ، مغني المحتاج : ٢ ص ٤٠٩ ، المغني : ٥ ص ٦٣١ .

(٤) الورق – بفتح الواو وكسر الراء : هو الفضة .

(٥) الوكاء : الخيط الذي يشد به الوعاء الذي تكون فيه النفقة ، والعفاص بكسر العين وتخفيف الفاء : هو الوعاء الذي تكون فيه النفقة من جلد او غيره .

(٦) اي اما ان تستهلكها وتغرم بدلها ، واما ان تتركها عندك على سبيل الوديعة حتى يجيء صاحبها فتعطيها اياه .

(٧) الحذاء : اي الخف ، والسقاء اي الجوف ، وقيل : العنق ، والمراد انها تستغني عن الحفاظ .

(٨) راجع نصب الراية : ٣ ص ٤٦٨ ، نيل الاوطار : ٥ ص ٣٣٨ ، شرح مسلم : ١٢ ص ٢٠ .

وروى أبو داود وأحمد وابن ماجه عن جرير بن عبد الله أنه أمر بطرد بقرة لحقت ببقرة حتى توارت ، فقال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « لايؤوي الضالة إلا ضال»(١) وقال صلى الله عليه وسلم : إن ضالة المسلم حرّق النار(٢).

وأخرج مسلم وأحمد والترمذي عن أبي بن كعب في حديث اللقطة أن النبي صلى الله عليه وسلم ، قال : « عرفها فإن جاء أحد يخبرك بعدتها ووعائها ووكائها، فأعطها إياه ، وإلا فاستمتع بها »(٣) .

وأجاب الفريق الأول عن الأحاديث بأن حكمها كان في الماضي حين غلبة أهل الصلاح والأمانة ، فلا تصل إليها يد خائنة ، أما في زماننا فنظراً لكثرة الخيانة يكون في أخذها حفظها على صاحبها .

وهذا كله ماعدا لقطة الحج ، فإن العلماء أجمعوا على أنه لايجوز التقاطها لنهيه عليه السلام عن ذلك(٤) ، وكذلك لايجوز لقطة مكة أيضاً ، لقوله صلى الله عليه وسلم في بلد مكة يوم الفتح :(ولا تحل لقطتها إلا لمعرِّف) وفي لفظ :(ولا تحل ساقطتها إلا لمنشد) (٥) .

وأما مايصنع باللقطة : فهو أن الملتقط يعرفها ، لما روى البخاري ومسلم عن زيد بن خالد الجهني ، قال : « سأل رجل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اللقطة:

---

(١) في رواية : « لا يلوي » رواه أحمد وابو داود وابن ماجه (راجع نيل الاوطار ». المرجع السابق : ص ٣٤٤ ، سبل السلام : ٣/ص ٩٤) .

(٢) رواه الطبراني في كبيره عن عصمة ، وفيه أحمد ابن راشد وهو ضعيف واخرجه احمد وابن ماجه والطحاوي وابن حبان وغيرهم عن عبد الله بن الشخير (مجمع الزوائد: ٤ ص ١٦٧، سبل السلام : ٣ ص ٩٤) .

(٣) نصب الراية : ٣ ص ٤٦٧ ، نيل الاوطار : ٥ ص ٣٣٩ . الوعاء : ما يجعل فيه المتاع، والوكاء : الخيط الذي يشد به الصرة والكيس ونحوهما .

(٤) رواه أحمد ومسلم عن عبد الرحمن بن عثمان قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن لقطة الحج (شرح مسلم : ١٢ ص ٢٨ ، سبل السلام : ٣ ص ٩٦) .

(٥) اخرجه البخاري ومسلم عن ابن عباس بلفظ : « ولا تلتقط لقطة الا من عرفها » وفي لفظ « الا لمعرف » واخرجها ايضا عن ابي هريرة بلفظ : « ولا تحل ساقطتها الا لمنشد » (راجع نصب الراية : ٣ ص ٤٦٧ ، نيل الاوطار : ٥ ص ٣٤) .

فقال: عرفها سنة » وقال عليه السلام أيضاً : « لاتحل اللقطة، فمن التقط شيئاً فليعرِّف سنة » الحديث(١) .

والكلام عن تعريف اللقطة يستتبع بحث كيفية التعريف ، ومدة التعريف ، ومكان التعريف ، ونفقات التعريف ، وماتحتاجه الضالة،وشرط ردّ اللقطة إلى صاحبها ، وحكم تملكها :

١ ــ كيفية تعريف اللقطة وحكم بيان المعرف : المراد بتعريف اللقطة : هو المناداة عليها ، أو الاعلان عنها حيث وجدها ، وفي المجتمعات العامة كالأسواق وأبواب المساجد ، والمقاهي ،ونحوها . وتعريفها : يكون بذكر بعض أوصافها كأن يذكر جنسها ، فيقول :

« من ضاع له نقود ، أو ثياب » ونحوه ، وأن يبين وعاءها أو وكاءها الذي يربط به كيسها ، ولا يصف أوصافها التفصيلية لأنه لو وصفها ، لعلم صفتها من يسمعها، فلا يبقى صفتها دليلاً على ملكها .

ويجب على الملتقط عند الجمهور تعريف اللقطة ، لأن ظاهر أمر الرسول صلى الله عليه وسلم لزيد بن خالد في قوله : « عرفها سنة » يقتضي الوجوب ، إذ ظاهر الأمر للوجوب ، كما هو معروف عند علماء الأصول .

وقال أكثر الشافعية : لايجب تعريفها لمن أراد حفظها لصاحبها ، لأن الشرع إنما أوجب التعريف إذا كان بقصدالتملك ، لكن المعتمد عندهم وجوب التعريف

وللملتقط أن يتولى تعريفها بنفسه ، أو يستنيب عنه أحداً يقوم بالتعريف(٢)

---

(١) اخرجه البزار في مسنده والدارقطني في سننه عن ابي هريرة (راجع في هذا وما قبله الذي سبق تخريجه : نصب الراية : ٣ ص ٤٦٦ ، نيل الاوطار : ٥ ص ٣٣٨ ، سبل السلام : ٣ ص ٩٤ ، شرح مسلم : ١٢ ص ٢٦) .

(٢) الدر المختار : ٣ ص ٣٥٠ ، فتح القدير : ٤ ص ٤٢٦ ، الشرح الكبير للدردير : ٤ ص ١٢٠ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٤١١ ، ٤١٣ ، المهذب : ١ ص ٤٢٩ ، المغني : ٥ ص ٦٣١ ، ٦٣٣ وما بعدها ، نيل الاوطار : ٥ ص ٣٤٠ ،نهاية المحتاج للرملي : ٤ ص ٣٦٢ .

٢ ـ **مدة التعريف** : اتفق العلماء على أن لواجد ضالة الغنم في المكان القفر البعيد عن العمران أن يأكلها ، لقوله صلى الله عليه وسلم في الشاة : « هي لك أو لأخيك أو للذئب » . واختلفوا هل يضمن قيمتها لصاحبها أم لا ؟ .

قال جمهور العلماء : انه يضمن قيمتها ، إذ لايحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه(١)

وقال مالك في أشهر أقواله : انه لا يضمن أخذاً بظاهر هذا الحديث .

وأما غير ضالة الغنم : فاتفق العلماء على تعريف ماكان منها له أهمية وشأن مدة سنة ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بتعريف اللقطة سنة واحدة كما عرفنا.

وما رواه البخاري ومسلم في حديث أبي من تعريف اللقطة ثلاثة أحوال (أو واحد أو أربعة أو عشرة ، هو غلط من بعض الرواة كما حقق ابن الجوزي ، أو هو محمول على مريد الورع عن التصرف في اللقطة(٢) .

وأما الشيء الحقير : فقال الشافعية : الأصح أن الشيء الحقير أي القليل المتمول وهو بقدر الدينار أو الدرهم لايعرّف سنة ، لقول عائشة : « لابأس بما دون الدرهم أن يستنفع به » وقدر بما لاتقطع به يد السارق وهو ربع دينار عند الجمهور ، وعشرة دراهم عند الحنفية ، بل يعرف زمناً يظن أن فاقده يعرض عنه غالباً ، وهذا هو الراجح عند المالكية . وفي رواية عن أبي حنيفة : مضمونها ان كانت قيمة الشيء أقل من عشرة دراهم أي دينار يعرفه أياماً أي بحسب ما يرى ، وان كانت عشرة دراهم فصاعداً عرّفها حولا ، إلا أن هذه الرواية ليست هي ظاهر الرواية عند الحنفية فقد قال الطحاوي : وإذا التقط لقطة فإنه يعرفها سنة ، سواء أكان الشيء نفيساً أو خسيساً في ظاهر الرواية .

---

(١) هذا حديث رواه الحاكم وابن حبان في صحيحه واحمد والبزار بلفظ مقارب عن ابي حميد الساعدي ، ورواه احمد ايضا بهذا اللفظ عن عمرو بن يثربي ، وفي معناه احاديث كثيرة (سبل السلام : ٣ ص ٦٠ وما بعدها : مجمع الزوائد : ٤ ص ١٧١) .

(٢) راجع نصب الراية : ٣ ص ٤٦٧ ، نيل الاوطار : ٥ ص ٣٤٠ وما بعدها .

وظاهر الرواية عندالحنفية هو ظاهر المذهب عند الحنابلة(١) .

وأما الشيء التافه فقد قال الفقهاء : لا خلاف في إباحة أخذ اليسير من الأشياء والانتفاع به من غير تعريف كالتمرة والكسرة والخرقة ،لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم ينكر على واجد التمرة حيث أكلها بل قال له : « لو لم تأتها لأتتك » ورأى النبي صلى الله عليه وسلم تمرة فقال :« لولا أني أخاف أن تكون من الصدقة لأكلتها»(٢) ويلاحظ أن الأمر باكمال مدة التعريف إذا كانت اللقطة مما لايتسارع إليها الفساد، فإن كانت مما يتسارع بها تصدق بها أو أنفقها على نفسه عند الحنفية .

وعند الشافعية : يتخير الملتقط بين أن يبيعها ليمتلك ثمنها بعد التعريف ، أو يتملكها في الحال ويأكلها ويغرّم قيمتها .

٣ ــ **مكان التعريف** : تعرّف اللقطة في الأسواق وأبواب المساجد ومجامع الناس ؛ لأن المقصود إشاعة خبرها واظهارها ليعلم بها صاحبها ، ولا ينشدها في المسجد ، لأن المسجد لم يبن لهذا ، قال النبي صلى الله عليه وسلم : « من سمع رجلاً ينشد ضالة في المسجد ، فليقل : لارد ّها الله إليه ، فإن المساجد لم تبن لهذا(٣)» وأمر سيدنا عمر واجد اللقطة بتعريفها على باب المسجد .

وقد بين الشافعية طريق التعريف في أثناء السنة ، فقالوا : يعرّف اللقطة ، في أول السنة كل يوم مرتين في طرفي النهار ، ثم يعرف في كل يوم مرة ، ثم كل أسبوع مرة أو مرتين ، ثم كل شهر مرة تقريباً(٤) .

---

(١) بداية المجتهد : ص ٣٠١ ، ٣٠٢ ، الشرح الكبير : ٤ ص ١٢٠ ، المغني : ٥ ص ٦٣٢ ، ٦٣١ ، المهذب : ١ ص ٤٣٠ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٤١٥ ، البدائع : ٦ ص ٢٠٢ ، تبيين الحقائق : ٣ ص ٣٠٢ وما بعدها ، فتح القدير : ٤ ص ٤٢٤ وما بعدها ، مختصر الطحاوي : ص ١٣٩ .

(٢) ذكر ابن قدامة الحنبلي هذين الحديثين (راجع المغني : ج ٥ ص ٦٣٤) روى الشافعي منهما البخاري ومسلم عن انس (سبل السلام : ٣ ص ٩٣ ، الأم : ص ٣٧٣) .

(٣) رواه مسلم وابو داود عن ابي هريرة ورواه البزار عن سعد بن ابي وقاص وانس بن مالك وابن مسعود (راجع مجمع الزوائد : ٤ ص ١٧٠ ، التاج : ١ ص ٢١٥) .

(٤) البدائع : ٦ ص ٢٠٢ ، رد المحتار على الدر المختار : ٣ ص ٣٥٠ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٤١٣ ، المغني : ٥ ص ٦٣٣ ، الشرح الكبير للدردير : ٤ ص ١٢٠ ، نيل الاوطار : ٥ ص ٣٤٠ .

٤ ـ **نفقات التعريف وما تحتاجه الضالة :** إذا احتاج تعريف اللقطة إلى نفقة كأجور الاعلان في الصحف في عصرنا الحاضر مثلاً . فقد قال الحنفية والحنابلة : تكون تلك النفقة على الملتقط ، لأن هذا أجر واجب على المعرف نفسه ، فكان عليه كما لو قصد تملك اللقطة ، ولأنه لو تولى الملتقط تعريف اللقطة بنفسه لم يكن له أجر على صاحبها ، فكذلك إذا استأجر على التعريف لايلزم صاحبها بشيء .

وقال المالكية : إن أنفق الملتقط على اللقطة شيئاً من عنده ، فيخير صاحبها بين أن يفتديها من الملتقط بدفع نفقتها ، أويسلم اللقطة للملتقط مقابل نفقتها(١) .

وقال الشافعية : بما أن تعريف اللقطة واجب على الملتقط ، على ماهو المعتمد، فإن الملتقط لا يلزم بمؤنة التعريف إن أخذ اللقطة بقصد حفظها لمالكها ، وإنما يرتبها القاضي من بيت المال (٢) ، أو يقترض على المالك .

أما إن أخذ اللقطة لتملكها ، فيلزمه مؤنة التعريف ، سواء أتملكها أم لا . وهذا هو الرأي المعقول .

وأما ما تحتاجه الضالة أو اللقطة من نفقة : فقال الجمهور : ملتقط اللقطة متطوع بحفظها ، فلا يرجع بشيء من النفقة على صاحب اللقطة ، إلا أن الشافعية قالوا : فإن أراد الرجوع استأذن الحاكم ، فإن لم يجده أشهد على ذلك .

وكذلك قال الحنفية : ان أنفق الملتقط على اللقطة بغير إذن الحاكم فهو متبرع ، لأنه لا ولاية له على ذمة المالك في أن يشغلها بالدين بدون أمره، وإن أنفق عليها باذن الحاكم ، كان ماينفقه ديناً على المالك ؛ لأن للقاضي ولاية في مال الغائب رعاية لمصالحه ، فإذا رفع الأمر إلى القاضي ينظر في الأمر : فإن كان للبهيمة منفعة ، وهناك من يستأجرها أجرها وأنفق عليها من أجرتها ، لأن في إجارتها رعاية لمصلحة المالك ، وإن كانت البهيمة لامنفعة لها بطريق الإجارة وخاف أن تستغرق النفقة قيمتها أمر القاضي الملتقط ببيعها وحفظ ثمنها .

---

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي : ٤ ص ١٢٣ .
(٢) المغني : ٥ ص ٦٣٣ وما بعدها ، مغني المحتاج : ٢ ص ٤١٣ وما بعدها .

وإن رأى الأصلح ألا يبيعها ، بل ينفق عليها ، أذن له في النفقة وجعل النفقة ديناً على مالكها ، فإذا حضر المالك فالملتقط أن يحبس اللقطة عنده حتى يحضر النفقة ،وإن أبى أن يؤدي النفقة باعها القاضي ، ودفع للملتقط قدر النفقات التي أنفقها(١) .

٥ ــ شرط رد اللقطة إلى صاحبها : يشترط لرد اللقطة لصاحبها أن يذكر علامة يميزها عن غيرها ، أو يثبت أنها له بالبينة ، أي بشهادة شاهدين ، فإذا أثبت كونها له أو ذكر علامة تميزها ، كأن يصف عفاصها (وعاءها) ووكاءها (ماتربط به من الخيوط وغيرها) ووزنها وعددها ، فيحل حينئذ للملتقط أن يدفعها إليه ، وإن شاء أخذ منه كفيلاً ، لأن ردها إليه بالعلامة مما قد ورد به الشرع . وهذا باتفاق العلماء . لكن هل يجبر الملتقط قضاء على رد اللقطة بمجرد وصف العلامة المميزة لها ، أم لابد من البينة ؟ خلاف بين العلماء(٢) .

قال الحنفية والشافعية على المذهب عندهم : لايجبر الملتقط على تسليم اللقطة إلى من يدعيها بلا بينة ، لأنه مدع ، فيحتاج إلى بينة كغيره ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم ودماءهم ، لكن البينة على المدعي ، واليمين على من أنكر »(٣) . ولأن اللقطة مال للغير ،فلا يجب تسليمه بالوصف كالوديعة ، لكن يحل للملتقط دفع اللقطة لمن يدعيها عند إصابة العلامة عند الحنفية ، أو إذا غلب على ظن الملتقط صدق المدعي عند الشافعية ،عملا بقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « فإن جاء صاحبها ، وعرف عفاصها ، ووكاءها ، وعددها فأعطها إياه ، وإلا فهي لك » .

---

(١) بداية المجتهد : ٢ ص ٣٠٤ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٤١٠ ، البدائع : ٦ ص ٢٠٢ ، فتح القدير : ٤ ص ٤٢٨ وما بعدها ، تبيين الحقائق : ٣ ص ٣٠٥ ، المهذب : ١ ص ٤٣٢ ، المبسوط : ١١ ص ٩ .

(٢) فتح القدير : ٤ ص ٤٣١ ، المبسوط : ١١ ص ٨ ، البدائع : ٦ ص ٢٠٢ ، تبيين الحقائق : ٣ ص ٣٠٦ ، الدر المختار : ٣ ص ٣٥٣ ، بداية المجتهد : ٢ ص ٣٠٢ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٤١٦ ، المهذب : ١ ص ٤٣١ ، المغني : ٥ ص ٦٤٤ وما بعدها .

(٣) حديث حسن رواه البيهقي واحمد هكذا ، وهو في الصحيحين بلفظ اخر من حديث ابن عباس (نصب الراية : ٤ ص ٩٥ ، نيل الأوطار : ٨ ص ٣٠٥ ، سبل السلام : ٤ ص ١٣٢ ، الالمام : ص ٥٢١ ، شرح مسلم : ١٢ ص ٢) .

وقال المالكية والحنابلة : يجبر الملتقط على تسليم اللقطة لصاحبها إذا وصفها بصفاتها المذكورة ، سواء غلب على ظنه صدقه أو لم يغلب ، ولايحتاج إلى بينة ، عملاً بظاهر قول النبي صلى الله عليه وسلم : « فإن جاء أحد يخبرك بعددها ، ووعائها ووكائها ، فادفعها إليه »

وفي حديث زيد السابق : « اعرف وكاءها وعفاصها ، ثم عرفها سنة فإن لم تعرف ، فاستنفقها ، وإن جاء طالبها يوماً من الدهر ، فأدّها إليه » يعني إذا ذكر صفاتها ، لأن هذا هو المذكور في صدر الحديث ، ولم يذكر البينة في شيء من الحديث ، ولو كانت شرطاً لدفع لم يجز الاخلال به . ولا أمر بالدفع بدونه ، ولأن إقامة البينة على اللقطة متعذر ، لأنها ضاعت حال الغفلة والسهو . وقول النبي صلى الله عليه وسلم : « البينة على المدعي » يعني إذا كان هناك منكر ، ولا منكر ههنا . وهذا هو الرأي الأرجح حقاً .

٦ ـ **حكم تملك اللقطة** : اختلف فقهاؤنا في حكم اللقطة بعد تعريفها سنة على رأيين : رأي يجيز تملكها للفقير فقط دون الغني ، ورأي يجيز تملكها مطلقاً .

فقال الحنفية(١) : إذا كان الملتقط غنياً لم يجز له أن ينتفع باللقطة ، وإنما يتصدق بها على الفقراء سواء أكانوا أجانب أم أقارب ، ولو أبوين أو زوجة أو ولداً ، لأنه مال الغير ، فلا يجوز الانتفاع به بدون رضاه ، لإطلاق النصوص من قرآن وسنة ، مثل قوله تعالى : « ولاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل » ، وقوله : « ولا تعتدوا إن الله لايحب المعتدين » وقوله عليه الصلاة والسلام : « لايحل مال امرىء مسلم إلا بطيب نفس منه » .

ولقوله صلى الله عليه وسلم من حديث أبي هريرة : « لاتحل اللقطة ، فمن

---

(١) المبسوط : ١١ ص ٤ وما بعدها ، فتح القدير : ٤ ص ٤٣٢ وما بعدها ، تبيين الحقائق : ٣ ص ٣٠٧ ، البدائع : ٦ ص ٢٠٢ ، الدر المختار : ٣ ص ٢٥١ .

التقط شيئاً فليعرِّف سنة ، فإن جاء صاحبها ، فليردها عليه ، وإن لم يأت فليتصدق » (١) .

وفي حديث عياض بن حمار المجاشعي : « من وجد لقطة فليشهد عليها ذا عدل أو ذوي عدل . ولا يكتم ولا يغيب . فإن وجد صاحبها فليردها عليه ، وإلا فهي مال الله يؤتيه من يشاء » .

وأما إذا كان الملتقط فقيراً فيجوز له الانتفاع باللقطة بطريق التصدق . لقوله عليه الصلاة والسلام : « فليتصدق به » .

فإن عرف صاحبها بعد التصدق بها أو الانتفاع بها : فهو بالخيار : إن شاء أمضى الصدقة . وله ثوابها ، وإن شاء ضمن الملتقط ، وإن شاء أخذها من الفقير المتصدق عليه بها إن وجده ، وأيهما ضمن لم يرجع على صاحبه .

وقال جمهور الفقهاء : يجوز للملتقط أن يتملك اللقطة ، وتكون كسائر أمواله سواء أكان غنياً أم فقيراً ، لأن ذلك مروي عن جماعة من الصحابة كعمر وابن مسعود وعائشة وابن عمر ، وهو ثابت بقوله صلى الله عليه وسلم في حديث زيد ابن خالد : « فإن لم تعرف فاستنفقها » وفي لفظ « وإلا فهي كسبيل مالك » وفي لفظ : « ثم كلها » وفي لفظ « فانتفع بها » وفي لفظ « فشأنك بها » وفي حديث أبي بن كعب : « فاستنفقها » ، وفي لفظ « فاستمتع بها » وهو حديث صحيح .

وحديث الحنفية عن أبي هريرة لم يثبت ، ولا نقل في كتاب يوثق به ، ودعواهم في حديث عياض أن ما يضاف إلى الله لا يتملكه إلا من يستحق الصدقة ، لا برهان

---

(١) اخرجه البزار والدارقطني عن ابي هريرة (نصب الراية : ٣ ص ٤٦٦) ورواه الطبراني من حديث يعلى بن مرة مرفوعا ، وفيه ضعيف ، بلفظ : « فان جاء صاحبها ، والا فليتصدق بها » (نيل الاوطار : ٥ ص ٣٣٧) .

لها . ولا دليل عليها . وبطلانها ظاهر . فإن الأشياء كلها تضاف إلى الله تعالى خلقاً وملكاً . قال الله تعالى : « وآتوهم من مال الله الذي آتاكم » .

أما طريق التملك عند الجمهور فمختلف فيه : قال الحنابلة : تدخل اللقطة في ملك الملتقط عند تمام التعريف حكماً كالميراث . لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « فإذا جاء صاحبها . وإلا فهي كسبيل مالك » وقوله : « فاستنفقها » ولو توقف ملكها على تملكها لبين الرسول له المطلوب.

وقال المالكية : يملكها الملتقط بأن ينوي تملكها . أي تجديد قصد التملك . لعدم الإيجاب من الغير .

وقال الشافعية : يملكها الملتقط باختياره التملك بلفظ من ناطق يدل عليه مثل : تملكت ما التقطته . لأن تملكها تمليك ببدل . فافتقر إلى اختيار التملك ، كما يتملك الشفيع بالشفعة .

واتفق العلماء إلا أهل الظاهر على أن الملتقط إذا أكل اللقطة ، ضمنها لصاحبها (١) .

لقطة الحل والحرم : اتفق جمهور الفقهاء على أن الأحكام المذكورة في اللقطة تنطبق على ما إذا كانت اللقطة في مكة وغيرها من البلدان ، لأن اللقطة أمانة ، فلم يختلف حكمها بالحل والحرم كالوديعة ، ولأن الأحاديث الواردة في اللقطة لم تفرق بين الحل والحرم . مثل قوله عليه الصلاة والسلام : « اعرف عفاصها ووكاءها ، ثم عرفها سنة » وغيره .

وأما الحديث الوارد بتخصيص تعريف لقطة مكة ، فالمقصود به دفع توهم

---

(١) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه : ٤ ص ١٢١ ، بداية المجتهد : ٢ ص ٣٠١ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٤١٥ ، المهذب : ١ ص ٤٣٠ ، المغني : ٥ ص ٦٣٦ وما بعدهـــا .

بعض الناس أنه لا حاجة لتعريف لقطة مكة ، لعدم الفائدة باعتبارها مكان الغرباء (١) .

وقال الشافعية على الصحيح المنصوص عندهم : يجب تعريف لقطة الحرم أبداً، إذ لاتحل لقطة الحرم للتملك ، بل للحفظ أبداً ، لخبر الصحيحين : « إن هذا البلد حرمه الله ، لايلتقط لقطته إلا من عرفها »

وفي رواية للبخاري « لاتحل لقطة الحرم إلا لمنشد » قال الشافعي رضي الله عنه : أي لمعرف ، ففرق صلى الله عليه وسلم بينها وبين غيرها ، وأخبر أنها لاتحل إلا للتعريف ولم يؤقت التعريف بسنة كغيرها ، فدل على أنه أراد التعريف على الدوام ، وإلا فلا فائدة في التخصيص ، والمعنى فيه : أن حرم مكة شرفه الله تعالى مثابة للناس يعودون إليه ، المرة بعد الأخرى ، فربما يعود مالكها من أجلها ، أو يبعث في طلبها، فكأنه جعل ماله به محفوظاً عليه ، كما غلظت الدية فيه .

---

(١) فتح القدير : ٤ ص ٤٣٠ ، تبيين الحقائق : ٣ ص ٣٠١ ، البدائع : ٦ ص ٢٠٢ . الشرح الكبير للدردير : ٤ ص ١٢١ ، المغني لابن قدامة : ٥ ص ٦٤٢ .

فهرست

الموضوع	الصفحة
الملكية وخصائصها	٦
المطلب الاول ـ تعريف الملكية والملك	٦
المطلب الثاني ـ قابلية المال للتملك وعدمها	٧
المطلب الثالث ـ انواع الملك	٨
المطلب الرابع ـ انواع الملك الناقص	٨
المطلب الخامس ـ أسباب الملك التام	١٧
هل الملكية الفردية في تشريع الاسلام مطلقة أم مقيدة ؟	٢٥
قيود الملكية	٣٣
احكام الاراضي	٤١
اولا ـ اراضي الفتح	٤١
١ ـ الارض التي فتحت عنوة	٤١
٢ ـ الارض التي جلا عنها أصحابها خوفا	٤٧
٣ ـ الارض التي فتحت صلحا	٤٩
ثانيا ـ احكام الاراضي في داخل الدولة	٥٠
احياء الموات	٥٧
المبحث الاول ـ تعريف احياء الموات ومشروعيته والترغيب فيه شرعا	٥٧
المبحث الثاني ـ الموات القابل للاحياء	٥٩
المبحث الثالث ـ كيفية الاحياء وطرقه	٦٢
المبحث الرابع ـ شروط الاحياء	٦٦
المبحث الخامس ـ أحكام احياء الموات	٦٩
مشروعية الحريم ومقداره	٧١
الحمى واقطاع الاراضي والمعادن	٧٧

الموضـــوع	الصفحة

المبحث الاول ـ الحمـى ٧٧
المبحث الثاني ـ الاقطـــاع ٨١

انـواع المعـادن وحكمها ٨٥

حقـوق الارتفـاق ٩٣

المبحث الاول ـ تعريف حق الارتفاق والفرق بينه وبين حق الانتفاع ، ووصفه الفقهي واحكامه العامـة ٩٣
المبحث الثاني ـ انواع حقوق الارتفـاق ٩٦
عقود استثمار الارض ـ المزارعة، المساقاة، المغارسة ١١٥

العقـد الاول ـ المزارعة او المخابرة ١١٥

المبحث الاول ـ تعريف المزارعة ومشروعيتها وركنها وصفة العقد .. ١١٥
المبحث الثاني ـ شرائط المزارعـة ١١٧
المبحث الثالث ـ احوال المزارعـة ١٢٢
المبحث الرابع ـ حكم المزارعة الصحيحة والفاسدة ١٢٣
المبحث الخامس ـ انتهاء المزارعة وحالات فسخها ١٢٦

العقد الثاني ـ المساقاة او المعاملة ١٣١

المبحث الاول ـ تعريف المساقاة ومشروعيتها وركنها وموردهـا ؛ والفرق بينها وبين المزارعة ١٣١
المبحث الثاني ـ شروط المســاقاة ١٣٥
المبحث الثالث ـ حكم المساقاة الصحيحة والفاســدة ١٣٩
المبحث الرابع ـ انتهاء المســاقاة ١٤٥

العقـد الثالث ـ المغارسة او المناصبة ١٥٠

تعريف المغارسة وحكمها عند الفقهـاء ١٥٠

اتفـاق القســمة ١٥٤

الفصل الاول ـ قسمة الاعيـان او الرقـاب ١٥٤

المبحث الاول ـ تعريف القسمة ومشروعيتها وركنها وصفتها ١٥٤
المبحث الثاني ـ انـواع القســمة ١٥٨
المبحث الثالث ـ شروط القسمة ١٦٣

الموضـــوع	الصفحة

المبحث الرابع ـ كيفية القسمة ١٦٩
المبحث الخامس ـ القاسم ١٧٦
المبحث السادس ـ أحكام القسمة ١٨٠
المطلب الاول ـ أحكام القسمة العامة ١٨٠
المطلب الثاني ـ الاحكام الخاصة بالاثبات ١٨٧
الفصل الثاني ـ قسمة المنافع أو المهايأة ١٩٠
المبحث الاول ـ تعريف المهايأة ومشروعيتها ١٩٠
المبحث الثاني ـ محل المهايأة ١٩٢
المبحث الثالث ـ صفة المهايأة ١٩٢
المبحث الرابع ـ أنواع المهايأة ١٩٣
التقسيم الاول ـ المهايأة من حيث الرضا والجبر ١٩٤
التقسيم الثاني ـ المهايأة من حيث الزمان والمكان ١٩٥
١ ـ المهايأة الزمانية ١٩٥
٢ ـ المهايأة المكانية ١٩٧
المبحث الخامس ـ ما يملكه كل شريك من التصرف بعد المهايأة ٢٠٠
الغصب والاتلاف ودفع الصائل ٢٠١
الفصل الاول ـ الغصب وأحكامه ٢٠٢
المبحث الاول ـ تحريم الغصب وتعريفه وأثر اختلاف الفقهاء في ضابطه ٢٠٣
المبحث الثاني ـ أحكام الغصب ٢١٣
الحكم الاول ـ الاثم ٢١٣
الحكم الثاني ـ رد العين المغصوبة ما دامت قائمة ٢١٤
الحكم الثالث ـ ضمان المغصوب اذا هلك ٢١٥
١ ـ كيفية الضمان ٢١٥
٢ ـ وقت وجوب الضمان أو وقت تقدير التعويض ٢١٧
٣ ـ ما يخرج به الغاصب عن عهدة الضمان .. ٢١٩

الموضوع	الصفحة

٤ ـ تغير العين المغصوبة عند الغاصب ٢٢١
٥ ـ نقصان المغصوب ٢٢٣
٦ ـ زيادة المغصوب ٢٢٥
٧ ـ غلة المغصوب ومنافعه ٢٢٩
٨ ـ اختلاف الغاصب والمغصوب منه ٢٣٠
٩ ـ غاصب الغاصب ومن في حكمه ٢٣٢

الفصل الثاني ـ اتلاف المال وحكمه ٢٣٥

المبحث الاول ـ تعريف الاتلاف وكونه سبب الضمان ٢٣٥
المبحث الثاني ـ شروط ايجاب الضمان بالاتلاف ٢٣٩
المبحث الثالث ـ كيفية الضمان او ماهيته ٢٤٤

الفصل الثالث ـ دفع الصائل ٢٤٥

المبحث الاول ـ مشروعية الدفاع ومراحله وحكمه ٢٤٥
المبحث الثاني ـ شروط دفع الصائل ٢٤٧
المبحث الثالث ـ هل دفع الصائل حق مباح أم واجب ؟ ٢٤٨

اولا ـ الدفاع عن النفس ٢٤٩
ثانيا ـ الدفاع عن العرض ٢٥٢
ثالثا ـ الدفاع عن المال ٢٥٥

اللقطة واللقيط ٢٥٧

المبحث الاول ـ حقيقة اللقيط واحكامه ٢٥٧
المبحث الثاني ـ اللقطة واحكامها ونوعاها وما يصنع بها ٢٦١

المطلب الاول ـ معنى اللقطة واحكامها ٢٦١
المطلب الثاني ـ نوع اللقطة وما يصنع بها ٢٧٤
لقطه الحل والحرم ٢٧٦

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University