

قلت: وأقام المغربي من قول المدونة من أنه إذا عطل لا شيء عليه على ما نص عليه في الواضحة من وكل على ربع فتركه ولم يكره فلا شيء عليه، قال: ويتخرج من قول مطرف ومن ذكر أنه يضمن.

قلت: ويرد بأن الغاصب أشد، وقبل شيخنا أبو مهدي ما نص عليه ابن سهل أن الوصي إذا بور ربع اليتيم؛ أنه ضامن وهو صواب، ولا يتخرج في الوكيل؛ لأن الموكل قادر على أن يكره بنفسه أو يوكل غيره بخلاف الموصى عليه والله أعلم. (ولا يطيب لغاصب المال ربحه حتى يرد رأس المال على ربه):

قال اللخمي: اختلف في ربح الغاصب على ثلاثة أقوال: فقيل له سواء كان موسراً أم لا قاله مالك وابن القاسم.

وقيل له: إن كان موسراً قاله ابن حبيب، وابن مسلمة في الولي يتجر في مال يتيمة لنفسه.

قلت: ويرد بأن الغاصب أشد، وقيل: للمغصوب منه بقدر ما ربح في ذلك المال لو بقي في يده، وما زاد عليه للغاصب، ذكره ابن سحنون فيمن شهد بدين حال أن صاحبه أخرج الغريم به سنة ثم رجع عن الشهادة بعد محل الأجل.

قال التادلي: وقول الشيخ: ولا يطيب أي لا يحل اختلاطه بالمحرّم وحمله عبد الوهاب على الكراهة قائلاً: لأن الشيء المغصوب في ذمته فكان الربح بحكم الشرع؛ لأنه مكروه؛ لأنه نشأ عن مال لم تطب نفس مالكة بتقبله فإذا رد رأس المال على ربه ساغ له.

(ولو تصدق بالربح كان أحب إلى بعض أصحاب مالك، وفي باب الأفضية شيء من هذا المعنى):

كلام الشيخ دل على قولين:

أحدهما: إذا رد رأس المال على ربه؛ أنه يطيب له الربح، ولا يستحب له الصدقة به، وإلى هذا أشار بقوله: ولا يطيب لغاصب المال ربحه حتى يرد رأس المال على ربه.

الثاني: أنه يستحب له الصدقة به ولهذا أشار بقوله: ولو تصدق بالربح كان أحب إلى بعض أصحاب مالك وعرضت هذا على شيخنا أبي مهدي رحمه الله فاستحسنه وقال به.

قلت: وما ذكرناه قول ابن الحاجب قالوا: بعد رفو الثوب وشعب القصعة وضعف.
واعترضه خليل بأنه يوهم تواطؤ أهل المذهب أو أكثرهم عليه، وإنما نقله ابن
يونس عن بعض الأصحاب، ونحوه.

قال ابن عبد السلام: وإنما حكاه بعض الشيوخ وأنكره غيره، وقال ظاهر
نصوصهم لا يلزم رفو الثوب ولا شعب القصعة ولعل هذا وما في معناه هو ما أراد
بقوله: وضعف.

(ولا غلة للغاصب ويرد ما أكل من غلة أو انتفع بها، وعليه الحد إن وطئ ولده
رقيق لرب الأمة):

قال ابن رشد في المقدمات: تحصيل اختلافهم في الغلة بعد اجتماعهم على أن
ما هلك بيينة لا ضمان على الغاصب فيه، وأنه لا يقبل دعواه التلف، وإن كان مما لا
يغاب عليه على ثلاثة أقسام قسم على خلقة الأصول كالولد، وفي إطلاق الغلة عليه
نظر فلا خلاف عندهم أن عليه رده مع الأم إن كانت قائمة، وإن ماتت خير بين الولد
وقيمة الأم.

قلت: وخرج الشيخ ابن القاسم السيوري: أن الولد غلة وهو للغاصب من قول
مالك في المدونة في كتاب الرد بالعيب فيمن رد أمة ابتاعها بعيب فقد زوجها فولدت
يجبر نقص النكاح بالولد كما يجبر بزيادة قيمتها، والنكاح ثابت.

قال المازري: ورد بوجهين:

أحدهما: لو كان غلة ما جبر به العيب؛ لأن الولد غير عين وقيمة العيب، إنما
هي عين والجبر فيه يوجب كونه كعضو منها.

الثاني: أنه يجبرها وإن زاد على أرش العيب ولو كان كما قال لما جبر به مع
الزيادة.

قال ابن رشد: وما كان متولدا على غير خلقة الأصول كالصوف واللبن ففيه
قولان، وأما ما كان غير متولد كالأكرية والجراحات ففي ذلك خمسة أقوال ولم يعزها،
وما ذكر من العزر هو للمغربي، فقيل: يرد ذلك قاله مطرف، وابن الماجشون،
وأشهب وابن عبد الحكم، وأصبغ، وعكسه قاله مالك، وقيل: يرد إن اكرى ولا يلزمه
إن انتفع أو عطل رواه أبو الفرج.

وقيل: يلزمه إن أكرى أو انتفع، ولا يلزمه إن عطل قاله مطرف، وقيل: يرد غلة
الأصول دون الحيوان قاله ابن القاسم.

قال ابن عبد السلام: هذا صحيح في النظر، ولا يبعد وجود الخلاف فيه أو ما يدل عليه في فروعهم وأظن أبي وقفت على ما يقتضي ذلك.

قلت: ولم ينقل الشيخ خليل ما ذكره، واعترضه بعض شيوخنا بأن قوله وجود الخلاف فيه يقتضي وجود القول عنده؛ لأنه لا يحال بينه وبينه مع عدم التوثق منه، وهذا خلاف الإجماع على منع الحاكم من الحكم بما يقتضي تضييع الأموال على أربابها فتأمله. وفسر خليل التوثق المذكور بأحد أمرين: إما برهن أو بضامن وقبلة شيخنا أبو مهدي وهو عندي بعيد بالنسبة إلى الرهن، والصواب: الضامن فقط، والله أعلم.

قال الشيخ أبو مهدي، وفي الموازية عن ابن القاسم: لو اتفقا على أن يأخذ منه شئنا نقداً جاز كبيع طعام القرض قبل قبضه، وقاله أصبغ، وروى ابن القاسم في المجموعة والعتبية: لا يجوز أخذه منها طعاماً يخالفه في جنس أو صفة؛ لأنه طعام بطعام مؤخر. (ولو كان النقص بتعديه خيراً أيضاً في أخذه وأخذ ما نقصه، وقد اختلف في ذلك): هذه المسألة هي من باب التعدي لا من باب الغصب ويعني أن من خرق ثوباً مثلاً فأفسده فساداً كثيراً أن ربه مخير في أخذه وأخذ ما نقصه أو أخذ القيمة بخلاف اليسير، وهذا قول مالك في المدونة.

قال ابن القاسم فيها: وكان مالك يقول: يغرّم ما نقصه، ولم يفصل بين القليل والكثير ونقل غير واحد كابن يونس عن أشهب إنما له أخذ القيمة أو أخذه ناقصاً ولا شيء له معه، وقاله ابن القاسم في أحد قوليه. قال سحنون وفي المدونة إن أفسده يسيراً فلا خيار له وإنما له ما نقصه بعد رفوه.

قال ابن حارث: اتفاقاً من ابن القاسم، وأشهب زاد غيره، ومالك قال اللخمي: وليس فيه القضاء بالمثل ولو كان منه ما غرم النقص بعد إصلاحه، وقد تكون قيمة الثوب سالماً مائة ومعيباً تسعين فأجرة رفوه عشرة وتكون قيمته بعد إصلاحه خمسة وتسعين بخسر المتعدي خمسة، وقد لا تزيد إلا صلاح في قيمته معيباً شيئاً وإنما يلزمه إصلاحه؛ لأن ربه لا يقدر على استعماله إلا بعده، ومثله من حلق رأس محرم كرها يفدي عنه؛ لأنه أدخله في ذلك.

واختلف في هذا الأصل هل يغرّم الجراح أجرة الطبيب أم لا؟ على قولين الأحسن أنه على الجراح كأنه كالرفو قال ابن يونس: ولو قال قائل السير إنما عليه فيه ما نقصه فقط، لم يبعد؛ لأنه إذا أعطاه ما نقصه دخل فيه الرفق كقولهم فيمن وجد آبقاً، وكذلك شاة له جعل مثله، ولا نفقة له؛ لأنها داخلة في تقويم جعل مثله.

والدية على عاقلته، وقيل: المال هدر كالمجنون، وقيل: كلاهما هدر، واعترضه ابن عبد السلام بأن هذه الطريقة، وإن كانت حسنة في الفقه لكن الروايات لا تساعد، وإنما تعرضوا للتحديد في هذه المسألة بالسنين فقيل: ابن ستين، وقيل: ابن سنة ونصف إلى غير ذلك.

وأجابه بعض شيوخنا بأنها تساعد، قال ابن رشد في ثاني مسألة في رسم العتق من سماع عيسى من الجنائيات: لا خلاف أن الصبي الذي لا يعقل ابن سنة ونصف ونحوها أنه في جنائته في المال، والدماء كالمجنون، وفيها ثلاثة أقوال المذكورة وعزا الثالث لهذه الروايات والصبي قال: والصبي والمميز ضامن المال في ذمته والدماء على حكم الخطأ والمشهور أن الضمان يعتبر حالة الغصب إن فات المغصوب.

وقيل: يلزمه أرفع القيم نقله ابن شعبان عن ابن وهب، وأشهب، وعبد الملك قال: لأن عليه رده في كل وقت فمتى لم يرده فهو كغصبه حينئذ قال: وكذلك إذا كانت قيمته خمسين ثم بلغت ألفا ثم عادت إلى خمسين أو هلك فالقيمة عندهم على أرفع القيم.

قال اللخمي: فجعلوا له أرفع القيم مع وجود عينه وعدمها وأراه كذلك إن كان المغصوب للتجر لا للقنية، ولقول مطرف، وابن الماجشون، وابن عبد الحكم وأصبغ، فيمن غصب داراً فأغلقها أو أرضاً فبورها أو دابة فأوقفها يغرّم لإجارتها لمنعه رها إياها.

(فإن رد ذلك بحاله فلا شيء عليه وإن تغير في يده فربه مخير بين أخذه بنقصه أو تضمينه القيمة):

ظاهر كلامه وإن تغير في سوقه وهو المشهور وتقدم الآن ما في ذلك. واختلف إذا نقل الغاصب الطعام لغير البلد الذي غصبه فيه ووجده ربه على أربعة أقوال، فقيل: إنما يلزمه مثله في البلد الذي غصبه فيه قاله ابن القاسم وقيل: إنه مخير في ذلك بين قيمته وأخذه قاله أشهب وقيل: إن لقيه ببلد بعيد عن بلد غصبه فالأول وإلا فالثاني قاله أصبغ.

وقال اللخمي: بعد أن نقل ما تقدم: إن له أخذ الطعام إن كان الغاصب مستغرق الذمة أو لم يكن سعره في بلد الغصب أقل منه في بلد النقل أو قال ربه: ادفع الأقل من نقله وزيادة سوقه.

قال ابن الحاجب: ولا خلاف أن الغاصب يمنع منه حتى يتوثق.

(والغاصب ضامن لما غضب)^(١):

قال ابن الحاجب مختصراً لكلام ابن شاس: الغصب أخذ المال عدواناً قهراً من غير حراة فأخرج بالعدوان ما أخذ قهراً لا عدواناً كأخذ الإمام الزكاة من الممتنع وتعقب بوجهين:

أحدهما: أن فيه التركيب وهو وقف معرفة على معرفة حقيقة أخرى ليست أعم منه، ولا أخص من أعمه.

الثاني: بأنه غير مانع لأنه يدخل عليه فيه المنافع كسكنى ربع وحرثه، وليس غضباً بل تعدياً، وهو لبعض شيوخنا وحده بأن قال: الغصب أخذ مال غير منفعة ظلماً قهراً لا لخوف قتال فيخرج أخذه غيلة إذ لا قهر فيه؛ لأنه يموت مالكة وحرابه، ومعرفة حرمة الغصب في الدين ضرورة؛ لأن حفظ الأموال أحد الكليات التي اجتمعت الملل عليها.

قال ابن رشد في مقدماته، ومثله لابن شعبان، وغيره: ويؤدب فاعله سواء عفا عنه المغضوب منه أم لا !! لئلا يتجرأ على الناس، وما ذكره هو خلاف نقل المتيطي لا يؤدب إن عفا عنه المغضوب منه فجعل الحق فيه للأدمي، وإن كان الغاصب صغيراً لم يبلغ فقيلاً: يسقط أدبه لرفع الإثم عنه.

وقيل: إنه يؤدب كتأديبه في المكتب وكلاهما حكاه ابن رشد في مقدماته، وغيره ولم يحك ابن الحاجب غير الثاني، ولم يتحقق ابن عبد السلام وجود الأول بل قال: أظن أنني وقفت عليه لبعض الشيوخ.

قال ابن شعبان: والغصب بين الزوجين وبين الوالد، وولده ثابت لا بد من أدبه، وفي اغتصاب الوالد من ولده خلاف، وهذا أقول: وظاهر كلام الشيخ أن الغاصب يضمن وإن كان صبياً مميّزاً وهو كذلك باتفاق.

وأما غضب الصغير الغير المميز فقيلاً: كذلك وقيل، لا، كذلك الخلاف في الدم وجمع ابن الحاجب بينهما فذكر ثلاثة أقوال فقال: وأما غير المميز فقيلاً: المال في ماله

(١) قال الفاسي: الجوهري الغصب أخذ الشيء ظلماً ابن الحاجب أخذ المال ظلماً قهراً عدواناً من غير حراة (ع) الغصب أخذ مال غير منفعة ظلماً قهراً لا بخوف قتال فتخرج الغيلة والحراة والتعدي وقوله وإن تغير في يده يعني تغيرت ذاته ولو تغير سوقه لنقص فليس كذلك على المشهور وقال ابن عبدوس روى ابن وهب عن مالك يضمن بحوالة الأسواق وذكر ابن حارث من الغصب أخذ مال قهراً تعدياً لا حراة.

وقال ابن القاسم: تلزمه قيمته وكلاهما في المدونة وهي أول مسألة من كتاب تضمين الصناع.

فإن قلت: وهل حكم سلف الغزل يتنزل منزلة استهلاكه فيختلف فيه أم لا ؟ قلت: ليس كذلك بل نقل ابن يونس في أوائل الجعل والإجارة عن البراذعي وعن محمد بن أبي زيد أنه يرد مثله، وسألت شيخنا أبا مهدي: هل تحفظ خلافه ؟ قال: لا، وهو صواب؛ لأنه فرق بين السلف والاستهلاك، وكذلك اختلف ابن القاسم، وأشهب فيمن استهلك حليا إلا أن قول أشهب ليس هو في المدونة، وإنما نقله ابن يونس والأصل قول أشهب ولذلك قال بعض شيوخ الفاكهاني: الأصل أن يحكم في ذوات الأمثال بالمثل إلا في أربع مسائل: الأولى: مسألة الغزل.

الثانية: من فدى أسيراً بدار الحرب بقنطار قطن مثلاً فإنه يأخذ قيمته ببلد الإسلام؛ لأنه لو أخذ القطن ربما أضر بالمفتدى.

الثالثة: إذا وهب لغيره هبة ثواب مما يكال أو يوزن فيفوت فعليه قيمته، وهل له أن يعطيه مثله؟ فقال ابن القاسم: ليس له ذلك خلافاً لأشهب.

الرابعة: إذا كان لشريكين على رجل قنطار كتان مثلاً فاقتضى أحدهما منه نصفه فدخل معه شريكه فيما اقتضى، وقلنا: إنه يرجع الآخر بالنصف الثاني، فقبضه منه فعليه أن يعطيه قيمة نصفه لشريكه.

وأما من قال: يرجعان جميعاً فلا تخرج هذه المسألة عن الأصل.

وزاد الفاكهاني مسألة خامسة: وهي من اشترى صبرة جزافاً فأتلفها البائع أو غيره فإنما فيها القيمة لا المثل ذكر ذلك عند تكلمه على كلام الشيخ، وكل بيع فاسد فضمانه من البائع.

ومسألة الحلبي السابقة سادسة: وظاهر كلام غير واحد أن المعدود من ذوات القيم بالإطلاق.

وقال ابن رشد: المعدود الذي لا تختلف أعيان عدده كالجوز والبيض مثلي، قلت: وأما اللؤلؤ الصغير القدر جداً الذي لا يباع إلا وزناً فهو مثلي أيضاً بخلاف ما فوه فإنه من ذوات القيم لكمال تباين آحاده، ولذلك قال في المكاتب لا تجوز الكتابة على لؤلؤ غير موصوف لتقارب الإحاطة بصفته يريد بصفة الوسط منه قاله بعض شيوخنا.

قال اللخمي: يريد ويغرم أجر نقلها.

قلت: قال بعض شيوخنا: وفيه نظر ؛ لأنه نقلها لنفسه، وإن أتى بالشاة من الفلاة إلى العمارة فلها حكم اللقطة فإن أتى ربهما أخذها قاله أصبغ أيضاً، وقال اللخمي: والقياس لا شيء فيها لربها ؛ لأنه نقلها بعد أن ساغ له ملكها ولولا ذلك لما نقلها، وأجابه بعض شيوخنا بأن المملوك له منها الانتفاع بها لا ملكها.

وقال ابن رشد: تعقب التونسي قول أصبغ إذا قدم بها مذبوحة، وقال: الأصوب عدم أكله إياها، وإن يبيعها، ويوقف ثمنها ؛ لأن الإباحة إنما كانت حيث لا شئ لها، وهو صحيح، فيتحصل من هذا ثلاثة أقوال: قول أصبغ، وقول سخنون وقول التونسي.

وأما إذا وجد ما يفسد كالطعام وكان كثيراً فلا يخلو إما أن يكون مما لا يخشى تلفه كوجوده في رفقة مأمونة أو قرية أم لا ؟ فالأول: إن أكله أو تصدق به، واختلف في ضمانه له على ثلاثة أقوال: فقيل: إنه يضمنه أكله أو تصدق به وهو ظاهر قول أشهب يبيعه، ويعرف بثمنه وقيل: بعكسه، وهو ظاهر المدونة وقيل: إن أكله ضمنه، وإن تصدق به لم يضمنه قاله ابن حبيب.

وأما الثاني فيجوز له أكله ولا شيء عليه وهذه طريقة ابن رشد في المقدمات وما ذكر اللخمي الثلاثة في التافه وغيره وعزاه الأول كما تقدم والثاني لمالك والثالث لمطرف قال: وأرى فيما لا يطلبه ربه غالباً لقلته لا شيء فيه إذا أكله أو تصدق به، وأما ما الغالب طلبه فعلى واجده حفظه لبقائه على ملك ربه فذكر كما ترى الأقوال في الكثير واليسير.

(ومن استهلك عرضاً فعليه قيمته):

ما ذكر أن العرض تلزمه فيه القيمة هو المشهور، وحكى الباجي عن مالك قوله بأن جميع المتلفات مثلية كقول أبي حنيفة والشافعي.

قال المازري: كذا في نسخ المنتقى وأراه وهما.

قلت: وحكاه عنه ابن زرقون، ولم يتعقبه، ولا نقل كلام المازري، مع أنه نقل عنه في غير موضع.

(وكل ما يوزن أو يكال فعليه مثله):

ظاهر كلام الشيخ أن من استهلك غزلاً فعليه مثله، وهو كذلك عند غير ابن القاسم، وهو أشبه.

ظاهر كلام الشيخ: وإن كانت بموضع لا يؤمن عليها من السباع وهو كذلك في أحد القولين، وظاهر كلامه أيضاً أنه يلتقطها إذا وجدها في غير الصحراء، وهو واضح؛ لأن وجود ربه في غير الصحراء أسهل فليلتقطها ليحفظها له حتى يجدها عن قرب بخلاف ما إذا وجدها في الصحراء فلا يتأتى له معرفة ربه إذا نقلها إلى العمارة.

واختلف هل يلحق البقر والخيل والبغال والحمير بالإبل أم لا؟ على ثلاثة أقوال: ثالثها لابن القاسم تلحق البقر دونها وهذه الأقوال حكاه ابن الحاجب.

قال ابن عبد السلام: وإنما تتصور الأقوال الثلاثة على نوع من التخريج.

(وله أخذ الشاة وأكلها إن كانت بفيء لا عمارة فيها):

ظاهر كلام الشيخ ولا ضمان عليه إن جاء صاحبها، وهو كذلك قاله مالك.

قال ابن عبد البر، وقال سحنون في العتبية: إذا أكل الشاة واجدها بالفلاة أو تصدق بها ثم جاء صاحبها ضمنها له، وهو الصحيح، وقد قال مالك: من اضطر إلى طعام غيره، وأكله فإنه يضمنه فالشاة الملتقطة أولى بذلك ورأوا أن قوله صلى الله عليه وسلم: «هي لك أو لأخيك أو للذئب» ليس بتملك لقوله أو للذئب.

قالوا: وقد جاء: «هي لك أو لأخيك أو للذئب فاردد على أخيك ضالته»^(١)

قيل: وإنما قوله هي لك مثل قوله في اللقطة فشأنك بها.

قلت: وما نقله عن العتبية قبله ابن عبد السلام: وقال بعض شيوخنا هو وهم وليس في العتبية شيء من ذلك، وإنما لسحنون فيها ضمانه فيما يجب عليه فيه التعريف.

قال فيها عنه: من اختلطت بغمه شاة ولم يجد ربه كانت لقطة يتصدق بها ويضمنها لرهبها وشرب لبنها خفيف؛ لأنه يرعاها ويتفقدتها فهذا هو الموجود فيها لا ما تقدم، وإذا فرعنا على الأول فإذا ذبحها في الفلاة ثم أتى بلحمها أكله غنياً كان أو فقيراً. قال أصبغ: ويصير لحمها وجلدها مالا من ماله، ولا ضمان عليه في ذلك إلا أن يجده صاحبها في يده فيكون أحق به.

أكون ذلك على رب هذه الأشياء إن أراد أخذها في قول مالك؟ قال: نعم إن أراد ربه أخذها لم يكن له أن يأخذها حتى يغرم لهذا ما أنفق عليها بأمر السلطان أو بغير أمر السلطان. انظر المدونة الكبرى لسحنون (٤/٤٥٧).

(١) رواه البخاري (١/٤٦)، ومسلم (٣/١٣٤٧).

كمسألة الوثيقة.

قال المازري في المعلم: ولو جهل عين المسروق منه فكاللقطة يأخذ السرقة ويصفها بما تؤخذ به اللقطة قاله أصحابنا.

واختلف في جهل المودع فقيل: كذلك وقيل: لأنه قادر على دفعها بينة؛ لأنه مختار. واعلم أنه إذا وصفها اثنان بما يأخذها به المنفرد تحالفا وقسمت بينهما فإن نكل أحدهما أخذها الحالف قاله الباجي زاد اللخمي عن أشهب إن نكلا لم تدفع إليهما قال: وأرى أن يقتسماها.

قلت: قال بعض شيوخنا، وهو الجاري على قول ابن القاسم بعدم وقف أخذها بالصفة على اليمين قال اللخمي: وإن أخذها بالصفة ثم أتى آخر فوصفها بمثل وصف الأول قبل أن يتبين ويظهر أمرها قسمت بينهما على الصحيح من القولين فظاهره أن في ذلك خلافاً.

وقال ابن يونس: تقسم بينهما على قول ابن القاسم وعلى قول أشهب تكون للأول.

(ولا يأخذ الرجل ضالة الإبل من الصحراء) ^(١):

(١) في لقطة الإبل والبقر والدواب قلت: أريت البقر أهي بمنزلة الغنم في قول مالك؟ قال: أما إذا كانت بموضع يخاف عليها فنعم وإن كانت بموضع لا يخاف عليها السباع ولا الذئاب فهي بمنزلة الإبل قلت: وما قول مالك في الإبل إذا وجدها الرجل ضالة في فلوات الأرض؟ قال: إذا أخذها عرفها وإن أراد أكلها فليس له ولا يعرض لها قال مالك: وإن أخذها فعرفها ولم يجد صاحبها فليخلفها بالموضع الذي وجدها فيه قلت: أريت الخيل والبيغال والحمير أهي بمنزلة الإبل؟ قال: الخيل والبيغال والحمير لا تؤكل قلت: فإن التقطها؟ قال: يعرفها فإن جاء ربه ردها قلت: فإن عرفها سنة فلم يجرى ربه؟ قال: أرى أن يتصدق بها قال: ولم أسمع من مالك قلت: فإن جاء ربه وقد أنفق على هذه الدواب أيكون عليه نفقتها؟ قال: قال مالك: نعم على صاحبها ما أنفق هذا عليها ولا يأخذها حتى يعطيه ما أنفق عليها وقال مالك في الإبل إذا اعترفها ربه وقد كان أسلمها وقد أنفق عليها: إن له ما أنفق عليها إن أراد صاحبها أن يأخذها وإن أراد أن يسلمها فليس عليه شيء قلت: وكذلك الغنم والبقر إذا التقطها في فلوات الأرض أو في غير فلوات فأنفق عليها فاعترفها ربه أيكون له نفقته التي أنفق عليها في قول مالك؟ قال: قال مالك في المتاع يلتقطه الرجل فيحمله إلى موضع من المواضع ليعرفه فيعرفه ربه قال مالك: هو لصاحبه ويدفع إلى هذا الكراء الذي حمله فكذلك الغنم والبقر إذا التقطها رجل فأنفق عليها ثم أتى ربه فإنه يفرم ما أنفق عليها الملتقط إلا أن يشاء ربه أن يسلمها قلت: أريت ما أنفق هذا الملتقط على هذه الأشياء التي التقطها بغير أمر السلطان

واضح لقوله ﷺ: «اعرف عددها ووكاءها ووعاءها»^(١) فجعل بدل العفاص الوعاء. وظاهر كلام الشيخ أن الدنانير والدراهم لا يشترط معرفة عددها، وهو كذلك عند أصبغ واعتبر ذلك ابن القاسم وأشهب كذا عزاها الباجي.

وعزا اللخمي الثاني كما ذكر والأول للمدونة.

قال بعض شيوخنا: وفيه نظر؛ لأن فيها يلزم دفعها لمن وصف عفاصها، ووكاءها وعددها قال: لم أسمع من مالك فيها شيئاً، ولا شك أن وجه الشأن أن تدفع إليه فظاهر هذا اعتبار العدد، وعلى هذا اللفظ اختصرها البراذعي، وفيها بعد ذلك أن دفعها لمن وصف عفاصها، ووكاءها وعددها ثم جاء آخر فوصف مثل ما وصف الأول وأقام بينة أن تلك اللقطة كانت له لم يضمنها له لأنه قد دفعها بأمر كان وجه الدفع فيه كذا جاء في الحديث «اعرف عفاصها ووكاءها»^(٢).

فظاهر هذا مثل ما قال اللخمي قال: وفي اقتصاره على هذا دون الأول نظر، وكذلك بالنسبة إلى البراذعي لكونه اقتصر على الأول فقط، وظاهر كلام الشيخ، أنه لا يفتقر إلى اليمين كما هو ظاهر المدونة، وهو المشهور.

وقال أشهب: لا بد من اليمين وسبب الخلاف هل العرف يتنزل منزلة الشاهدين أو الشاهد الواحد، ولهذا المسألة نظائر كتصديق الزوجة في الميسيس بإرخاء الستر عليها في خلوة الاهتداء، وكالقمط والعقود في الحائط، وكالحكم لأحد الزوجين بما يصلح ما في اختلافهما في متاع البيت، وتصديق المغصوبة إذا جاءت مستغيثة عند النازلة أو جاءت تدمي وتصديق أحد المتداعيين مع الحوز وتصديق المرتهن في مبلغ قيمة الرهن.

وذكر المغربي في إرخاء الستور عوض هذه النظيرة تصديق الراهن في دفع الدين إذا قبض الرهن، ولا أعرفها منصوبة لغيره وكأنها مناقضة لما نص عليه ابن الهندي، وقبله هو وغيره فيما إذا وجدت الوثيقة بيد المديان ويقول ما قبضتها حتى دفعت ما علي فإنه لا يقبل منه ويؤخذ بالحق؛ لأن من حجة رب الدين أن يقول سقطت لي أو سرقت إلا أن يقال: إن الاحتفاظ على الرهن أشد.

وقال شيخنا أبو مهدي رحمه الله: أعرفها منصوبة لغيره، ومحملها عندي على ما إذا أقر المرتهن إنه إذا دفع الرهن، وأما إذا خالف وقال: لم أدفعه فإن القول قوله

(١) رواه أبو داود (١٣٤/٢).

(٢) رواه البخاري (٨٣٦/٢)، ومسلم (١٣٤٧/٣).

وابن رشد عن المذهب ولفظ ابن رشد أقوى ونصه في المقدمات لقطعة مكة لا يحل استنفاقها بإجماع، وعليه أن يعرف بها أبداً وبها أيضاً قال اللخمي، وابن العربي في القبس بعد أن ذكر اللخمي القول الأول عن ابن القصار، وكذلك ابن العربي، وإنما اختار ما ذكره بعد أن ذكر الأول مالك قال: وتكلم علماؤنا في الاحتجاج لمالك والانفصال عن الحديث، ولا أرى مخالفة الحديث ولا تأويل ما لا يقبل.

وأجابه بعض شيوخنا بقاعدة مالك في تقديمه العمل على الحديث الصحيح حسبما ذكره ابن يونس في كتاب الأقضية، ودل عليه استقراء المذهب.

قال: وقول المازري: محمل الحديث على أصلنا على المبالغة في التعريف؛ لأن ربه يرجع لبلده وقد لا يعود إلا بعد أعوام حجة عليه لا له، وظاهر كلامه وإن كانت يسيرة أنها كالكثيرة ولا بد من سنة وهو كذلك على ظاهر قول مالك في المدونة.

وقيل: يعرف بها أياماً فقط قاله ابن وهب، وابن القاسم في المدونة والقولان حكاهما ابن رشد في المقدمات، وذلك مثل الدريهمات مما جرت العادة أن ربه يسمح بها.

وأما التافه فلا يعرف به وظاهر كلام التسوية بين حبسها وصدقها ومثله في ابن الجلاب، وزاد ويتملكها وليس في كلام الشيخ خلاف.

وقال اللخمي: اختلف في صفة تصرفه فيها على أربعة أقوال: فقيل: إنه خير في إنفاقها والصدقة ويخير صاحبها في تضمينه وهو قول مالك: لا أحب أن يأكلها مع قول ابن القصار، ويكره أكلها، وقيل: يجوز استمتاعه بها غنياً كان أو فقيراً، ويضمنها لربها، وهو مقتضى قول ابن القاسم في المدونة، وقيل: مثله إن كان غنياً بمثلها قاله أشهب، وابن شعبان، وقيل: مثله إن قلت وكان فقيراً قاله ابن وهب في العتبية، وذكر ابن رشد مثل ما ذكر اللخمي من الأربعة الأقوال إلا أنه عزا قول ابن القاسم للشافعي لا لأحد من أهل المذهب.

وقال ابن العربي: لم أجد لأحد من المسلمين خلافاً في ضمان مستنفاقها لربها، وأجابه بعض شيوخنا بأن في معلم المازري اختلف الناس في غرامة ملتقطها إن أكلها جاء ربه فعدنا يغرماً، وقال داود: لا غرامة عليه.

(وإذا عرف طالبها العفاص والوكاء أخذها):

قيل: العفاص: هو وعاء الدراهم، والوكاء ما يشد به وهذا هو المعلوم في اللغة، وعليه أكثر الفقهاء، وقيل: بالعكس عزاه الباجي لأشهب، وعزا الأول لابن القاسم وهو

قال في المدونة: ويعرف بها على أبواب المساجد مع أنه أجاز في المدونة الحكومة في المسجد وهي مظنة لرفع الصوت فيه وكأنه رآه من باب المذاكرة في العلم فاستخفه أو لقلّة الحكومة في زمانهم قاله المغربي.

وقال ابن الحاجب: يعرف بها في الجوامع والمساجد، وغيرها.

قال ابن عبد السلام: لعل ذلك مع حفظ الصوت، وما في المدونة أولى ويريد الشيخ أيضاً، ويكون تعريفه بها فوراً بحيث لو تواني بها وضاعت ثم جاء صاحبها فإنه يضمن وهو كذلك على تفصيل فيه ذكره اللخمي، وظاهر كلامه أنه يعرف بنفسه، وهو كذلك إلا أن يكون مثله لا يعرف فيستأجر منها؛ لأن ذلك مصلحة لربها قاله ابن شاس، وتبعه ابن الحاجب.

وظاهر لفظ اللخمي أجاز ابن شعبان أن يستأجر عليها منها أنه لو كان ممن يلي ذلك لم يلزمه.

(فإن تمت سنة ولم يأت لها أحد فإن شاء حبسها وإن شاء تصدق بها وضمنها لربها إن جاء وإن انتفع بها ضمنها، وإن هلكت قبل السنة أو بعدها بغير تحريك لم يضمنها):

اعلم أن هذه إحدى مسائل السنة، وكذلك الشفعة والمعتزض والمجنون والأجذم والأبرص، وعدة المستحاضة والمرتابة والمريضة والجرح، ولا يحكم فيه إلا بعد سنة والبكر تقيم عند زوجها سنة، ولم يصبها ثم تطلق فإنها لا تجبر واليتيمة تمكث في بيتها سنة فإنها تحمل على الرشد في قول والذي يوصي بشراء عبد ليعتق وأبى أهله البيع فإنه يستأنى سنة، والتي تقيم شاهد الطلاق، ويأبى زوجها أن يحلف فإنه يحبس سنة في قول.

والهبة إن حاز الموهوب الهبة سنة صح الحوز فيها وإن رجعت إلى الواهب على المشهور والزكاة والصوم لا يجبان إلا بعد السنة، والعمرة لا يباح فعلها على المشهور في السنة إلا مرة واحدة وعهدة السنة، والشاهد إذا تاب من فسقه قيل: لا بد من مضي السنة، وقيل: ستة أشهر.

وقيل: لا حد لذلك وكل هذه النظائر ذكرها الشيخ خليل وأكثرها في نظائر أبي عمران الصنهاجي، وظاهر كلام الشيخ أن السنة كافية، ولو كانت لقطعة مكة، وهو كذلك لم يحك المازري عن المذهب غيره، ومثله وعزاه عياض لمالك، وأصحابه.

وقيل: يعرف بها أبداً لقوله ﷺ: «لا تحل ساقطته إلا لمنشد^(١)» قاله الباجي،

في كشقير وهي بسكون القاف وفتحها.

قلت: وقال بعض شيوخنا: اللقطة مال وجد بغير حرز محترم ليس حيوانا ناطقاً ولا نعماً فيخرج الركاز وما بأرض الحرب، وتدخل الدجاجة وحمّام الدور إلا السمكة تقع في سفينة هي لمن وقعت إليه قاله ابن عات عن ابن شعبان والأظهر في السمكة إن كانت في موضع بحيث لو لم يأخذها من سقطت إليها لنجت بنفسها لقوة حركتها وقرب محل سقوطها من ماء البحر فهي كما قال ابن شعبان في زاهيه: وإلا فهي لرب السفينة كقول المدونة فيمن طرد صيدا حتى دخل دار قوم إن اضطره إليها فهو له، وإن لم يضطره، وبعد عنه فهو لرب الدار.

واعلم أن واجد اللقطة على ثلاثة أقسام: تارة يعلم من نفسه الخيانة فهذا يحرم عليه التقاطها لأن ذلك مستلزم لإتلاف المال المعصوم وتارة يخاف على نفسه الخيانة فهذا يكره له التقاطها ولا يحرم، وتارة يعلم من نفسه الأمانة فإن كانت في مكان يخاف عليها من أهل الخيانة فهذا يجب عليه التقاطها باتفاق، وإن لم يخف عليها الخيانة ففي ذلك ثلاثة أقوال: الاستحباب والكراهة، والاستحباب فيما له بال، وكلها لمالك.

وفي المدونة مع سماع ابن القاسم من التقط ثوباً يظنه لقوم يراهم فسألهم فقالوا له: ليس لنا فردة حيث وجده لا بأس به.

قال ابن القاسم: إن كانت عينا فأخذه أحب إليّ فجعل بعض شيوخنا قول ابن القاسم رابعاً، وهو الفرق بين العين وغيرها، وتأوله ابن رشد فقال: معناه لا ضمان عليه إن فعل والاختيار أن لا يفعل كقوله في الثوب إذ لا فرق بينهما وبين الثوب ورده شيخنا بوضوح خفة الحفظ في العين دون الثوب ولما يلزم من تفقده.

وقال ابن عبد السلام: الأظهر إن كان مع القدرة على الحفظ أن يجب الالتقاط ولا يعد علمه بخيانة نفسه مانعاً وأخرى خوفه ذلك؛ لأنه يجب عليه ترك الخيانة والحفظ للمال المعصوم وقصارى الأمر أن من يأمن على نفسه الخيانة فقد توجه عليه الخطاب بالحفظ وحده ومن يخاف على نفسه الخيانة وجب عليه أمران: الحفظ وترك الخيانة، وبعد تسليم هذا فالأظهر من الأقوال الثلاثة الاستحباب أو الوجوب لو قيل به لوجوب إعانة المسلمين عند الحاجة والقدرة على الإعانة.

وما ذكر الشيخ أنه يعرف بها بموضع يرجو التعريف بها هو كذلك؛ لأن ذلك مظنة لوجود صاحبها، ويريد في غير المسجد ولكن على بابه.

قال ابن الحاجب: اللقطة كل مال معصوم معرض للضياع في عامر أو غامر.
قال ابن عبد السلام تبع في ذلك ابن شاس، وقد تبع هو في ذلك الغزالي كعادته

قبل السنة فهي في رقبته لا في ذمته قلت: فإن استهلكها بعد السنة؟ قال: قال مالك: إذا استهلكها بعد السنة فهي في ذمته قلت: لم قال مالك إذا استهلكها بعد السنة فهي في ذمته وهو لا يرى أن يأكلها؟ قال: للذي جاء فيها من الاختلاف لأنه قد جاء فيها يعرفها سنة فإن لم يجع صاحبي فشأنه بها فلذلك جعلها في ذمته بعد السنة قلت: هل سمعت مالكا يقول في اللقطة أين تعرف؟ وفي أي المواضع تعرف؟ قال: ما سمعت من مالك فيها شيئا ولكني أرى أن تعرف في المواضع التي التقطت فيها أو حيث يظن أن صاحبها هناك وحديث عمر بن الخطاب أنه قال له رجل: إني نزلت منزل قوم بطريق الشام فوجدت صرة فيها ثمانون دينارا فذكرتها لعمر بن الخطاب فقال عمر: عرفها على أبواب المساجد واذكرها لمن يقدم من الشام سنة فإذا مضت سنة فشأنك بها فقد قال له عمر: عرفها على أبواب المساجد فأرى أن يعرف اللقطة من التقطها على أبواب المساجد وفي موضعها أو حيث يظن أن صاحبها هناك.

قلت: رأيت ما أصيب من أموال أهل الجاهلية لقطة على وجه الأرض يعلم أنه من أموال أهل الجاهلية أيخمس؟ أم يكون فيه الزكاة في قول مالك؟ قال: يخمس وإنما الزكاة في المعادن في قول مالك وما أصيب في المعادن بغير كبير عمل مثل الندرة وما أشبهها فذلك بمنزلة الركاز فيه الخمس قلت: رأيت دفن الجاهلية ما نيل منه بعمل ومؤنة؟ قال: فيه - في قول مالك - الخمس والركاز كله فيه - في قول مالك - الخمس ما نيل منه بعمل وما نيل بغير عمل قال: ولقد سئل مالك عن تراب على ساحل البحر يغسل فيوجد فيه الذهب والفضة وربما أصابوا فيه تماثيل الذهب والفضة؟ قال مالك: أما التماثيل ففيها الخمس وأما تراب الذهب والفضة الذي يخرج من ذلك التراب ففيه الزكاة وهو بمنزلة تراب المعادن.

قلت: رأيت إن التقطت لقطة فأتى رجل فوصف عفاصها ووكاءها وعدتها أيلزمني أن أدفعها إليه في قول مالك أم لا؟ قال: لم أسمع من مالك فيها شيئا ولا أشك أن هذا وجه الشأن فيها وتدفع إليه قلت: رأيت إن جاء آخر بعد ذلك فوصف لي مثل ما وصف الأول أو جاء فأقام البينة على أن تلك اللقطة كانت له أيضمن الذي التقط تلك اللقطة وقد دفعها إلى من ذهب بها؟ قال: لا لأنه قد دفعها بأمر كان ذلك وجه الدفع فيها وكذلك جاء في الحديث: [أعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها فإن جاء طالبها أخذها] ألا ترى أنه إنما قيل له اعرف العفاص والوكاء أي حتى إذا جاء طالبها ادفعها إليه وإلا فلماذا قيل له اعرف العفاص والوكاء! قلت: وترى أن يجبره السلطان على أن يدفعها إليه إذا اعترفها هذا ووصف صفاتها وعفاصها ووكاءها؟ قال: نعم أرى أن يجبره وقاله أشهب وزاد عليه اليمين فإن أبي عن اليمين فلا شيء له. انظر المدونة الكبرى لسحنون (٤/٤٥٥).

أن نقيض المستحب ليس بمكروه ونص ما في لقطة المدونة، ولا يتجر باللقطة في السنة ولا بعد السنة أيضاً كالوديعة فأخذ بعضهم منها التحريم، وقبله الفاكهاني فيكون سادسها.

والصواب: حملها على الكراهة كما صرح بها في أواخر كتاب الوديعة، ولم يذكر ابن الحاجب غير المدونة الكراهة والجواز فقال: وإن كان له وفاء وهي نقد فجائز إن أشهد، وقيل مكروه فقدم الجواز مع أن الثاني هو مذهب، وأما سلف المبضع معه فإنه جائز ذكره ابن يونس في الوكالة وأجرى بعض من لقيناه من القرويين فيه ما في الوديعة وكنت أجيبه بأنه فرق بين من لم يؤذن له في التصرف البتة، وبين من أذن له فيه على وجه ما فالأول: أشد والثاني: أخف فلم يقبله.

وما ذكرناه من الخلاف في تسلف الوديعة إنما هو في غير الفقير، وأما فيه فلا يجوز قاله اللخمي قائلاً: وليس له تسلفها إن كانت مما يقضى فيه بالقيمة، وكذلك المكيل والموزون إذا كثر اختلافه، كالكتان. واختلف في تسلف القمح والشعير وشبهه، فقال في المدونة: إن تسلفها ثم رد مثلها لم يضمها، وقال عبد الملك: إن خلطها بمثلها ضمن.

وقال الباجي: حكى عبد الوهاب هذا في كل مكيل أو موزون.

قلت: وذكر ابن الحاجب القولين منصوصين، واعترضه ابن عبد السلام بأن وجودها غريب بل هما مخرجان على أن التخريج الأول لا يسلم من اعتراض؛ لأنه لا يلزم من عدم ضمانه جوازه وأجابه بعض شيوخنا بوجودهما في كلام ابن الحاجب في قوله وفي اتفاق الوديعة بغير إذن ربه روايتان: الكراهة، والإجازة قال: فإن قلت: لفظ الإنفاق يدل على أنها عين والكلام إنما هو في الطعام، ونحوه.

قلت: ليس كذلك لحمل أبي محمد وابن رشد سماع أشهب من استنفق طعاماً أو دعه غرم مبلغه على ظاهره.

(وإن باع الوديعة، وهي عرض فربها مخير بين أخذ الثمن أو القيمة يوم التعدي):

قال الفاكهاني: أنظر هل تكون له أجره في بيع للعرض والعرض هنا ما عدا العين والاشتراء به أو لا شيء له، وهو الظاهر من إطلاقهم فيني لم أر فيه نصاً.

(ومن وجد لقطة فليعرفها سنة بموضع يرجو التعريف بها) ^(١):

(١) العبد يلتقط اللقطة يستهلكها قبل السنة أو بعد السنة قلت: أرأيت العبد إذا التقط اللقطة فأكلها أو تصدق بها قبل السنة أيكون ذلك في ذمته أم في رقبته؟ قال: قال مالك: إذا استهلكها

حكى في مداركه فيها خلافاً لما عرف بأحمد بن صالح الفهري عرف بابن الطبري من أصحاب ابن وهب فانظره فإنه قد تعذر علي الآن، وفي المعنى لا فرق وهذا الفصل متسع جداً.

(وإن كانت دنائير فردها في صرتها ثم هلكت فقد اختلف في تضمينه):

اعلم أنه اختلف المذهب في المسألة على أربعة أقوال فقال مالك وابن القاسم في المدونة، ومحمد: لا يضمن، وبه قال أشهب، وعبد الحكم، وأصبغ وهو المشهور، وقيل: يضمن رواه يحيى بن عمر عن مالك، وهو قول المدنيين.

وقال ابن الماجشون: وإن كانت مربوطة أو مختومة لم يبرأ إلا بردها إلى ربه وكذلك إن كان سلف بعضها ضمن جميعها، ولو أشهد على إخراجها من ذمته لم يبرأ إلا بردها لربه، والجميع ذكره اللخمي إلا أنه لم يعز إلا الثلاث الأول فقط، وقيل: إن ردها كما كانت بإشهاد برئ قاله مالك، وأخذ به ابن وهب وعلى الأول فاختلف في اليمين فقيل: لا يحلف، وهو ظاهر المدونة قاله الباجي، وأشار أبو محمد إليه بقوله لم يذكر في المدونة يمينا، وقيل: يحلف قاله ابن المواز، وابن الماجشون في المبسوط.

وقيل: إن تسلفها بغير بينة فالأول وإلا لم يصدق إلا بينة قاله في الموازية، ولم يعزه اللخمي بل ذكره اختياراً له وقيل: إلا أن يكون إشهاده لخوف موته حفظ الحق المودع فيبرأ، وإن لم يشهد على ردها.

قال ابن شعبان: من أودع وديعة وقال له: تسلف منها إن شئت فتسلف لم يبرأ بردها إلا إلى ربه.

وقال ابن رشد، واللخمي: لا يختلف فيه؛ لأن السلف من ربه وهذا التوجيه الذي ذكرناه ذكره الباجي أيضاً وقال عندي إنه يبرأ بردها.

(ومن اتجر بوديعة فذلك مكروه والربح له إن كانت عينا):

ذكره التجر طردي، وإنما المراد تسلفها، وما ذكر من الكراهة، هو أحد الأقوال الستة، وبه قال مالك في سماع أشهب، وعليه يحمل منع مالك في كتاب اللقطة من المدونة، وقيل: إنه جائز إن أشهد قاله في سماع أشهب ثانياً.

وقيل: إن كانت مربوطة أو مختومة لم يجوز قاله عبد الملك، ولما ذكر اللخمي هذه الأقوال الثلاثة قال: وأرى إن علم عدم كراهته المودع لذلك جاز، وإن علم كراهته لم يجوز، وإن أشكل أمره كره.

قلت: وسمع أشهب ترك تسلفها أحب إليّ فجعله بعض شيوخنا خامساً بناء على

التوثق، وتعقبه ابن عبد السلام، بقوله: الثاني: هو مذهب المدونة، وأما الأول فشاذ على نظر في صحة نسبه إلى المذهب.

(وإن قال ذهب فهو مصدق بكل حال):

ما ذكر الشيخ هو كذلك باتفاق، واختلف في حلفه على ثلاثة أقوال: فقيل: يلزمه قاله ابن نافع وعليه حمل الفاكهاني قول الشيخ، وقيل: لا يحلف نقله اللخمي، وقيل: إن كان متهما حلف وإلا فلا، نقله أبو محمد عن أصحاب مالك رحمه الله وبه فسر ابن يونس المدونة في قولها صدق وصرح ابن رشد بأنه المشهور.

قال: ولو حققت الدعوى توجهت اليمين باتفاق، وقال ابن الحاجب: فيها وفي التي قبلها: وأما المتهم فيحلف باتفاق وهو قصور لما تقدم من الخلاف قاله ابن عبد السلام، وتعقبه خليل.

قلت: وهو خلاف قوله في الزكاة فإن قال: قراض أو ودیعة أو على دين أو لم يحل الحول صدق ولم يحلف فإن أشكل أمره فثالثها يحلف المتهم كأيمان التهم.

(والعارية: لا يصدق في هلاكها فيما يغاب عليه):

لا حاجة إلى هذا بعد قوله قبل، والعارية مؤداة، واختلف قول مالك لو قامت بينة فيما يغاب عليه فإنه لم يتعد وأخذ ابن القاسم بعدم الضمان وأشهب بعكسه، ولم يحفظهما ابن يونس وذكر ابن الحاجب قولين لهما وحكاها ابن الجلاب روايتين.

(ومن تعدى على ودیعة ضمنها):

ما ذكر هو كذلك باتفاق كما إذا أودعها لغير عذر، واختلف في مسائل يتردد النظر هل هو متعد فيها أم لا ؟ فمن ذلك إذا نزی على بقرة وشبهها فعطبت به أو ماتت من الولادة، فقال ابن القاسم في المدونة: يضمن، وقال أشهب: لا يضمن قائلاً: إنزأه عليها أرجح ؛ لأنه مصلحة، ولو ختن المودع علجا أسلم عنده، وهو يطيقه فمات فإنه ليس بمتعد اتفاقاً وسواء قلنا: الختان واجب أو سنة على ما تقدم قاله شيخنا أبو مهدي رحمه الله وكذلك اختلف إذا وضع الوديعة في جيبه فضاعت فهل يضمنها أم لا على قولين حكاهما ابن شعبان.

والذي أفتى به بعض شيوخنا: أنه لا يضمن قائلاً: لا ينبغي اليوم أن يختلف فيه ومن ذلك اختلف ابن القاسم، وأشهب، فيما إذا أودعها زوجته وخادمه المعتادة عنده لذلك فقال ابن القاسم: لا يضمن خلافاً لأشهب.

وأما عكسها، وهي إذا أودعت المرأة زوجها ودیعة فضاعت فأظن أن عياضاً

إذا كان أحد قولي مالك، وقيل: لا يصدق فيما صغر فقط، وقد يرجح هذا فيما يراد منه الأكل دون غيره.

قلت: ونقل ابن يونس عن أشهب يضمن الحيوان ولو قامت بينة على هلاكه بغير سببه فيتحصل في المسألة أربعة أقوال.

(والمودع إن قال: رددت الوديعة إليك صدق إلا أن يكون قبضها بإشهاد):

قال ابن شاس، وابن الحاجب: الوديعة استنابة في حفظ المال، واعترض بعض شيوخنا ما ذكره بأنه غير جامع؛ لأنه بقي عليهما إيداع الوثائق بذكر الحقوق وبأنه غير مانع لأنه يدخل فيه حفظ الإيضاء، والوكالة؛ لأنها أزيد من الحفظ وحفظ الربع، وحدها بأن قال الوديعة بمعنى الإيداع نقل مجرد حفظ مالك بنقل، وهي مباحة، ويعرض لها الوجوب والتحريم، وأمثلتها واضحة.

وما ذكر الشيخ من أنه مصدق مثله في التهذيب، وظاهرهما بغير يمين وعزى للمدونة، وقيد الفاكهاني قول الشيخ فقال يريد، ويحلف كان متهما أم لا قاله عبد الحق.

وقال اللخمي: يحلف ولو كان مأمونا لدعوى ربهما عليه التحقيق إلا أن تطول عليه المدة مما يعلم أن مثل المودع لا يستغني عنها لما يعلم من قلة ذات يده أو تمر عليه عشرة فتضعف اليمين إن كان المودع عدلا، ونقل ابن الحاجب قولاً بعدم حلفه فيتحصل في المسألة ثلاثة أقوال منصوصة، ومرض غير واحد من أشياخي ما نسب لابن الحاجب لعدم وقوفهم عليه لغيره.

وأجابهم شيخنا أبو مهدي رحمه الله بأنه ظاهر قول أبي محمد في مختصره في الوكالات في قوله، ويحلف إن كان متهما وظاهره إذا كان غير متهم لا يحلف، وما أجابهم به شيخنا صحيح؛ لأن ظواهر كلام الفقهاء كالنصوص، ويريد الشيخ بقوله إذا قبضها بالإشهاد أن تكون البينة مقصودة التوثق، وبذلك قيد غير واحد المدونة كعبد الحق واللخمي.

ونقل ابن عات عن ابن زرب ما يقتضي أن البينة لا يشترط فيها ذلك بل يضمن مع وجودها مطلقاً، قال بعض شيوخنا: ولا أعرفه لغيره وقيل: لا يضمن والبينة كالعدم عزاه ابن شاس لابن القاسم نصاً، ولم يذكره ابن رشد إلا تخريجا من قوله في دعوى المستأجر رد ما استأجره من العروض أنه يصدق ولو قبضه بينة على تردد عنده في التخريج، وجعله ابن الحاجب المذهب وجعل ما يقوله غيره أنه المذهب، وأنه المشهور ثانياً له ونصه وإذا ادعى الرد قبل مطلقاً، وقيل: ما لم تمكن بينة مقصودة

(والعارية مؤداة يضمن ما يغاب عليه ولا يضمن ما لا يغاب عليه من عبد أو دابة

إلا أن يتعدى):

العارية هي بتشديد الياء، قاله الجوهري. وقال ابن شاس، وابن الحاجب العارية تمليك منافع العين بغير عوض، واعترضه بعض شيوخنا بأنه غير جامع؛ لأنه لا يتناولها إلا مصدرًا والعرف إنما هو استعمالها اسماً وهو الشيء المعار.

قال مالك في المدونة فيما تلف من عارية الحيوان عند من استعارها: لا ضمان عليه إلا أن يتعدى، وبأنه غير مانع؛ لأنه يدخل عليه الحبس، وحدها بأن قال: هي مصدرًا: تمليك منفعة مؤقتة لا بعوض فتدخل العمرى والإخدام لا الحبس واسماً مالك ذو منفعة مؤقتة ملكت بغير عوض، وهي مندوب إليها من حيث الجملة؛ لأنها إحسان والله يحب المحسنين ويعرض لها الوجوب كمن هو مستغن عنها لمن يخشى هلاكه والتحریم ككونها معينة على معصية والكرهية إذا أعين بها على مكروه والمباح إذا أعين بها غني.

واختلف في علف الدابة المعارة فقيل: على المعير، وقيل: على المستعير، قال ابن رشد في المقدمات: وأجرة حمل العارية على المستعير، واختلف في أجرة ردها فقيل: على المستعير وهو الأظهر وقيل: على المعير؛ لأن العارية معروف فلا يكلفه أجرة بعد معروف صنعه.

وقبل الفاكهاني قول ابن الجلاب ومن استعار شيئاً إلى مدة معلومة فلا بأس أن يكرهه من مثله، وفي المدونة: ولا بأس أن يعيره من مثله كما قال ابن هارون وابن عبد السلام، قول ابن شاس، وابن الحاجب المعير مالك للمنفعة غير محجور عليه فتصح من المستعير، والمستأجر، ويؤيد ما قالوه قول المدونة في الوصايا الثاني، وللرجل أن يؤاجر ما أوصى له به من سكنى دار أو خدمة عبد قال في الوصايا الأول إلا أن يريد رب العبد ناحية الكفالة والحضانة، وهو خلاف ما في الزاهي لابن شعبان من استعار دابة فلا يركبها غيره وإن كان مثله في الخفة والحال ومثله قول إجارة المدونة إن استأجرت ثوباً تلبسه يوماً إلى الليل فلا تعطه غيرك. ليلسه لاختلاف الناس في اللباس والأمانة.

وكره مالك لمكتري الدابة لركوبها كراؤها من غيره، وإن كان أخف، وخرج ابن عبد السلام قوله في العارية، وما ذكر الشيخ أنه لا يضمن ما لا يغاب عليه، قال اللخمي: هو المشهور من قول مالك وأصحابه وروى ابن شعبان: لا يصدق في ذهاب الحيوان حتى يعلم ذهابه، وقاله ابن القاسم في كتاب الشركة، ولا حاجة لتأويل بعضهم

واختلف في رهن الجنين فمعروف قول مالك أنه ممنوع وأجازته ابن ميسر كذا نقله الشيخ أبو محمد ولم يحك ابن الجلاب إلا الجواز وعزاه ابن حارث لابن الماجشون والمعروف جواز رهن الثمر قبل بدو صلاحه.

ونقل ابن رشد عن ابن القاسم: أنه ممنوع ولم يذكره غيره إلا بالتحريج.
قال المازري: ورهن الثمرة التي لم تخلق كالجنين، وهو خلاف قول ابن حارث اتفق ابن القاسم، وابن الماجشون على ارتهان الثمرة التي لم تخلق.
واختلف في ارتهان ما في البطن فأجازته عبد الملك كالثمره ومنعه ابن القاسم.
(والولد رهن مع الأمة الرهن تلده بعد الرهن):

ما ذكر مثله في المدونة قال فيها: من ارتهن أمة حاملا كان ما في بطنها وما تلد بعد ذلك رهنا معها، وكذلك نتاج الحيوان.

قال ابن رشد: لأنه كجزء منها، ونحوه للمازري في منع استثنائه واستشكل بعض التونسيين كونه كجزء بأنه لو كان كذلك للزم من عتق الجنين عتق أمه كعتق يديها وليس كذلك.

وأجاب بعض شيوخنا بأن الجزء ملازم ومفارق فالملزوم للعتق الملازم لا المفارق، وفي الجلاب وفراخ النخل، والشجر رهن مع أصولها.

قال في المدونة: ولا يدخل إلا صوف كمل نباته يوم الرهن معها كلبن في ضروعها.
(ولا يكون مال العبد معه رهنا إلا بشرط، وما هلك بيد أمين فهو من الرهن):

ما ذكر مثله في المدونة، قال ابن حارث اتفاقاً، قال: واختلف فيما يستفيده هبة أو شبهها.

قال ابن عبدوس عن ابن القاسم: لا يدخل إلا باشرطه، وقاله أشهب، واحتج بالوصية؛ لأنها لا تدخل في الأرباح إلا فيما لم يعلمه الموصي.

وقال يحيى بن عمر: تدخل وهي أشبه بالمبيع من الوصية. قال التونسي في الموازية: إذا اشترط مال العبد في الرهن لا يدخل ما أفاد فيه، وإلا شبه دخوله كشرط ماله إذا ابتاع على الخيار فما أفاد من مال في أيامه دخل فيه.

وفي المدونة فيمن كوتبت على خيار فما أفادت في أيامه فهو لسيدها، وهو فيها لغير ابن القاسم، والمعروف الأول.

وقال المازري: وقيل في الأرباح: إنها كالفائدة في الزكاة فأشار إلى تحريج الخلاف في ربح مال العبد.

مصدق فيها وكانت مما يغاب عليه فإنه يوفى له بشرطه ؛ لأن العارية معروف وإسقاط الضمان معروف ثان بخلاف ما أصله المكايسة كالرهن قاله اللخمي في العارية، وما ذكر الشيخ من نفي الضمان فيما لا يغاب عليه هو المنصوص والمشهور، وقال المازري: وخرج بعضهم ضمانه من رواية ضمان المحبوس بالثمن.

ورده بعض أشياخي بأن ضمان المحبوس بالثمن ليس لأنه رهن بضمنه لاحتمال كونه على رواية شرط مضى زمان إمكان قبض المبيع بعد عقده في ضمانه بالعقد والحبس مانع من تمكن قبضه وخرجه بعضهم من قول شركة المدونة إن استعار أحد الشريكين دابة لحمل شيء من مال الشركة بغير إذن شريكه فتلفت: لا ضمان على الشريك غير المستعير، وأجيب بأنه بيان لحكم الشركة لو حكم حاكم بضمنه لا أنه بيان لحكم ضمان المستعير.

قال رحمه الله: ويستغنى عن هذا التخريج بقول أبي الفرج عن ابن القاسم فيمن قبض عبداً ارتهن نصفه فتلف: ضمن نصف فقط.

قال في المدونة في السلم الثاني: ما لا يغاب عليه هو الحيوان والدور والأرضون والتمر في رعوس النخل والزرع إذا لم يحصد.

قال اللخمي: وهو عام في الحيوان على اختلاف أنواعه من شاة وطيور، وأرى أن يضمن ما يستخف أكله وذبحه.

(وكذلك غلة الدور):

ما ذكر الشيخ أن غلة الدور للراهن هو المشهور، وفي المبسوط لمالك: من استرهن داراً أو عبداً قبضه أو لم يقبضه ؛ فإن إجارة العبد والدار تجمع لا تصل إلى الراهن ولا للمرتهن حتى يفك الرهن فتكون تبعاً للرهن فإن كان في الدار كفاف الحق كانت الإجارة للراهن.

قال في البيان: وهذه الروايات شاذة لا تعرف في المذهب، ويريد الشيخ إلا أن يشترط المرتهن ذلك فيكون له، وسمع أصبغ ابن القاسم: لا بأس أن يشترط بيع المبيع، ويرتهن الدار أو العبد انتفاعه به لأجل معلوم كان أبعد من أجل الرهن أو قبله.

قال ابن رشد: هو كقوله في المدونة خلاف نص مالك جوازه في الربع والأصول دون الحيوان والثياب إذ لا يدري كيف يرجع ذلك إليه، واحتج ابن القاسم بجواز إجارة ذلك، وهو لا يدري كيف يرجع إليه، ولا حجة على مالك ؛ لأنه إنما كرهه للغرر كالرهن إذ لا يدري متى تكون القيمة بعد استعماله.

الحسي فيه ورده شيخنا أبو مهدي رحمه الله بأن الصرف أشد فهو أضيّق بدليل أنه يشترط فيه القبض الحسي.

وقال ابن الحاجب: وقبض الجزء المشاع، والباقي لغير الراهن إن كان عقارا جائز باتفاق.

وقال ابن عبد السلام: لم يطلع المؤلف على الرواية بمنع رهن المشاع كأبي حنيفة.

قلت: ومرض بعض شيوخنا نقله بقوله: لا أعرف هذه الرواية وظاهر نقل شيوخ المذهب نفيها، ولو كانت ثابتة ما اضطر إلى التخريج الذي ذكره المازري والشأن من التحقيق في ذكر غريب مثل هذا عزوه.

(ولا تنفع الشهادة في حيازته إلا بمعاينة البينة):

ظاهر كلامه أن الإقرار بحوزه ووجوده في يده بعد الموت أو التفليس كالعدم، وهو ظاهر المدونة قال فيها: ولا يقضى بالحيازة إلا بمعاينة البينة بحوزه في حبس أو هبة أو رهن.

وقيل: إن وجود الرهن بيد المرتهن بعد موت راهنه يقبل قوله حزته في صحته نقله أبو محمد في نوادره عن مطرف وأصبغ، ونقل خلافه عن ابن الماجشون، وابن حبيب، وفي الطرر لابن عات العمل أنه إذا وجد بيده وقد حازه كان رهنا، وإن لم يحضروا الحيازة ولا عاينوها؛ لأنه صار مقبوضاً وكذلك الصدقة.

(وضمان الرهن من المرتهن فيما يغاب عليه ولا يضمن ما لا يغاب عليه، وثمرة النخل الرهن للراهن):

ما ذكر الشيخ أن ضمان ما يغاب عليه من المرتهن هو كذلك باتفاق من حيث الجملة ويريد ما لم يكن بيد أمين فإنه من الرهن كما سيأتي له.

وظاهر كلامه ولو قامت البينة على هلاكه وهو كذلك في رواية أشهب وقيل: لا يضمن رواه ابن القاسم، وقال به، وبه قال عبد الملك وأصبغ نقله ابن يونس وسبب الخلاف هل الضمان بالأصالة أو بالتهمة، ولو اشترط نفي الضمان؟ فقال ابن القاسم: لا يعول عليه، ويضمن، وقال أشهب: لا يضمن وقيل: إن كلا منهما ناقض أصله.

وأجاب بعض شيوخنا عن ابن القاسم: بأن الضمان يتقوى معه الشرط؛ لأن الضمان عنده معلل بالتهمة، وعن أشهب بأن شرط عدم الضمان ناسخ.

قلت: ولا مناقضة على ابن القاسم في قوله في العارية إذا اشترط المستعير أنه

قال ابن الحاجب: الرهن إعطاء امرئ وثيقة بحق واعترض بأنه غير مانع بالمنع لذي حق على الوفاء به والحميل لحق والإشهاد به.

قال ابن عبد السلام: وأجيب بمنع قبول دخول شيء منها تحته؛ لأن لفظة إعطاء تقتضي حقيقة دفع شيء ولفظ وثيقة يقتضي صحة رجوع ذلك الشيء لدافعه إذا استوفى ذاك وذلك لا يصح في الحميل واليمين الأخذ والرد حقيقة.

وأما الوثيقة بذكر الحق فهو وإن صح دفعها فلا يلزم ردها بعد استيفاء الحق.

قلت: ورده بعض شيوخنا بأن قوله لفظة إعطاء يقتضي دفع الشيء إلى آخذه، وإن أراد دفعه حسب المحسوس منع لصحة قولنا: إعطاء عهد الله والأصل الحقيقة، وإن أراد الأعم منه، ومن المعنى دخل ما وقع النقص به وإن سلم كونه حسياً بطل بإخراجه رهن الدين، وقوله لفظة وثيقة تقتضي صحة رجوع ذلك الشيء إلى آخذه يريد؛ لأنه لا يلزم من نفي لزوم ردها نفي صحته واللازم عنده إنما هو الصحة حسبما تصرح به قال: ويتعقب رسم ابن الحاجب بأنه لا يتناول الرهن بحال؛ لأنه اسم والإعطاء مصدر وهما متباينان، وظاهر كلام الشيخ: أن الرهن جائز حضراً أو سفراً وهو كذلك عندنا.

(ولا يتم إلا بالحيازة):

ظاهر كلام الشيخ إذا لم يحز فإنه يبطل، وإن كان جد في الطلب إلى أن قام عليه الغرماء، وهو كذلك قال ابن حارث وقال عبد الوهاب عجزه مع جده في طلبه إلى أن قاموا لا يبطله كاهبة.

وحكى اللخمي القول الثاني غير معزو كالأول دون استدلال قائلاً، وهو أحسن.

قلت: واستدلال القاضي باهبة يدل على أنه متفق عليه فيها وليس كذلك بل هو قول ابن القاسم، وقال ابن الماجشون: تبطل حسبما قدمنا ذلك في موت الواهب ولا فرق بين الموت والتفليس.

واعلم أن الحوز المتقدم لغير الرهن كالمتأخر على الأصح، واختلف هل يصح رهن مشاع العقار أم لا ففي المدونة صحته.

وقال أبو حنيفة والشافعي: لا ينعقد فيه رهن قال المازري، وخرجه الشيخ عبد المنعم، وهو أحد شيوخ شيوخنا من قول بعض أصحابنا أن هبة المشاع لا تصح؛ لأن قبضه لا يتأتى.

قلت: وخرجه بعض المتأخرين من منع صرف جزء الدينار لامتناع القبض

قال ابن الحاجب: ولا يفسخ كراء الوقف لزيادة، قال ابن عبد السلام: يعني إذا كان عقده غبطة، وأما إن كان فيه غبن فتقبل فيه الزيادة قيل: وسواء كان من طلب الزيادة فيه حاضرا أو غائبا وأهل تونس في هذا التاريخ وقبله بسنين كثيرة استمروا على أنه يكره ربيع الحبس على قبول الزيادة فيه ويجعلونه منحلا من جهة المكري ومنعقدا من جهة المكثري وهو قول منصوص عليه في المذهب ووقع في المدونة ما يقتضيه، وأن بعضهم رأى ما في المدونة خارجا عن أصول المذهب، واعتقد بعض من لقيناه أن ذلك مخالف للإجماع؛ لأنه راجع إلى بيع الخيار ولم يجزه أحد إلى سنة.

وأشار ابن رشد إلى أن هذه المسألة ليست كبيع الخيار الذي جعل أمد الخيار فيه سنة فإن ذلك ينتقض فيه البيع من أصله إذا أراد حله من جعل له الخيار وهنا لا ينتقض إلا ما بقي من المدة.

قلت: وهذا الفصل لما كان مضطرا إليه ذكرنا في هذا المحل اتباعا لمن ذكر، وإن كان غير هذا الفصل أليق به والأعمال بالنيات.
(والرهن جائز)^(١):

(١) الرهن عقد لازم واشترط غلته مبطل فيصح بالقول ويتم بالقبض ويجبر الراهن عليه واستدامته شرط فإن عاد إليه اختيارا أو بإعارة أو لإجارة أو وديعة بطل كتراضيه على قبضه حتى مات الراهن أو أفلس لا بامتناع الراهن مع إقامته على الطلب والمال الباطن مضمون ما لم تقم بينة أو يكن على يد أمين لا الظاهر إلا بالتعدي فإن اختلفا في قيمته واتفقا على صفته قوم عليها فإن اختلفا أيضا حلف المرتهن فإن حلف الراهن قوم عليها فإن جهلاها حلف المرتهن على قيمته وقاصه فإن اتفقا واختلفا في قدر الحق فالرهن شاهد بقدر قيمته ويحلف الراهن لنفي الزائد وفي عين الرهن القول للمرتهن وفي كون المقتضى ما به الرهن يحلفان وتحسب منهما وفي مال العبد معه القول قول الراهن ولا يصح رهن ما لا يجوز بيعه بحال ولا تقبل دعوى المديان رهنا عند غريم إلا بينة على قبضة رهنا ويصح المشاع فإن كان باقيه له لزمه تسليمه وإن كان لغيره نزل المرتهن معه منزلة الراهن ومن رهن على قدر معين ثم أخذ زيادة عليه صار رهنا بالجميع فلو أراد رهن فائضه عند غير المرتهن وقف على إذنه ويقدم الأول في الاستيفاء ونساؤه لربه ونفقته عليه ونتاجه رهن معه كفراخ النخل لا الصوف واللبن ومال العبد إلا أن يشترطه ولا يتبعض بتبعض القضاء بل ما بقي فهو محبوس به ويجوز اشتراط الانتفاع به في البيع لا في القرض. فإن وكله ببيعه صح ولم يكن له عزله فإن باعه ربه وقف على إجازة المرتهن فإن ادعى أنه أذن ليتعجل حلف ويعجل وفي عتقه موسرا ينفذ ويتعجل وفي عسره يوقف فإن أفاد مالا أنفذ وإلا يبيع في الدين كاستيلاده الأمة ووطء المرتهن بغير إذن زنى ويأذنه يبطل وقاصه بقيمتها وتصير أم ولد. انظر أشرف المسالك للساحلي (١/٢١٠).

منفعته إلا أن يكون شرط فأطلق هذا الخلاف غير واحد.

وقال اللخمي: إن انقطعت منفعة الحبس وعاد بقاؤها ضرراً جاز بيعه وإن لم يكن ضرراً ورجا أن تعود منفعته لم يجز بيعه.

واختلف إذا لم يكن ضرراً أو لا رجيت منفعته، وما ذكر الشيخ من صفة الجعل هو كذلك في المدونة في الفرس، وقال في الثياب: يتصدق بها في السبيل إن لم تبلغ ثياباً ينتفع بها فقيل: إن الثياب لما لم يظهر لها كبير منفعة في الغزو استخفت الصدقة بما عجز عن ثمن ثوب بخلاف الخيل لعظم منفعتها في الغزو وحفظ على أصل التحسيس فيه.

قال ابن عبد السلام: وفي هذا الفرق نظر، قال ابن وضاح سألت سحنون عن زيت المسجد يكون كثيراً أبيع ويتخذ في منفعة الحبس؟ قال: تجعل فتائله غلاظاً ولم ير بيعه.

قلت: أيوقد في مسجد آخر؟ قال: لا بأس، قلت: فالخشب تكون في المسجد قد عفنت لا يكون لها كبير منفعة أترى أن تباع ويشترى بثمانها خشب، ويرم بها المسجد قال: أما أنا فلا أجعل سبيلاً إلى بيعها أصلاً وأشار بقوله أنا إلى أن ثم قولاً ضعيفاً.

وقال ابن زرب بيع حصر المسجد جائز وكذلك ما يلي من أنقاض المسجد ويصرف في منافعه.

(واختلف في المعاوضة بالربح الخرب بربح غير خرب):

قد قدمنا أن القول بالجواز داخل في عموم رواية أبي الفرج، والقول بالمنع نقله الباجي عن ابن شعبان قائلاً: وإن خرب ما حوله وقد تعود العمارة ولم يحك الباجي غيره. واعلم أن المتولي للوقف يكرهه بنظره السنة والسنتين فإن أكره ممن مرجعه إليه جازت الزيادة على ذلك وقد أكره مالك منزله، وهو كذلك عشر سنين واستكثرت.

قال ابن عبد السلام: ومعنى ما تقدم إذا كانت الدار وقفاً على معينين ثم على أولادهم، وشبه ذلك، وأما إن كانت الدار على الفقراء وشبههم فينبغي أن يكون أوسع من هذا الأجل إذ لا يتقى في ذلك سوى انهدام الدار، وهذا الاحتمال لا يمنع من طول الأجل في الدور ثم قال: وأجاز جماعة من فقهاء بلدنا وعمل به منذ عشرين عاماً كراء بقعة من أرض الحبس أربعين عاماً لمن بناها داراً وليس الحبس فيها على معينين بعد أن بذل فيها مكترها عوضاً خارجاً في الكثرة عن العادة.

ما ذكر هو المعروف وروى أبو الفرج جوازه وهو الذي حكاه ابن رشد، وكذلك ذكر اللخمي الخلاف وعزا الجواز لابن القاسم جريا على قوله في الثياب إذا بليت إلا أنه قصر الخلاف على ما بعد من العمل ولم يرج صلاحه، وأما ما كان بالمدينة فلا يباع وظاهر كلامه باتفاق فجعله بعض شيوخنا ثالثاً.

وقال ابن عبد السلام: حكى أبو الفرج وابن شعبان قولاً بجواز بيع الخرب مثل ما في الرسالة واعترضه بعض شيوخنا بأن الذي في الرسالة إنما هو المناقلة بالمعاوضة فقط كما سيأتي ورواية أبي الفرج بالبيع أعم منه.
قلت: على أن ما حكاه عن ابن شعبان لم أجده.

واختلف هل يجوز نقض بيع نقض الحبس إذا خرب أم لا؟ على قولين ذكرهما في الزاهي، وكذلك اختلف هل يجوز نقله إلى حبس آخر ليني به إذا لم ترج عمارة الخرب أم لا؟ وبالجواز مضى العمل عندنا.

قال مالك: ولا بأس أن يشتري من دور محبسة إن احتيج إلى توسعة مسجد أو طريق؛ لأنه نفع عام، وقيل به في مساجد جوامع الأمصار لا القرى قاله غير واحد كابن عبد الحكم ومطرف واختلف المتأخرون إذا أبوا من بيعها للمسجد فقال أكثرهم: تؤخذ بالقيمة جبراً، وقيل: لا يجبرون وقيل بالأول في المسجد الجامع بخلاف غيره، وأما إذا كانت الدار الملاصقة لمسجد الجمعة مملوكة، فقال الباجي: يجبر أهلها بإجماع.

وقال ابن رشد: في الجبر قولان وأفتى بالجبر، واحتج بقول سحنون يجبر ذو أرض تلاصق طريقاً هدمها نهر لا يمر للناس إليه فيها على بيع طريق لهم بثمن يدفعه الإمام من بيت المال، وبفعل عثمان رضي الله عنه، في توسعة مسجده صلى الله عليه وسلم ويقول مالك وغيره إذا غلا الطعام واحتيج إليه أمر الإمام أربابه بإخراجه للسوق.

(ويباع الفرس الحبس يكلب ويجعل ثمنه في مثله أو يعان به فيه):

ما ذكر الشيخ هو المشهور، وقول ابن الماجشون: لا يباع ويوقف، وإن ذهب

انقطعت منفعة الحبس وعاد بقاؤه ضرراً أجاز بيعه وإن لم يكن ضرر أو رجي أن تعود منفعته لم يجز بيعه واختلف إذا لم يكن ضرر ولا رجيت منفعته والذي أخذ به المنع خوف كونه ذريعة لبيع الحبس (ع) في منعه ثالثها إن كان بمدينة للمعروف وإحدى روايتي أبي الفرج ونقله اللخمي انتهى.

له مطلقاً وإن لم يعرها وأولهما هو الذي رجع عنه مالك في المدونة.
وثانيهما: مقتضى قول اللخمي وعزاه لرواية عبد الوهاب في المعونة وصوبه إلا
أن تكون العادة رجوعه لبقية أصحابه.

(ويؤثر في الحبس أهل الحاجة بالسكنى والغلة):

ما ذكر هو المشهور، وقيل: لا يفضل ذو الحاجة على الغني إلا بشرط من
الحبس وسواء كان التحبيس على قوم بأعيانهم وأعقابهم أو على ولده وولد ولده إلا أن
المخالف في الأولى عبد الملك، والمخالف في الثانية المغيرة والفقهاء قريب.
(ومن سكن فلا يخرج لغيره إلا أن يكون في أصل الحبس شرط فيمضي):
زاد في المدونة ولو لم يجد مسكناً ولا كراء له، وظاهر كلامه ولو استغنى بعد
أن سكن لأجل فقره، وهو كذلك.

قال ابن عبد السلام: ولعل ذلك لأن عودته لا تؤمن وإلا فالأصل كان أن لا يخرج.
قلت: وقال بعض شيوخنا: نص ابن رشد عن ابن القاسم على أنه لا يخرج إذا
كان الحبس على العقب فإذا سكن لغيره فلا يخرج، ولو كان على الفقراء فإنه
يخرج إذا استغنى قال: وقول ابن الحاجب: لا يخرج الساكن لغيره وإن كان غنيا يوهم
خلاف ذلك لقول ابن عبد السلام: ولو سكن ثم خرج فإن كان خروج انقطاع يسقط
حقه وكان من سكن أولى وإلا فلا قال في المدونة: ومن مات أو غاب غيبة انتقال
استحق الحاضر مكانه.

وأما من سافر لا يريد مقاماً فهو على حقه إذا رجع وأقام منها المغربي ما في
جامع العتبية أن من أقام بموضع في المسجد في الصف الأول وقام لتجديد وضوء أو
لغيره على أن يؤوب إليه بالقرب أنه أحق والقرب هو أن يكون ذلك المعنى الذي
جلس إليه قائماً مثل أن يكون ينتظر الصلاة.

قلت: ومن هذا المعنى قيام الطالب من درس العلم لحاجة ثم يعود وكذلك قال
شيخنا أبو مهدي رحمه الله: لا يجلس غيره من أصحابه في مكانه إذا سبقه إذا كان
لكل إنسان موضع معلوم به كما هو المؤلف عندنا بتونس؛ لأن ذلك مقصود من
المجلس للعرف المقتضى لذلك.

(ولا يباع الحبس وإن خرب)^(١):

(١) قال الشيخ زروق: الجمهور على منع الحبس واستدل له سحنون ببقاء أحباس السلف خراباً إذا

من ذلك لأن المذهب لا يشترط فيه ظهور القرية، وإنما كان الحكم أن يرجع إلى أولى الناس بالحبس لما يجتمع به من الصلة، وسد خلة الفقير قاله ابن كنانة أيضاً.

وقال مالك في رواية أشهب أحب إلي أن يرجع صدقة على المساكين وأهل الحاجة ولا يرجع ميراثاً وما ذكرناه من اشتراط الفقير هو المشهور.

وقيل: يدخل الأغنياء في السكنى دون الغلة، وقيل: إذا لم يكن أهل المرجع فقراء أعطى للأغنياء منهم، والمشهور من المذهب أنه يدخل من النساء من لو كان رجلاً كان عاصياً.

وقيل: لا يدخلن وعلى الأول فقال مالك في كتاب محمد الذكر والأنثى فيه سواء واشترط في أصل الحبس للذكر مثل حظ الأنثيين قال: إن المرجع ليس فيه شرط ولو لم يكن له يوم المرجع إلا ابنة واحدة لكان لها جميعه فإن لم يكن للمحبس من القرابة من يصرف إليه المرجع فإنه يصرف إلى الفقراء.

(ومن أعمار رجلاً حياته داراً رجعت بعد موت الساكن ملكاً لربها، وكذلك إن أعمار عقبه فانقرضوا بخلاف الحبس):

ما ذكره صحيح جلي المعنى من حيث إن العمرى إنما هي تمليك للمنافع دون الرقاب بخلاف الحبس فإنه تملك للرقاب.

(فإن مات المعمر يومئذ كانت لورثته يوم موته ملكاً):

قال الفاكهاني: يريد إذا قال له: أعمرتك هذه الدار أيام حياتي، وأما إن قال له: أيام حياتك فمات المعمر فإنها لا ترجع لورثته إلا بعد موت المعمر.

(ومن مات من أهل الحبس فنصيبه على من بقي):

قال ابن رشد: إذا مات أحد من أهل الحبس فلا يخلو من ثلاثة أوجه: تارة يكون بعد الطيب فهذا حصته لو ارثه اتفاقاً.

قلت: وذكر اللخمي قولاً أن المعتبر من وجد عند القسم فيما إذا كانت تقسم عليهم الغلة، وليسوا يلون عملها.

قال ابن رشد: وتارة يموت قبل الإبار فلا شيء لو ارثه اتفاقاً، وتارة يكون بعد الإبار، وقبل الطيب ففي ذلك خمسة أقوال: فقيل: لو ارثه مطلقاً قاله غير واحد من الرواة في المدونة، وقيل: مثله إن كان الميت أبر وسقاً قاله في هذا السماع وقيل: هو لمن بقي من أهل الحبس وهذا الذي رجع إليه مالك، وقيل: مثله إن كانوا يلون عملها، وكان المحبس عبداً يخدمهم أو داراً يسكنونها، وإن كان ثمرا يقسم رجوع لمحيسه، وقيل:

الحوز في بعض. فقال ابن القاسم في المدونة في آخر الرهون: ومن حبس على صغار ولده داراً أو وهبها لهم أو تصدق بها عليهم فذلك حوز وحوزه حوز لهم إلا أن يكون ساكناً في كليهما أو جلاها حتى مات فيبطل جميعها وتورث على فرائض الله تعالى، وأما الدار الكبيرة ذات المساكن يسكن أهلها ويكري لهم باقيها فذلك نافذ فيما سكن وفيما لم يسكن.

وفي المذهب أقوال آخر أحدها: أنه يمضي الجميع بشرط أن يكون ما حيز منها أكثر من النصف وعكسه عكسه وإن حيز النصف وسكن النصف صح ما لم يسكن وبطل ما سكن.

وقيل: إن سكن القليل وأبقى الكثير خالياً بطل حتى يكره لهم؛ لأن تركه منع لهم فكأنه أبقاه لنفسه وكلاهما لشيوخ عبد الحق وعزا عياض الأخير منهما للصقليين قال: وهو صحيح في النظر ظاهر من لفظ الكتاب وقيل: يبطل الجميع مطلقاً حكاه ابن شاس.

وقيل: ما حيز لزم بخلاف الباقي عزاه ابن الحاجب لابن القاسم، وهو خلاف ما تقدم له في المدونة؛ لأنه حاصل ما فيها إن سكن الجمل بطل الجميع، وإن سكن الأقل صح الجميع، ويتعارض المفهومان في النصف، واختلف إذا كان المحبس يتولى صرف منفعة الحبس على من حبس عليه، وهم غير معينين هل يؤثر ذلك في صحة الحوز أم لا؟ على ثلاثة أقوال: فقيل: يؤثر وقيل: لا يؤثر.

وقيل: إن كانت الرقبة بيده وإنما يتصرف في الغلة كالحائط يقيه بيده ويدفع غلته للفقراء فإنه يؤثر، وإن كانت سلاحاً أو كتباً يدفعها لم يقاتل بها أو ينظر فيها ثم يعيدها إلى المحبس فلا يؤثر قاله في المدونة وما ذكرناه من أنها ثلاثة أقوال هو عزو ابن الحاجب وذكرها ابن شاس رواية وقبله ابن عبد السلام وابن هارون.

وقال بعض شيوخنا: لا أعرف بطلانه في الفرس والسلاح إن أخرجها وعادت إليه بحال ويشترط في إثبات الحوز الشهادات بالمعينة لا بالإقرار.

(وإن انقرض من حبست عليه رجعت حبساً على أقرب الناس بالمحبس يوم

المرجع):

يريد من الفقهاء قال ابن كنانة: وإنما يرجع إلى أولى الناس بالمحبس ولم يرجع إلى المحبس؛ لأنه رجوع في الصدقة.

قال ابن عبد السلام: وهذا قد يظهر إذا كان المحبس أولى بمعنى الصدقة وهو أعم

المستأجر.

قال اللخمي: ومن حبس حظه في مشاع قبل أن يأذن شريكه فإن كان المشاع مما ينقسم قسم بما خرج للحبس مضى حبسًا، وإن كان مما لا ينقسم رد الحبس للضرورة؛ لأنه لا يقدر على بيع الجميع وإن فسد فيه شيء لم يجد من يصلحه معه، وما ذكر مثله في نوازل الشعبي، وقال بعض شيوخنا في القسم الأول هذا على أن القسم تمييز حق، وإما على أنه بيع فإنه يؤدي إلى بيع الحبس إلا أن يقال الممنوع يبعه ما كان معينًا لا المعروض للقسم؛ لأنه كالمأذون في يبعه من محبسه.

قال: وما ذكر اللخمي عن المذهب هو أحد الأقوال الثلاثة، وقال ابن حبيب، وابن الماجشون فيما لا ينقسم: يباع فما أصاب الحبس اشترى به مثل ما حبسه فيه وظاهر آخر مسألة من شفعة المدونة أنه جائز مطلقًا، ولا مقال للشريك، ونقله ابن سهل عن ابن زرب.

قلت: ولم يذكر ابن عبد السلام إلا القول الثاني: وعزاه لبعضهم زاد واختلفوا هل يقضى عليه بذلك أم لا؟

واختلف قول مالك في وقف العروض وكذلك اختلف قوله أيضًا في الحيوان فقيل: يجوز في الخيل وحدها.

واعلم أن الحبس لا يصح بالشاهد واليمين، وقال أبو عمران الصنهاجي: وكذلك النكاح والطلاق والعتق والولاء والنسب، والوصايا لغير المعينين وهلال رمضان وهلال ذي الحجة، والتمويت والقذف والإيضاء، ونقل الشهادات والترشيد.

قلت: زاد شيخنا أبو مهدي الحضانة لا يصح إسقاطها بشاهد ويمين قال أبو عمران، وفي التعديل والتجريح خلاف وكذلك الوكالة وشاهد على نكاح امرأة وقد ماتت وشاهد على نسب رجل أنه قد مات وكذلك على ولاء رجل أنه قد مات وترك مالا.

قلت: وكذلك الأدب بالشاهد واليمين ذكره ابن رشد، وما ذكر الشيخ أن الدار تصرف فيما جعلت فيه صحيح، وإن لم ينص صاحبها على شيء، ومات فإنه يرجع إلى العرف فإن لم يكن فهي على الفقهاء قاله في المدونة وقاله عبد الوهاب في المعونة وتصرف في وجوه الخير.

(فإن لم يدع سكنها حتى مات بطلت):

ما ذكر الشيخ من أنه إذا لم يدع سكنها فإنها تبطل، وهو كذلك وتقدمت رواية أبي تمام أن الحبس والصدقة لا يفتقران إلى حوز، واختلف إذا سكن بعضها ووقع

الواهب مع ذلك فلا أثر له، وأيضًا لو كان هذا التعليل صحيحًا لما افرق الحكم بين هبة الحاضر والغائب فالصواب عنده تعليل المسألة بأن الإسهاد هو غاية المقدور عليه في التحويز فإن موت الموهوب لا يضر في الحيازة ألا ترى إلى قوله في المسألة التي قبل هذا: وما اشترى الرجل من هدية لأهله في سفره من كسوة ونحوها ثم مات قبل أن تصل إلى بلده فإن كان أشهد على ذلك فهي لمن اشتراها له، وإن لم يشهد فهي ميراث فقد أمضى هذه الهدية مع عدم القبول.

(ومن حبس دارًا فهي على ما جعلها عليه إن حيزت قبل موته ولو كانت حبسًا على ولده الصغير جازت حيازته له إلى أن يبلغ وليكرها له ولا يسكنها)^(١):

اعلم أن المذهب وبه قال أكثر العلماء في الحبس أنه مندوب إليه.

قال بعض شيوخنا: ويتعذر عروض وجوبه بخلاف الصدقة، وقال أبو حنيفة وأصحابه ممنوع لقوله تعالى: ﴿ مَا جَعَلَ اللَّهُ مِنْ نَجْمَةٍ وَلَا سَائِبَةٍ وَلَا وَصِيَّةٍ وَلَا حَامِرٍ ﴾ [المائدة: ١٠٣] وما في معنى هذا من الآي وليس معناه كما ظنوه إذ مقتضى الآية الكريمة توبيخهم على اتباع خطوات الشيطان وليس ما يحبس الإنسان على ولده أو غيره بشيء من ذلك بل هي قرينة، وأيضًا فقد وقع الإجماع على تحييس المساجد والطرق، والقناطر وللقوم احتجاج يطول جلبه ورده فمن شاءه فليظنره في المطولات.

قال الباجي: وقد نزع أبو يوسف عن مذهبه إلى مذهب مالك لما ظهر عليه مالك في مجلس الرشيد، وقال: هذه أوقاف رسول الله صلى الله عليه وسلم ينقلها أهل المدينة خلفهم عن سلفهم يشير بذلك إلى الخير المتواتر، وهذا فعل أهل الدين والعلم في الرجوع إلى الحق متى ظهر، وتبين ولا خلاف عندنا أنه يصح في العقار المملوك لا

(١) في الرجل يحبس داره على المساكين فلا تخرج من يديه حتى يموت قلت: أرأيت إن حبس غلة دار له على المساكين فكانت في يديه يخرج غلتها كل عام فيعطيها المساكين حتى مات وهي في يديه أتكون غلتها للمساكين بعد موته أم تكون ميراثًا؟ قال: قال مالك: إذا كانت في يديه حتى يموت لم يخرجها من يديه حتى مات فهي ميراث وإن كان يقسم غلتها إلا أن مالكًا قال لنا في الخيل والسلاح: إنه مخالف للدور والأرضين إذا كان له خيل أو سلاح فجعلها في سبيل الله فكان يعطي الخيل يغزى عليها أيام غزوها وإذا قفلت ردت إليه فقام عليها وأغلقها والسلاح مثل ذلك قال مالك: إذا أنقذها في حياته هكذا وإن كانت ترجع إليه عند القفل فأراها من رأس المال وهي جائزة ولا يشبه هذا عندي النخل ولا الدور والأرضين. انظر المدونة الكبرى لسحنون (٤/٤٢٦).

قلت: وقال سحنون في العتبية من تصدق بكل ماله ولم يبق ما يكفيه ردت صدقته كذا عزاه اللخمي، وتعقبه بعض شيوخنا بكونه لم يجده في العتبية إلا في سماع ابن القاسم تصدق بكل ماله وتخلى عنه صحيحا فلا بأس به قال: وظاهر قوله ردت صدقته أنه لا يلزمه شيء، ولما ذكر ابن بشير الخلاف في إمضاء فعله بعد الوقوع والنزول ولم يعزه.

قال: وفي الشريعة ما يدل على الوجهين قبل رسول الله ﷺ الصدقة من أبي بكر بجميع ماله ورده على كعب بن مالك وغيره، وقد قال أبو حامد الإسفراييني: إن من يرجع إلى اليقين كما رجع إليه أبو بكر بحيث لا يسخط فتجاوز صدقته بجميع ماله ومن يكون على خلاف في ذلك فلا ويرد إليه فيجعل ذلك خلافاً في حال. (ومن هبة فلم يحزها الموهوب له حتى مرض الواهب أو أفلس فليس له حينئذ قبضها):

يريد بالمرض المخوف عليه، وظاهر كلام الشيخ أن إحاطة الدين بمال الواهب ليست بممانعة من الحيابة بل حتى يفلس، وهو كذلك عند أصبغ. قال ابن الماجشون، ومطرف: الدين أولى ويشترط في صحة القبض أن يكون الواهب في عقله نص على ذلك ابن القاسم.

قال الباجي: يريد ويكون موقوفاً فإن اتصل ذلك بموته بطلت وإلا جاز ذلك. وقال ابن عبد السلام: إنما يتبين هذا على القول الشاذ أن الهبة لا تلزم بالقول، وأما على القول المشهور أنها تلزم به فمقتضى القياس كان دفعها للموهوب له والفرق بين ذهاب العقل وبين المرض والدين أن الحق في ذهاب العقل للواهب وقد أسقطه بالتزامه، وهو في المرض لغير الواهب، وهو للوارث، وكذلك في الدين لغير الوارث، ولم يلتزم أحدهما شيئاً، وشرط إنفاذ الهبة قد فات فتبطل الهبة. (ولو مات الموهوب له كان لورثته القيام فيها على الواهب الصحيح):

ما ذكر مثله في أول كتاب الهبة من المدونة قال فيها: وإن وهبت هبة لحر أو عبد فلم يقبضها حتى مات فلورثة الحر، وسيد العبد قبضها، وقال: في كتاب الصدقة في المرسل هدية يموت المرسل أو يموت المرسل إليه قبل وصولها فإنها ترجع إلى المهدي أو لورثته واستشكلت وأجيب بقوة الحوز إذا مات الواهب وباحتمال أن لا يقبل الموهوب له العطية لو وصلت إليه.

قال ابن عبد السلام مضعفاً له: وقد علمت أن هذا الاحتمال قائم إذا أشهد

الزيادة لا تلزم بها الموهوب القيمة، قال أشهب: وهو معنى قول مالك ليس للموهوب له ردها في النقص ولا للواهب في الزيادة.

وقال ابن عبد الحكم: ليس له الزيادة إلا باجماعهما زادت القيمة أو نقصت.

قال ابن رشد: واختلف إذا تشاح الواهب والموهوب له فيما يكون ثواباً، فقال أشهب: تتعين الدنانير والدرهم، وقال سحنون: لا تتعين ويصح أن يشبه بكل ما يتمول، وقال ابن القاسم في المدونة: إلا فيما لا يثاب منه عادة كالخطب، وفي المدونة: لا ثواب في هبة العين ابن القاسم إلا بشرط، واختلف في هبة الحلبي. فقال ابن القاسم فيه الثواب.

وقال أشهب: بعكسه والقولان حكاهما المتيطي رحمه الله تعالى، واشتهر الخلاف في اعتبار القيمة هل هي يوم الهبة أو يوم الحكم وإلا فيوم القبض على قولين: وكلاهما لمالك رحمه الله تعالى.

قال الفاكهاني: ورأيت لابن عبادة البطليوسي التفصيل بين أن يكون العوض مما لا تتعين فيه الهبة فيوم الحكم وإلا فيوم القبض فكأنه تفقه فيه وهو عندي لا بأس به. (ويكره أن يهب لبعض ولده ماله كله وأما الشيء منه فذلك سائغ):
إنما كان مكروها خشية العقوق، ولذلك قال: وأما الشيء منه فذلك سائغ؛ لأنه يؤدي على البر.

(ولا بأس أن يتصدق على الفقراء بهاله كله لله):

قال الفاكهاني: لأنه فعل خير وقربة، وقد أثنى الله تعالى على فاعل ذلك فقال: ﴿ وَيُؤْتِرُونَ عَلَىٰ أَنفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ ﴾ [الحشر: ٩] ويقوله: ﴿ وَمَا أَنفَقْتُمْ مِّن شَيْءٍ فَهُوَ يُخْلِفُهُ ﴾ [سبأ: ٣٧] وقوله: ﴿ وَمَنْ يُوقِ شُحَّ نَفْسِهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ ﴾ [الحشر: ٩]، وفي الحديث: «ينادي مناديان كل يوم في السماء: اللهم أعط كل منفق خلفاً، وكل ممسك تلفاً»^(١)، وهذا له عندي شرطان أن لا يتشوش إذا بقي بغير شيء إلى أن يفتح الله عليه وأن يكون ما يرجوه مثل المال المتصدق به في الحلية.

قلت: كلامه يدل على أن لا بأس هنا: راجحة الفعل من حيث الجملة، وقال التادلي: يريد مع الكراهة إذ لا قائل بجوازه دونها.

(١) رواه البخاري (٥٢٢/٢)، ومسلم (٧٠٠/٢).

يريد بلا بأس هنا لما غيره خير منه قال الفاكهاني: الظاهر أن هذا خلاف قول المدونة في كتاب الصدقة، ومن تصدق على أجنبي بصدقة لم يجز له أن يأكل من شمرتها، وأي فرق بين اللبن والثمرة فانظره.

ونحوه قول شيخنا أبي مهدي رحمه الله تعالى: الصواب أن له الأكل من الثمرة كاللبن. قلت: ويظهر لي فرق بينهما من حيث المعنى، وهو أن الابتدال في اللبن أغلب من الثمرة والله أعلم.

قال التادلي: انظر هل يأكل من ربح ما تصدق به يجري على حكم اللبن بل هو أجوز منه والله أعلم، وإذا تصدق بدابة فلا ينتفع بركوبها قاله في كتاب الصدقة من المدونة بأثر ما تقدم عنها.

وزعم ابن عبد السلام: أن المشهور الجواز وعزا عدم الانتفاع لعبد الملك، واختاره بعض الشيوخ للأحاديث الواردة في هذا الباب وأما العرية فقد تقدم أن ذلك إنما جاز للضرورة أو لقصد المعروف.

(والموهوب للعوض إما أثاب القيمة أو رد الهبة فإن فاتت فعليه قيمتها، وذلك إذا كان يرى أنه أراد الثواب من الموهوب له):

ما ذكر الشيخ أن الموهوب إذا أتى بالقيمة لا مقال للواهب هو المشهور، وقال مطرف: يخير الواهب حينئذ فإن شاء سلمها له بذلك، وإن شاء استرجع هبته حتى يرضى كذا عزاه أكثرهم، وعزاه ابن رشد له ولروايته وعزاه الباجي له ولسماع ابن القاسم وأبهم اللخمي روايته فعزاه له، ولمالك، ونقل الفاكهاني عن الباجي مثل عزو ابن رشد، وهو غلط لا شك فيه، وهذا القول هو قائم من كتاب الشفعة من المدونة، قال فيها: ولو أتابه بعد تغييرها أضعاف القيمة قبل قيام الشفيع ثم قام لم يأخذ إلا بذلك كالثمن الغالي وإنما يهب الناس ليعاوضوا أكثر.

قال مطرف وهو ظاهر قول عمر رضي الله عنه قال في الموطأ: ومن وهب هبة يرى أنه أراد الثواب فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها.

وظاهر كلام الشيخ أن الموهوب بالخيار ولو قبض الشيء الموهوب، وهو كذلك في المشهور وروى ابن الماجشون عن مالك أن القبض فوت يوجب القيمة، ولابن القاسم أن حوالة الأسواق فوت، وقاله أشهب، وأصبخ، وظاهر كلامه أن الزيادة والنقصان مما تفوت به الهبة فتلزم القيمة.

قال الباجي: وهو المشهور عن مالك، وقاله ابن القاسم، ولمالك وأشهب أن

والله أعلم - ولذا ينبغي حمل الخلاف على أنه خلاف في حال.
(ولا يرجع الرجل في صدقته ولا ترجع إليه إلا بالميراث):

كلام الشيخ رحمه الله يحتمل الوجهين الكراهة والتحريم، وظاهره أن الهبة بخلاف ذلك قال اللخمي: اختلف في خسة مواضع هل النهي على الوجوب أو على الندب؟ وهل النهي عن الشراء من المتصدق عليه أم منه أو ممن صارت إليه؟ وهل تدخل في ذلك الصدقة الواجبة أم لا؟ وهل الهبة كالصدقة أم لا؟ وهل المنافع كالرقاب أم لا؟ وهل العود بالثمن أو بغيره؟ فذكر في الأول المشهور من المذهب أن النهي في ذلك على الندب.

قال مالك: لا ينبغي أن يشتريها، وقال: يكره، وقال الداودي: هو حرام وظاهر الموازية لا يجوز قال: والأول أحسن لأن المثل ضرب لنا بما ليس بحرام.
قلت: واعترض بعض شيوخنا ما استدل به بأن التعليل يدل على ذم الفاعل لتشبيهه بالكلب العائد في قيئه، والذم على الفعل يدل على حرمة.

وقال عز الدين بن عبد السلام وأبعد اللخمي عن ذكر قواعد أصول الفقه حسبما قاله المازري في صلاة الجنائز. قال: هذا والله أعلم، وكذلك قول ابن عبد السلام المشهور الكراهة فيه نظر؛ لأن ظاهر كلام اللخمي فيما حكاه عن الموازية أن معنى لا يجوز الحرمة، وهو لفظ المدونة وسامع ابن القاسم ولم يحك ابن رشد في سماع عيسى غير لفظ لا يجوز.

قلت: تبع ابن عبد السلام اللخمي في تصريحه بالمشهور كما تقدم إذ معنى كلامهما واحد إلا أن عبارة ابن عبد السلام أشد لأنهما يتكلمان في النهي وليس الندب من عوارضه.

وظاهر كلام شيخنا أنه انفرد به وليس كذلك.

قال التادلي: واختلف إذا أخرج لسائل كسرة فلم يجده على ثلاثة أقوال ثالثها لابن رشد: إن أخرجها لسائل معين أكلها، وإلا فلا وفي النوادر: ولو أخرجها لسائل فلم يقبلها فليعطها لغيره وهو أشد من الذي لم يجده وفرق ابن رشد في بيانه بينهما بأنه لما أن وجده فأبى أن يقبلها وقد كان له أن يقبلها فردها أشبه عند ردها إليه بعد قبوله إياها ولعله إنما ردها إليه ليعطيها لغيره مثل أن يقول له أنا لا حاجة لي بها فادفعها لغيري فيكون ذلك قبولا منه لها، ويكون بذلك راجعا في صدقته.

(ولا بأس أن يشرب من لبن ما تصدق به ولا يشتري ما تصدق به):

واختلف إذا وهبته في حياة أبيه ثم مات الأب ففي الاعتصار قولان: قال المغربي: والتهديب يحتمل القولان قال فيها: وللأم أن تعتصر ما وهبت أو نحت لولدها الصغير في حياة أبيه فيحتمل أن يكون العامل في حياة أبيه تعتصر أو قوله وهبة. وظاهر كلام الشيخ: وإن وقعت حيازة أن لها أن تعتصر، وهو المشهور، وقال ابن الماجشون: لا تعتصر ما حاز عنها له أبوه أو وصيه أو هو إن كان يلي نفسه، وإنما تعتصر ما وهبت له إن كانت هي التي تليه فلم تخرج الهبة من يدها حكاه ابن حارث وغيره.

(وما وهبه لابنه الصغير فحيازته له جائزة إذا لم يسكن ذلك أو يلبسه إن كان ثوبًا وإنما يجوز له ما يعرف بعينه وأما الكبير فلا تجوز حيازته له):

قال ابن عبد السلام: يقع في الإشهاد رفع يد الملك ووضع يد الحوز وظاهر كلامه أن ذلك على طريق الشرطية.

وقال شيخنا أبو مهدي رحمه الله: الصواب عندي ما رأيته بخط ابن رشد وليس في شرحه لا يحتاج إلى الكتب برفع يد الملك ووضع يد الحوز، وما يكتبه جهلة الموثقين من ذلك لا يحتاج إليه.

واختلف فيما لا يعرف بعينه من المكيلات والموزونات فقليل: يكون حوزة فيها كغيره، وقيل: لا، كما قال الشيخ بل يجوز غيره وذكره الهبة طردي بل وكذلك الصدقة وكذلك ذكر الصبي وكذلك ذكر السفية، وأراد بالكبير الرشيد، والوصي، ومقدم القاضي ملحقان بالأب وألحقوا الأب بالأجنبي في هبة دار سكناه فشرطوا معاينة الشهود الدار خالية من شواغل الأب.

قال الباجي عن ابن العطار: إن وهب أحد الوصيين يتيمهما لم يجز حوزة له وقيل: يجوز.

قلت: واختار بعض شيوخنا إن رضي الوصي الثاني وإلا فالأول، واختلف إذا قبض الزوج ما وهب لزوجته بدون أمرها فقليل: حوزة لها ماض قاله ابن الماجشون.

وقال ابن القاسم، وأصيح: كالعدم فلا يصح وكلاهما حكاه ابن حارث.

قلت: وأخذ المغربي القول الأول من المدونة من قولها: ومن وهب لحاضر أو غائب أرضًا فقبض الحاضر جميعها فقبضه حوز للغائب، وإن لم يعلم ولا وكله، ونقل ابن حارث عن عبد الملك في مسألة المدونة: أنه ليس بحوز وكان عبد الملك رأى أن قبض الزوج ما وهب لزوجته كأنها وكلته عليه بخلاف الغائب فلا تناقض في كلامه -

وقال مالك، وابن القاسم وأصبغ ومطرف: لا يمنع والقولان حكاهما ابن رشد.
قال الباجي: ولو كان الابن مديانا فوهب له أبوه مالا فقال ابن الماجشون: لا
يعتصر كما لو تقدمت الهبة، وقال أصبغ: يعتصر، وتغيير السوق لا يفيت نص عليه غير
واحد كابن الماجشون.

قال ابن عبد السلام: وهو ظاهر المدونة، وقال بعضهم: لا يختلف فيه ولا يبعد
تخريج الخلاف في هذا.

قلت: أراد بالبعض عياضاً رحمه الله تعالى، واعترض بعض شيوخنا قوله: ولا
يبعد تخريج الخلاف فيه بأن من حقه أن يبين الذي يتخرج منه الخلاف وذكره دون
تعيينه ساقط، ونص متأخر الأصوليين على أن القياس المنكر هو القياس على صورة غير
معينة باطل ومثله بقول المستدل الزكاة واجبة في الحلبي بالقياس على صورة من صور
الوجوب فيسقط ليس معارضته بمثله وهو القياس على صورة من صور عدم الوجوب،
وللأصبهاني شارح العتبية في ذلك كلام حسن ليس هذا موضعه.

وظاهر كلام الشيخ أن العطية إذا كانت دنائير وصرفها فإنها فوت، وهو كذلك
قاله بعض من لقيناه من القرويين وأفتى به.

وقال شيخنا أبو مهدي رحمه الله: ليس بفوت والأقرب هو الأول وقد قال ابن
الجلاب: وعبد الوهاب خلط الدنانير بمثلها فوت وإن كان استقر لي من المدونة
خلافه، وذلك أنه قال في المدونة: من ابتاع زيتاً فصبه بمحضر بينة على زيتته ثم فلس
فالبائع أحق بقدر زيتته، وهو كعين قائمة، وكذلك خلط الدنانير ومسألتنا أشد والله
أعلم.

والحمل من الولد مفيت اتفاقاً وفي مجرد الوطاء قولان.

(والأم تعتصر ما دام الأب حياً فإذا مات لم تعتصر ولا يعتصر من يتيم واليتم من

قبل الأب):

قال الفاكهاني: هكذا روايتنا من يتيم في هذا الموضع، وفي بعض النسخ: والأم
تعتصر ما دام الأب حياً فإن مات لم تعتصر ولا يعتصر من يتيم.

قلت: هما في المعنى واحد، وظاهر كلام الشيخ أنها تعتصر من ولدها اليتيم حالة
الهبة، وإن كان غنياً، وهو كذلك قاله جمهور أصحاب مالك.

قال الباجي: وروى ابن المواز عن أشهب أن اليتيم إذا كان غنياً أن لها أن تعتصر

كما تعتصر من الكبير.

قلت: ما ذكره من ظاهر كلامه هو أحد قولي مالك في كتاب الصدقة، والمال المأمون هو العقار والرباع، قاله مالك في العتق الأول من المدونة.
واختلف في الناض الكثير فعند ابن القاسم: ليس بمال مأمون، وقيل: هو مال مأمون قاله أشهب، وأصبخ.

(والهبة لصلة الرحم أو لفقير كالصدقة لا رجوع فيها):

يريد وكذلك الهبة لليتيم وما ذكره زعم ابن عبد البر الاتفاق عليه وعزاه ابن عبد السلام لبعض الشيوخ كعاداته في التعمية بعدم العزو، وقال: فيه نظر فإن مطرفاً قال فيمن وهب هبة لأبيه أو لوجه الله: فله الاعتصار.
وقال ابن الماجشون: لا يعتصر.

قلت: وما ذكره عن مطرف ذكره ابن زرقون بعد أن ذكر كلام ابن عبد البر، وزاد ابن رشد في قول مطرف أنه إذا وهب لولده لوجه الله أو لصلة الرحم أن له الاعتصار أبداً حتى يسمي الصدقة.

وقال عياض: خرج بعض شيوخنا من إجازة مالك في العتبية لكل ما تصدق به على ابنه الصغير جواز الاعتصار في الصدقة.
(ومن تصدق على ولده فلا رجوع له):

كلامه في المسألة السابقة يغني عما ذكر هنا والله أعلم.
(وله أن يعتصر ما وهب لولده الصغير أو الكبير ما لم ينكح لذلك، أو يداين أو يحدث في الهبة حدثاً):

ظاهر كلام الشيخ: أن الجد لا يعتصر، وهي رواية ابن القاسم في المدونة ورواية ابن وهب في غيرها، وهو المشهور، وروى أشهب أنه يلحق بالأب وهو اختيار ابن عبد الحكم وظاهر كلامه أن الولد إذا نكح لذلك يمنع الاعتصار سواء كان الولد ذكراً أو أنثى وهو كذلك على ظاهر المدونة وابن الحاجب وتصريح مالك في الموطأ.

وقال ابن دينار: نكاح الذكر لغير الهبة لا يمنع الاعتصار ولأن الذكر دخل فيما المخرج بيده منه، وذلك في الأنثى بيد غيرها حكاها غير واحد كالباجي.

وظاهر كلامه ولو زال النكاح بموت أو طلاق قبل البناء أو بعده، وهو كذلك عند ابن القاسم، وظاهر كلامه أن المداينة لا يشترط فيها أن تكون على الهبة بل هي مانعة مطلقاً، كما لو كان الابن غنيا فوهب له أبوه هبة يسيرة يرى أنه لا يداين لمثلها، وهو كذلك عند ابن الماجشون.

شرح ابن ناجي التنوخي على متن الرسالة / الجزء الثاني

قلت: وصرح المغربي بالفرق فقال: إن عمل الفريضة وحسامها يكثر لأجل صاحب القليل فذلك كانت على الرءوس.

واعلم أن لهذه المسائل الثلاث نظائر منها توزيع نفقة الوالد على أولاده وأجرة كاتب الوثيقة، وكانس المراحض وحارس الأندر وزكاة الفطر في العبيد المشتركة وإذا أرسل أحد الصائدين كلبًا والآخر كلبين وإذا أوصى مجاهيل من أنواع، وكلها ذكرها خليل في النفقات قائلاً: اختلف في جميعها.

(ولا تتم هبة ولا صدقة، ولا حبس إلا بالحيازة):

قال المغربي: الصدقة نقل الملك بغير عوض، وكذلك الهبة.

قلت: وقال بعض شيوخنا: الهبة تملك متمول بغير عوض لإنشاء فيخرج الإنكاح والحكم باستحقاق وارث إرثه وتدخل العارية والحبس والعمرى والصدقة. قال: والحبس مصدراً إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازماً بقاؤه في ملك معطيه ولو تقديراً.

وقول ابن عبد السلام إعطاء منافع على سبيل التأيد يبطل طرده بالمخدم حياته، ولا يرد بأن جواز بيعه يمنع اندراجه تحت التأيد؛ لأن التأيد إنما هو في الإعطاء، وهو صادق على المخدم المذكور لا في لزوم بقائه في ملك معطيه، وهو اسم ما أعطيت منفعته مدة إلى آخره.

ويلحق بما قال الشيخ من قوله: ولا تتم هبة ولا صدقة ولا حبس إلى آخره القرض والعارية، قاله في المدونة، وغيرها، وأما الكفالة فالمشهور أنها لا تحتاج إلى حيازة، وما ذكر في الهبة متفق عليه، وما ذكر في الصدقة والحبس هو المشهور، وروى أبو تمام أنهما لا يفتقران إلى حيازة حكاه ابن زرقون، والمذهب أنهما لازمان بالقول ويجبر على التحويز إن هو امتنع.

وكذلك في الهبة على المشهور، وروى عن مالك أنها لا تنعقد إلا بالقبض.

(فإن مات قبل أن تحاز عنه فهي ميراث إلا أن يطول ذلك في المرض فذلك نافذ من

الثلث إن كان لغير وارث):

ظاهر كلامه وإن كان جادا في الطلب، وهو كذلك عن ابن الماجشون، وقال ابن القاسم: لا تبطل قال التادلي: وظاهر كلامه أنه لا تؤخذ منه في حالة المرض، ولو كانت له أموال مأمونة.

وروى ابن القاسم أن له أخذها في المرض إن كان له ذلك.

المشتري وقبله الفاكهاني.

(ويوقف الشفيع فإما أخذ أو ترك):

ما ذكر الشيخ هو المشهور والمعمول به قال المتيطي وابن رشد ووجهه قياساً على قول مالك في الولي أنه لا يؤخر حتى ينظر قاله ابن رشد، وقيل: إنه يمهل ثلاثة أيام عزاه ابن رشد لابن عبد الحكم قياساً على المرتد وحديث المصراة، وعزاه ابن يونس واللخمي والباجي لروايته لا لقوله.

قال اللخمي: وهو أحسن إن أوقفه بنفس شرائه؛ لأنه إذا كان لا بنفس شرائه فقد تربص، وأمهل، ونظير هذه المسألة ما في ثالث نكاح المدونة في الجوسيين يسلم الزوج فيعرض عليها الإسلام أنه يفرق بينهما إن لم تسلم ولا تؤخر ونظيره أيضاً المملكة يوقفها السلطان فلا يؤخرها وهاتان النظيرتان ذكرهما ابن رشد قائلاً: لا يبعد دخول الخلاف في هذه المسائل كلها، والأصل في هذا المعنى قوله تعالى ﴿ تَمَتَّعُوا فِي دَارِكُمْ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ ﴾ [هود: ٦٥].

واختلف المذهب إذا طلب أن يؤخر أياماً ليأتي بالثمن على أربعة أقوال: فقيل: يؤخر ثلاثة أيام قاله في المدونة.

ونقل الباغي عن ابن الماجشون أنه يمهل عشرة أيام ونحوها.

قال أصبغ: بقدر قلة المال، وكثرته وعسره ويسره وأقصاه شهر فلا أدري ما وراء ذلك، وقال اللخمي: الشهر كثير للموسر.

(ولا توهب الشفعة ولا تباع):

يريد لغير المشتري قاله المشتري قاله الفاكهاني واختلف إذا أخذ بالشفعة لبيع على قولين.

(وتقسم بين الشركاء بقدر الأنصباء):

ما ذكر هو المنصوص والمشهور، وخرج اللخمي قولاً باعتبار العدد من قول عبد الملك في المعتقين وحصصهم متفاوتة أن التقويم عليهم بالسواء وكأنه رجحه، وحكى الفاكهاني نصاً لعبد الملك ولا أعرفه قال خليل: وقد يقال في هذا التخريج نظر إذ لا شك أن العلة هنا الضرر ومتى كثر النصيب كثر الضرر ومتى قل قل بخلاف العتق فإن من قال بالتقويم فيه على قدر الرءوس علل بأنه حق لله تعالى ولا تفاوت فيه.

قال عياض: وخرجه آخرون من قول المدونة في الأقضية أجر القاسم على عدد

الرءوس والفرق بين البابين بين، وحكاها ابن الجهم عن بعض أصحاب مالك نصاً.

الشراء فهو كهبة قارنت البيع.

وفي أجوبة ابن رشد: الفرق بين قوله: إن تزوجت فلانة فهي طالق وإن اشترى فلان شقص كذا فقد أسقطت عنه الشفعة إن الطلاق حق لله تعالى لا يملك المطلق رده إن وقع ولو رضيت المرأة برده إذ ليس بحق لها، وإسقاط الشفعة إنما هو حق له لا لله يصح له الرجوع فيه برضى المشتري فلا يلزم إلا بعد وجوبه، وذكر ابن بزيمة القولين منصوصين قال: وهما جاربان على لزوم الوفاء بالوعد قال خليل: وقد يقال: هما على الخلاف فيما جر سببه دون شرطه أن الشركة سبب والبيع شرط.

(والغائب على شفيعته وإن طالت غيبته) (١):

ما ذكر مثله في المدونة قال فيها: الغائب على شفيعته، وإن طالت غيبته، وهو عالم بالشراء وإن لم يعلم بذلك أخرى.

قال ابن عبد السلام: لو قيل: العالم بالشفعة في غيبته لا يوسع له في الأجل إذا قدم له لكان له وجه، وهذا كله في الغيبة البعيدة، وأما ما قرب ولا ضرورة في الشخوص إليه على الشفيع فهو فيه كالحاضر، ونص عليه أشهب.

قال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: المريض الحاضر والصغير والكبير كالغائب، ولهم بعد زوال العذر ما للحاضر سواء علم المريض والغائب بالشفعة أم لا !! وقال أصبغ: المريض كالصحيح إلا أن يشهد في مرضه وقت الشفعة إنه على شفيعته، وإن تركه التوكيل عجز عنه وإلا فلا شيء له، ولما ذكر الباجي قول أشهب في إسهاد المريض، قال: وهذا يقتضي أن الغائب إنما يبقى على شفيعته إن لم يعلم فإن علم فإنه يقدر على الشهادة بأخذ الشفعة فإن لم يفعل فحكمه حكم الحاضر.

(وعهدة الشفيع على المشتري):

قال بعضهم: ظاهر كلامه سواء دفع الشفيع الثمن للمشتري أو للبائع أنها على

(١) في أجل شفعة الغائب والحاضر قلت: أرأيت لو أن شفيعا علم بالاشترى فلم يطلب شفيعته سنة أيكون على شفيعته؟ قال: وقفت مالكا على السنة فلم يره كثيرا ولم ير السنة مما تقطع به الشفعة وقال: التسعة الأشهر والسنة قريب ولا أرى فيها قطعا للشفعة قال: فقلت لمالك: فلو كان هذا الشفيع قد كتب شهادته في هذا الاشرى ثم قام يطلب شفيعته بعد ذلك؟ قال مالك: وإن كان قد كتب شهادته فلا أرى في ذلك ما تقطع به شفيعته قال ولم أسأله عن ما وراء ذلك قال مالك: وأرى إن أخذ بالشفعة أن يستحلف ما كان وقوفه تركا للشفعة إذا تباعد هكذا. انظر المدونة الكبرى لسحنون (٤/ ٢١٧).

الواحدة وشبهها، وكذلك لا شفعة في الدين باتفاق، واختلف هل يكون المديان أحق به أم لا ؟ فقال ابن القاسم: لا يكون أحق به، وقيل: هو أحق به للضرر الذي يدخل عليه فيأخذه بقيمة العرض إن كان الثمن عرضاً، وبعده إن كان عينا، والقولان حكاهما ابن حارث رحمه الله تعالى.

(ولا شفعة للحاضر بعد السنة):

اختلف المذهب هل تسقط الشفعة بنفس الشراء إذا كان الشفيع حاضرا عالما بالبيع أم لا ؟ على ثلاثة أقوال: فقيل: تسقط به قاله ابن وهب في كتاب ابن شعبان، وقيل: هو على شفيعته أبداً ما لم يوقف قاله مالك والأهري.

وقيل: إنها تسقط بمضي مدة طويلة وعلى الثالث فاختلف في منتهى المدة على تسعة أقوال:

فروى أشهب، وقال به: إن مضت سنة فلا شفعة له، وهو مذهب الشيخ رحمه الله. وقيل: لا يكفي ذلك بل حتى يمضي مع ذلك أكثر من شهرين نقله المتطي عن ابن الهندي ونحوه لابن فتوح غير معزو وكأنه المذهب وحكى الصدفي يسقطها ما زاد على ثلاثة أشهر.

وقال ابن سهل: بل على أربعة أشهر، وقال أصبغ: هو على شفيعته الثلاث سنين ونحوها قيل له بأكثر من ذلك قال: ليس هذا طولا ما لم يحدث المشتري بناء، وقيل: ثبت للحاضر إلى أربعين سنة قاله ابن الماجشون. ثم رجع إلى عشر سنين وكلاهما حكاه ابن رشد في مقدماته عن أحمد بن المعذل.

وروي عن أبي عمران أنه يسقطها ثلاثون سنة وعن بعضهم خمسة عشر سنة فيتحصل في ذلك أحد عشر قولاً، وهذه المسألة إحدى المسائل الستة، وهي إحدى وعشرون مسألة وقد ذكرتها في اللقطة حسبما تقف عليه عن قريب إن شاء الله تعالى.

وتسقط الشفعة بالمغارة والسكوت وهو يبنى ويهدم ويغرس، واختلف في المساومة والمساواة والاستئجار والمشهور أنها مسقطه خلافاً لأشهب والمعتبر في إسقاط الشفعة أن تكون بعد الشراء، وأما قبله فكالعدم على المنصوص ؛ لأنه إسقاط للشيء قبل محله.

وخرج اللخمي اعتباره من قوله في المدونة إن اشتريت عبد فلان فهو حر، وإن تزوجت فلانة فهي طالق، ومن جعل لزوجته الخيار إن تزوج عليها فأسقطت ذلك الخيار قبل أن يتزوج عليها قائلاً: وهو في الشفعة أبين ؛ لأنه أدخل المشتري في عهدة

قال في المدونة: وإذا بنى قوم في دار حبست عليهم ثم مات أحدهم فأراد ورثته بيع نصيبه من البناء فلاخوته فيه الشفعة، وهي شيء استحسنته وما سمعت فيه شيئاً وخارج المدونة قول لابن المواز بأنه لا شفعة في ذلك.

واعلم أن مالكا لم يقل بالاستحسان إلا في خمس مسائل هاتان وقول قسمتها إذا أوصت الأم بالصبي ولماها فإن كان يسيرا نحو ستين دينارا فلا ينتزع من الصبي استحسنته مالك وليس بقياس والقصاص بالشاهد واليمين في كل أنملة من الإهامين خمس من الإبل.

وسمعت شيخنا أبا مهدي عيسى رحمه الله تعالى ينقل عن أبي بكر بن العربي أنه قال في كتابه المسمى بالمحصول في أصول الفقه: أنكر الشافعي وأصحابه الاستحسان وكفروا أبا حنيفة في القول به تارة، وبدعوه تارة وبه قال مالك ولم يكن في أصحابه شديد عارضة يبرزه إلى الوجود، وقد تتبعناه في مذهبنا فألفيناه ينقسم إلى أربعة أقسام: الأول: ترك الدليل للعرف كرد الأيمان إلى العرف.

الثاني: ترك الدليل لمصلحة كتضمنين الصانع، والدليل يقتضي ائتمانهم.
الثالث: ترك الدليل لإجماع الصحابة كإيجاب القيمة على من قطع ذنب بغلة القاضي.

الرابع: ترك الدليل في اليسير ورفع المشقة وإيثار التوسعة على الخلق بجواز التفاضل اليسير في المراتلة الكثيرة وإجازة بيع وصرف في اليسير.
قال أبو محمد وغيره قال ابن المواز: لو ساقى أحد الشريكين في النخل حظه منها فقال أشهب: لا شفعة لشريكه في ذلك، وأظن أن ابن القاسم يرى له الشفعة وجدته في كتاب، ولا أدري ممن سمعته.

وظاهر كلام الشيخ أنه لا شفعة في العروض وهو كذلك باتفاق عند أهل العلم ولذلك أنكروا نقل الإسفراييني من الشافعية عن مالك وجوب الشفعة فيها وفي الحيوان وقد أكثر الشيوخ الاعتذار عنه وكذلك حكى بعض الحنفية عن مالك وجوب الشفعة في السفن؛ لأنها تشبه الرباع.

قال ابن عبد السلام: وهو لا يصح نعم الشفعة في رقيق الحائط، ودوابه عند أهل المذهب على أن بعض الشيوخ خرج من ذلك خلافاً كثيراً، وكذلك لا شفعة في الممر ومسيل الماء.

قال ابن عبد السلام: ولا يبعد تخريج الخلاف فيهما من الخلاف في النخلة

قال رواية المدونة في الحمام الشفعة، وقال ابن الماجشون: لا شفعة فيه هو خلاف قوله في النخلة والشجرة الشفعة.

قال ابن عبد السلام: وفي المدونة ما يدل على القولين قال غيره، وبعدم الشفعة قال ابن القاسم ومطرف، وبالشفعة قال أشهب وابن الماجشون وأصبخ، قال صاحب الوجيز وعدم الشفعة هو المشهور.

وقال صاحب المعين: وبه القضاء، وأفتى فقهاء قرطبة به لما جمعهم القاضي منذر بن سعيد إذ كان به القضاء عندهم فرفع الشفيع أمره إلى أمير المؤمنين عبد الرحمن بن محمد، وقال: حكم عليّ بقول غير مالك فوقع بخط يده إلى القاضي أن يحمله على قول مالك ويقضى له به فجمع القاضي منذر بن سعيد الفقهاء وشاورهم فقالوا: مالك يرى الشفعة في الحمام فقضى منذر بن سعيد بذلك وحكم بها.

قلت: وقبل هذا غير واحد كخليل واستشكل شيخنا أبو مهدي رحمه الله نقض حكم نفسه مع كونه حكم بما عليه العمل وأجاب باحتمال أن يكون إنما حكم به لكونه معتقداً أنه قول مالك فلما أخبر بخلافه ولم يحفظوا له غيره على ظاهر ما تقدم حكم بنقض الأول لا لغير ذلك؛ لأنه كان لا يخالف في الله لومة لائم حسبما هو مذكور في محله.

قال ابن حارث: واختلف في الشفعة في الأندر فقال أشهب وابن نافع في سماع عبد الملك فيه الشفعة، وفي سماع سحنون لا شفعة فيه يعني في الأندر، ولا في الأفنية. واختلف في حجر رحا الماء إن بيعت على ثلاثة أقوال: ففي المدونة لا شفعة فيها، وقال ابن القاسم وأشهب في كتاب ابن سحنون فيه الشفعة، وقيل: الشفعة في الحجر السفلي دون الأعلى قاله عبد الحق وبعض شيوخه، قال عياض: وأشار الباجي إلى أن الخلاف في حجر رحا دون محلها وأشار التونسي إلى أن الخلاف فيهما. (ولا شفعة إلا في الأرض وما يتصل بها من البناء والشجر):

ظاهر كلام الشيخ أن الثمرة لا شفعة فيها وهو كذلك عن ابن الماجشون وسواء بيعت مع الأصل أو دونه والشفيع شريك في الأصل أم لا؟ وقيل: إن الشفعة فيها ثابتة قاله مالك في المدونة قائلاً: ما علمت أحداً من أهل العلم قاله قبلي ولكني استحسنته، وقيل: إن بيعت مع الأصل ففيها الشفعة وإلا فلا قاله أشهب وهذه الأقوال الثلاثة ذكرها غير واحد وكذلك استحسنت مالك في الشفعة في نقض الحبس.

ابن حارث: واختلف في الشفعة في الكراء، قال ابن القاسم: إن اكرى رجلان داراً أو أرضاً ثم اكرى أحدهما حصة فلا شفعة لشريكه، وقاله سحنون، وقال ابن القاسم في المستخرجة له الشفعة، وقاله أشهب، قال: وكذلك لو اكرى أحد الشريكين في دار حظه منها فلشريكه الشفعة.

قال ابن رشد: إنما وقع اختلاف قول مالك في الكراء في الواضحة، وبقوله بالشفعة فيه قال ابن الماجشون، وابن عبد الحكم وبنفيها فيه قال ابن القاسم، ومطرف وأصبع وابن حبيب.

قال ابن المواز: ولو كان الأصل لواحد فأكرى نصفه مشاعاً ثم أكرى المكتري لغيره فرب الأصل الشفعة.

(ولا في فحل نخل أو بئر إذا قسمت النخل أو الأرض^(١)):

قال ابن رشد: قيل: إن الشفعة في الأصول ثابتة، وإن لم تنقسم وقيل: تقصر على ما يحكم بقسمته، وقيل: تقصر على ما ينقسم، وإن لم يحكم بقسمته.

قلت: وإلى هذا يرجع اختلافهم في هذا الأصل، وسأذكر بعضه على طريق الاستئناس، وقال الشيخ أبو محمد عن محمد بن المواز لم يختلف مالك وأصحابه أن الشفعة في الحمام.

وقال ابن الماجشون في غير الموازية أبي مالك من الشفعة في الحمام؛ لأنه لا ينقسم إلا بتحويله عن كونه حماماً، وأنا أرى فيه الشفعة.

قال بعض شيوخنا: وما ذكر عن ابن الماجشون: هو خلاف نقل اللخمي عنه،

(١) باب التشافع والشركة في الساحة والطريق قلت لابن القاسم: رأيت لو أن قوما اقتسموا داراً بينهم فعرف كل واحد منهم بيوته ومقاصيره إلا أن الساحة بينهم لم يقتسموها أتكون الشفعة بينهم أم لا في قول مالك؟ قال: قال مالك: لا شفعة بينهم إذا اقتسموا قلت: فإن لم يقتسموا الساحة وقد اقتسموا البيوت فلا شفعة بينهم في قول مالك؟ قال: نعم قال: وقيل لمالك: رأيت إذا كانت الساحة واسعة فأرادوا قسمتها فيأخذ كل إنسان منهم قدر حصته يحوزه إلى منزله فيرتفق به؟ قال: إذا كانت كذلك ولم يكن ضرراً رأيت أن يقسم قلت: رأيت السكة غير النافذة تكون فيها دور لقوم فباع أحدهم داره أيكون لأصحاب السكة الشفعة في ذلك أم لا في قول مالك؟ قال: لا شفعة لهم عند مالك قلت: ولا تكون الشفعة - في قول مالك - بالشركة في الطريق؟ قال: نعم لا شفعة بينهم إذا كانوا شركاء في الطريق ألا ترى أن مالكا قال: لا شفعة بينهم إذا اقتسموا الدار وإن كانت الساحة بينهم لم يقتسموها. انظر المدونة الكبرى لسحنون (٤/٢١٥).

قال ابن عبد السلام: نقض عليه بأخذ أحد الشريكين مشتركاً بينهما لا ينقسم بما وقف عليه بضمن إذا دعا أحدهما إلى بيعه. قال: وجوابه بأن المأخوذ هو كل المشترك لاحظ الشريك ليس بقوي.

قال خليل: وأحسن من هذا الجواب أن يقال: لا نسلم أنه يأخذه أحدهما جبراً بل اختياراً من صاحبه إذ له أن يزيد فوق ما أعطى شريكه بخلاف الشفيع فإنه يأخذ الحصة بمثل الثمن من غير زيادة.

قلت: واعترضه بعض شيوخنا أيضاً بأن حده إنما يتناول أخذها لا ماهيتها وهو غير أخذها لأنها معروضة له ولنقيضه وهو تركها، والمعروض لشيئين متناقضين ليس عين أحدهما وإلا اجتمع عليه النقيضان وحدها بأن قال: هي استحقاق شريك أخذ مبيع شريك بضمنه.

(وإنما الشفعة في المشاع ولا شفعة فيما قد قسم ولا لجار ولا في طريق ولا عرصة دار قد قسمت بيوتها):

يريد في غير العروض، وما أشبهها حسبما يأتي إن شاء الله تعالى، واختلف في الشفعة هل هي معللة أم لا؟ فقيل: إنها غير معللة بل هي عبادة نقله ابن العربي عن إمام الحرمين وقيل: معللة بضرر من الشريك الذي أدخله البائع قاله ابن رشد في أجوبته قائلاً: أجمع عليه أهل العلم.

واعترضه بعض شيوخنا بأن في نقله تنافياً لقوله في مقدماته في كونها لضرر الشركة أو للقسم قولان للمتأخرين.

واختلف هل في المناقلة شفعة أم لا؟ وهي بيع شقص بعقار على أربعة أقوال: فقيل: بثبوت الشفعة فيها كغيرها قاله مالك، وابن القاسم، وقيل: لا حكاه ابن الجلاب، قال خليل: ولم أره، ولعل صاحبه رأى أنه من باب المعروف، وقيل: إن علم القصد بالمسكن فلا شفعة، وإلا وجبت قاله مالك أولاً ثم رجع إلى ما تقدم.

وقيل: إن ناقل حصته حصة بعض شركائه فلا شفعة ذكره ابن الحاجب وذكر الأربعة الأقوال ولم يذكره المغربي إلا تقييداً وذلك أنه قال: إن مطرفاً وابن الماجشون قالوا: إن المناقلة التي قال فيها مالك لا شفعة إنما هي إذا باع شقصه من شريكه بشقص له فيه شرك، ويكون كل واحد إنما أراد التوسعة في حصته بما صار إليه وكذلك ذكره اللخمي وابن رشد، وغيرهما.

قال خليل رحمه الله: ولعل ما نقلناه عن مالك بنفي الشفعة هو القول الثاني، قال

ويتوقف بعد ذلك على شرط اتفاق المدنيين فمتى حصل ذلك الشرط تم الحكم وهو وجوب الميراث.

(والولاء للأقعد من عصابة الميت الأول فإن ترك ابنين فورثا ولاء مولى لأبيهما ثم مات أحدهما وترك بنين رجع الولاء إلى أخيه دون بنيه وإن مات واحد وترك ولدًا أو مات أخوه وترك ولدين فالولاء بين الثلاثة أثلاثًا):

اعلم أن المعتق وابنه أقوى من الأب فلا شيء للأب مع وجود أحدهما والأخ الشقيق أو للأب وأبناؤهما مقدمون على الجد، وهو مقدم على العم وابنه والولاء كالعصوبة في عدمها.

قال ابن الحاجب: كالمدونة وغيرها فيفيد عن عدمها الميراث، وولاية النكاح وحمله العاقلة.

قال ابن عبد السلام: لا يقتصر بإفادته على هذه الوجوه الثلاثة التي ذكرها بل كل موضع للعصبة فيه مدخل كصلاة الجنائز وغسل الميت، وربما لا يشترط عدم العصبة في بعض مسائل النكاح.

قلت: قال بعض شيوخنا: يلزم على قوله أن يكون للمعتق القيام بقذف معتقه وهو بعيد والحق في ذلك اتباع النصوص والله سبحانه الموفق للصواب.

باب في الشفعة والهبة والصدقة والحبس والرهن والعارية والوديعة واللقطة والغصب

قال عياض رحمه الله: هي بتسكين الفاء.

قلت: وحكى بعض فضلاء أصحابنا عن النووي فيها الضم قال عياض: وأصل ذلك من الشفع، وهو ضد الوتر؛ لأن الشفيع يضم الحصة التي يأخذها إلى حصته فتصير حصته حصتين. وقيل: من الزيادة؛ لأنه يزيد مال شريكه إلى ماله وهو يقرب من الأول.

وقيل: من الشفاعة؛ لأنه يشفع نصيبه إلى نصيب صاحبه.

وقيل: كانوا في الجاهلية إذا باع الرجل حصته جاء المجاور شافعًا إلى المشتري ليوليه ما اشتراه.

وحقيقتها في الاصطلاح وقال ابن الحاجب: الشفعة أخذ الشفيع حصة شريكه جبرًا بشراء، واعترضه ابن هارون بأنه غير مانع؛ لأنه يقتضي وجوب الشفعة في العروض وهي لا شفعة فيها. قال بعض شيوخنا لا يخفى سقوط ما اعترض به لذي فهم.

Title: Explanation of Ibn Naji al-Tanuhi
on "The Risala" of Ibn Abi Zayd al-Qayrawani

Author: Ibn Nāji al-Tanūhi

Editor: Aḥmad Farīd al-Miziyadi

Publisher: Dar Al-kotob Al-Ilmiyah

Pages: 920 (2 volumes)

Year: 2007

Printed in: Lebanon

Edition: 1st

الكتاب: شرح ابن ناجي التنوخي

على متن الرسالة

لابن أبي زيد القيرواني

المؤلف: قاسم بن عيسى بن ناجي التنوخي

المحقق: أحمد فريد المزيدي

الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت

عدد الصفحات: 920 (جزءان)

سنة الطباعة: 2007 م

بلد الطباعة: لبنان

الطبعة: الأولى



منشورات مكتبة دار الكتب العلمية بيروت



دار الكتب العلمية

جميع الحقوق محفوظة

Copyright

All rights reserved

Tous droits réservés ©

جميع حقوق الملكية الأدبية والفنية محفوظة

لدار الكتب العلمية بيروت - لبنان

ويحظر طبع أو تصوير أو ترجمة أو إعادة تنضيد الكتاب كاملاً أو مجزئاً أو تسجيله على أشرطة كاسيت أو إدخاله على الكمبيوتر أو برمجته على أسطوانات ضوئية إلا بموافقة الناشر خطياً.

Exclusive rights by ©

Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah Beirut - Lebanon

No part of this publication may be translated, reproduced, distributed in any form or by any means, or stored in a data base or retrieval system, without the prior written permission of the publisher.

Tous droits exclusivement réservés à ©

Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah Beyrouth - Liban

Toute représentation, édition, traduction ou reproduction même partielle, par tous procédés, en tous pays, faite sans autorisation préalable signée par l'éditeur est illicite et exposerait le contrevenant à des poursuites judiciaires.

الطبعة الأولى

٢٠٠٧ م - ١٤٢٨ هـ

منشورات مكتبة دار الكتب العلمية بيروت

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

Mohamad Ali Baydoun Publications Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah

الإدارة: رمل الظريفه شارع البحترى، بناية ملكارت
Ramel Al-Zarif, Bohtory Str., Melkart Bldg., 1st Floor

هاتف وفاكس: ٣٦٤٣٨ - ٣٦٦١٣٥ (٩١١)

فرع عرمون، القبعة، مبنى دار الكتب العلمية
Aramoun Branch - Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.

هاتف: ١١ / ٥٨٠٤٨١٠ / ٥٨٠٤٨١٠
فاكس: ٥٨٠٤٨١٣ / ٥٨٠٤٨١٣
ص.ب. ٩٤٦٤ - ١١ بيروت - لبنان
رياض الصلح - بيروت ١١٠٧٢٢٩٠

<http://www.al-ilmiyah.com>

e-mail: sales@al-ilmiyah.com

info@al-ilmiyah.com

baydoun@al-ilmiyah.com

شركة

ابن ناجي النوح

قاسم بن عيسى بن ناجي

المتوفى ٨٣٧هـ

على

مئة رسائل

للإمام أبي محمد عبد الله بن عبد الرحمن

ابن أبي زيد القيرواني

المتوفى ٣٨٦هـ

اعتنى به

أحمد فرید المزیدی

المجموع الثاني



دار الكتب العلمية

أسسها محمد علي بيضون سنة 1971

بيروت - لبنان