

# القول كبر للروائي

على

رسالة ابن أبي زيد القيرواني

تأليف

العلامة الشيخ أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا  
النفراوي الأزهري المالكي

التوفيق سنة ١١٢٦ هـ

وهو شرح "الرسالة"

لإمام أبي محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني  
المتوفى سنة ٣٨٦ هـ

ضبطه وصححه وخرجه آياته

الشيخ عبد الوارث محمد علي

تذنيه

تمت الرسالة "بأعلى الصفحات"  
ووضعنا تحتها الشرع  
فصوتها بغيرها بخط

البحر الثاني

منشورات

محمد علي بيضون

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

## جميع الحقوق محفوظة

جميع حقوق الملكية الادبية والفنية محفوظة لدار الكتب العلمية بيروت - لبنان ويحظر طبع أو تصوير أو ترجمة أو إعادة تنضيد الكتاب كاملاً أو مجزأً أو تسجيله على أشرطة كاسيت أو إدخاله على الكمبيوتر. أو برمجته على اسطوانات ضوئية إلا بموافقة الناشر خطياً.

Copyright ©  
All rights reserved

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.

الطبعة الأولى  
١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م

دار الكتب العلمية  
بيروت - لبنان

العنوان : رمل الزريف، شارع البحتري، بناية ملكارت  
تلفون وفاكس : ٣٦٤٣٩٨ - ٣٦٦١٣٥ - ٦٠٢١٣٣ (١ ٩٦١) ٠٠  
صندوق بريد: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

DAR al-KOTOB al-ILMIYAH  
Beirut - Lebanon

Address : Ramel al-Zarif, Bohtory st., Melkart bldg., 1st Floore.  
Tel. & Fax : 00 (961 1) 60.21.33 - 36.61.35 - 36.43.98  
P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon

وَلَدًا وَمَاتَ أَخُوهُ وَتَرَكَ وَلَدَيْنِ فَالْوَلَاءُ بَيْنَ الثَّلَاثَةِ أَثْلًا.

### باب في الشفعة والهبة والصدقة والحبس والرهن والعارية والوديعة واللقطة والغصب

(تنبيه) في قول المصنف: فورث الخ مسامحة لما تقرر من أن الولاء لا يورث وإنما يورث به. ثم شرع في مفهوم قوله للأقعد بقوله: (وإن مات واحد منهما) أي من ابني المعتق (وترك ولدًا ذكرًا ومات أخوه) أي أخو الميت أيضاً (وترك ولدين) ذكرين (فالولاء) يجب أن يكون (بين الثلاثة) حالة كونه (أثلاً) لاستواء الثلاثة في القرب من المعتق، وإذا مات أحدهما وترك أربع بنين ومات الآخر عن ذكر فقط لكان الميراث بينهم أخماساً، وإذا كان مع الذكور أنث فلا إرث لهن (خاتمة) للولاء حكم النسب لا يثبت إلا بشهادة عدلين يشهدان لو على السماع الفاشي من الثقات وغيرهم، وأما شهادة واحد ولو على البت فلا يثبت بها الولاء، وإن كان لمقيم الواحد الحلف على صحة ما شهد به شاهده ويستحق المال لأنه لم يبق بعد موت العتيق إلا المال وهو يثبت بالشاهد واليمين، وإن بحث فيه بأن استحقاق المال مسبب عن الولاء، وكيف يثبت المسبب دون ثبوت سببه؟ ونظير هذا من يدعي زوجية ميت ويقيم شاهداً فإن له الحلف معه ويستحق الإرث حيث لا وارث للميت ثابت النسب، ولكن لا يدفع المال لمقيم الشاهد الواحد إلا بعد الاستيناء لاحتمال دعوى آخر ويقيم شاهدين. ولما فرغ من الكلام على العتق والولاء، شرع في تسعة أبواب بترجمة واحدة فقال:

#### (باب في بيان الشفعة)

الشفعة بضم الشين وإسكان الفاء وحكي ضمها وفتح العين مأخوذة من الشفع ضد الوتر، لأن الشفع يضم ما يأخذه إلى حصته فتصير شفعاً، والأخذ بالشفعة يسمى شافعاً وشفيعاً وحقيقتها كما قال ابن عرفة: استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بضمنه، أي طلب الشريك أخذ مبيع شريكه بضمنه الذي باع به سواء أخذ أو لم يأخذ، والشفعة معروضة للأخذ وعدمه. وأركانها أربعة: الأخذ بالمد وهو الشافع، والمأخوذ منه وهو المشتري، والشيء المأخوذ وهو الشقص المبتاع، والمأخوذ به والضمن أو قيمة الشقص إذا أخذ في صلح عن دم عمد أو في صداق. (و) الباب الثاني في أحكام (الهبة) وهي مصدر وهب هبة ووهباً بإسكان الهاء ويفتحها، واسم مصدر وهب الموهب والموهبة بكسر الهاء فيهما، والإيهاب قبول الهبة، والاستيهاب سؤالها وهي على قسمين: هبة ثواب وهبة لمجرد وجه المعطي، فهبة الثواب عطية قصد بها عوض مالي، وغيرها العطية لمجرد ذات الموهوب له فتخرج الصدقة فإنها العطية لثواب الآخرة، ويخرج أيضاً العارية والوقف والعمرى فإن الذات باقية على ملك صاحبها والمدفوع للغير إنما هو المنفعة. (و) الباب الثالث في أحكام (الصدقة)

وَإِنَّمَا الشُّفْعَةُ فِي الْمَشَاعِ وَلَا شُفْعَةَ فِيمَا قُسِمَ وَلَا لِجَارٍ وَلَا فِي طَرِيقٍ وَلَا عَرَضَةً

اسم مصدر لتصدق، ومصدره التصدق وهي العطية لشواب الآخرة أو له مع وجه المعطي على قول الأكثر. (و) الباب الرابع في أحكام (الحبس) ويرادفه الوقف وحده، ابن عرفة مصدراً بقوله: إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازماً بقاءه في ملك معطيه ولو تقديراً، واسماً بقوله: ما أعطيت منفعة مدة وجوده لازماً بقاءه في ملك معطيه ولو تقديراً فخرج عطية الذات فإنها إما هبة أو صدقة، وأشار بقوله: ولو تقديراً إلى صحة وقف غير المملوك على تقدير ملكه كقوله: إن ملكت هذا فهو وقف، كما يصح العتق كذلك، وإلى صحة الوقف على تقدير وجود الموقوف عليه نحو: هذا وقف على من سيحدثه الله لزيد. وأركانه أربعة: الواقف، والعين الموقوفة، والموقوف عليه، والصيغة، فعاقده الهبة والصدقة والحبس شرطه أن يكون من أهل التبرع بأن يكون مكلفاً رشيداً مالكاً لما تبرع به، فيدخل المريض والزوجة في الثلث، فلا يصح شيء من الثلث من غير المالك ولا من صبي ولا مجنون ولا سفیه، وكذا لا يلزم من زوجة ومريض في زائد الثلث. (و) الباب الخامس في أحكام (الرهن) مصدر رهن الشيء رهناً وهو في اللغة اللزوم والحبس، وشرعاً مال قبض موثقاً به في دين ويدخل في المال أذكار الحقوق. (و) الباب السادس في أحكام (العارية) اسم مصدر أعار والمصدر الإعارة والعارية مشددة الياء كأنها منسوبة للعار لأن طلبها عار، وهي بالمعنى المصدري تمليك منفعة مؤقتة لا بعوض، وبالمعنى الإسمي مال ذو منفعة مؤقتة أعطيت منفعته بغير عوض، هكذا قال ابن عرفة وفيه شيء لأنه غير مانع من دخول الوقف المؤقت بمدة إلا أن يقال: هذا مبني على اشتراط تأييد الوقف الذي جرى عليه ابن عرفة في التعريف وإن كان المعتمد خلافه. (و) الباب السابع في أحكام (الوديعة) مصدر على غير قياس مأخوذة من الودع وهو الترك وهي لغة الأمانة، وشرعاً توكيل على حفظ مال. (و) الباب الثامن في أحكام (اللقطة) وهي بضم اللام وفتح القاف ما يلتقطه، والالتقاط أحد الشيء عند وجوده من غير طلب. (و) الباب التاسع في أحكام (الغصب) مصدر غصب الشيء وهو في اللغة أخذ الشيء ظلماً، وفي الاصطلاح قال ابن عرفة: أخذ مال غير منفعة ظلماً قهراً لا لخوف قتال فيخرج الأخذ غيلة لأنه بموت صاحب المال، ويخرج التعدي لأنه أخذ المنافع، ويخرج أخذ مال الغير بوجه جائز ككون الأخذ بالمد له مال على المأخوذ منه وهو يجحده، كما تخرج السرقة لأنها لا قهر معها لأنها تؤخذ خفية، ومثلها المأخوذ على وجه الخيانة والاختلاس وإن شاركت الغصب في الحرمة، وهذا آخر الأبواب التي ترجم لها، وسيأتي أنه يزيد عليها مسألة من استهلك عرضاً فعليه قيمته، والزيادة على المترجم له محمودة لوقوعها في آية: ﴿وما تلك بيمينك يا موسى﴾<sup>(١)</sup> وفي السنة في قوله ﷺ حين سئل عن ماء البحر فقال: «الطهور ماؤه الحل ميتته».

ثم شرع في تلك الأبواب على التفصيل فقال: (وإنما الشفعة) وهي كما تقدم

دَارٍ قَدْ قُسِمَتْ بِيُوتِهَا وَلَا فِي فَحْلِ نَخْلٍ أَوْ بَثْرِ إِذَا قُسِمَتِ النَّخْلُ أَوْ الْأَرْضُ وَلَا شَفْعَةً إِلَّا

استحقاق الشريك أخذ مبيع شريكه (في مبيع الشريك) (المشاع) وهو غير المتميز على حدة ولذلك ذكر محترزه بقوله: (ولا شفعة فيما) أي مبيع (قد قسم) قبل بيعه (ولا لجار) خلافاً لأبي حنيفة حيث أثبتتها للجار في سكة غير نافذة، وإنما اشترط الشيوع لأن الشفعة إنما شرعت لإزالة الضرر الذي يحصل بين الشركاء فيما فيه الشفعة وهو العقار وما يتبعه من نحو حيوان الحائط وبعد القسمة لا ضرر، ويؤخذ من مقابلة الشائع بالأجزاء المسمومة والجار تناول الشائع للاشتراك بأذرع، وإن كان فيها خلاف بين مالك وأشهب، والدليل على مشروعية الشفعة ما في الصحيح وغيره من حديث جابر رضي الله عنه: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة» ولذا قال في التوضيح: لا خلاف بين الأئمة في وجوب الشفعة، وفي الموطأ مرسلاً: قضى رسول الله ﷺ بالشفعة فيما لم ينقسم بين الشركاء فإذا وقعت الحدود فلا شفعة». مالك: ذلك السنة التي لا خلاف فيها عندنا: وفي حديث الموطأ دليل على أنه لا شفعة في غير العقار، لأن ضرب الحدود إنما يكون في العقار، وفيه دليل أيضاً على أنه لا شفعة للجار، وما احتج به أبو حنيفة على إثبات الشفعة لجار من قوله عليه الصلاة والسلام: «الجار أحق بصقبة». وقوله عليه الصلاة والسلام: «جار الدار أحق بدار جاره أو بالأرض». وقوله عليه الصلاة والسلام: «الجار أحق بالشفعة» وينتظر بها ثلاثاً إن كان غائباً إذا كان الطريق واحداً مجاب عنه، أما الأول فإن المراد أحق بمعونته والعرض عليه قبل البيع لأن الصقب القريب، وأما الثاني فمحمول على العرض عليه، وأما الثالث فإننا نمنع صحته سلمناها لكنه محمول على العرض عليه قبل البيع بدليل قوله: ينتظر بها ثلاثاً، والشفيع الغائب لا يتقيد بالثلاث، على أن الشريك يطلق عليه لفظ الجار.

(ولا) شفعة أيضاً (في طريق) قسم متبوعها (ولا) في (عرضة دار قد قسمت بيوتها) والمعنى: أن الدار أو الأرض المشتركة بين قوم إذا اقتسموها وتركوا الطريق من غير قسمة للانتفاع بها وباع أحدهم ما يخصه فيها فلا شفعة للباقيين في المبيع من الطريق ولو أمكن قسمه، سواء باع حصته في الطريق وجدها أو مع ما نابه من الدار، وكذلك الدار المشتملة على بيوت وعرضة، إذا قسمت البيوت وتركت العرضة مشتركة وباع أحدهم حصته منها وحدها أو مع متبوعها من البيوت لا شفعة فيها، لأن المقصود بالذات متبوع الطريق والعرضة، قول المصنف: قد قسمت بيوتها محذوف من الأول لدلالة الثاني، والعرضة هي الساحة الخالية من البناء تجمع على عرضات، سميت بذلك لأن الصبيان يتعرضون فيها أي يتفسحون. (ولا) شفعة أيضاً (في فحل نخل) أي وكذا لا شفعة في (بثر إذ قسمت النخل) راجع للفحل (أو الأرض) راجع للبثر، والمعنى: أن النخل المشترك إذا قسمت إناثه وبقي الفحل على الشركة ثم باع أحدهم حصته منه فلا شفعة فيه لبقية شركائه ولو مع نصيبه من

فِي الْأَرْضِ وَمَا يَتَّصِلُ بِهَا مِنَ الْبِنَاءِ وَالشَّجَرِ وَلَا شُفْعَةَ لِلْحَاضِرِ بَعْدَ السَّنَةِ وَالْغَائِبِ عَلَى

الإناث، وكذا إذا قسمت الأرض التي تزرع على البئر وبقيت البئر على الشركة وباع أحدهم حصته منها لا شفعة لشركائه فيها لقسم متبوعها وهو الأرض، وما ذكره المصنف من عدم الشفعة في البئر إذا قسمت الأرض ظاهره اتحدت البئر أو تعددت وهو ما في المدونة لأن القسم بمنع الشفعة، وقال في العتبية: الشفقة ثابتة، واختلف أهل ما في الكتابين خلاف؟ وعليه الباجي؟ ومنهم من قال بالوفاق، فحمل ما في المدونة من عدم الشفعة على البئر المتحددة، وما في العتبية على الآبار المتعددة، أو تحمل المدونة على بئر لا فناء لها، والعتبية على بئر لها فناء، قال خليل: وكبئر لم تقسم أرضها وإلا فلا، وأولت أيضاً بالمتحددة، ثم بين ما فيه الشفعة بقوله: (ولا شفعة إلا في الأرض وما يتصل بها من البناء والشجر) ونحوهما من الثمار والمقائي.

(تنبيهات) الأول: أطلق المصنف في المتصل بالأرض من البناء، فظاهره شمول ما لا يقبل القسمة وفيه خلاف والمشهور أنه لا شفعة فيه، قال خليل: عقاراً ولو مناقلاً به إن انقسم وفيها الإطلاق، وعمل به بعض القضاة في نحو الفرن والحمام، ومنشأ الخلاف في سبب الشفعة هل هو ضرر الشركة أو ضرر القسمة إذا طلبها البعض وأبى غيره؟ فمن قال بالأول أثبتتها في الجميع، ومن قال شرعت لدفع ضرر القسمة منعها فيما لا ينقسم لانتفاء الضرر، إذ لا يجبر الممتنع لها من طلبها عند عدم الإمكان أو مع الإمكان الذي يحصل منه فساد المقسوم. الثاني: أشرنا بقولنا: ونحوهما من الثمار والمقائي إلى ما استحسنته الإمام مالك من ثبوت الشفعة في الثمار، سواء بيعت مع أصلها أو منفردة عنه فإنه قال: ما علمت أحداً قبلي من أهل العلم قاله ولكنني استحسنته فهي إحدى مستحسناته الأربع، وألحق أصحابه بالثمار المقائي والقطن والبادنجان والقرع وكل ما تجيء ثمرته مع بقاء أصله ففيه الشفعة إلا أن تيبس الثمرة فلا شفعة فيها ويفوز بها المشتري، وثانيتها البناء والشجر بالأرض المحبسة أو المعارة، وثالثتها القصاص بالشاهد واليمين، ورابعها في أنملة الإبهام خمس من الإبل، فهذه الأربع استحسنتها الإمام من غير أن يسبقه أحد بها. الثالث: علم من قصر الشفعة على ما ذكر عدم ثبوتها فيما عدا ذلك من البقول والزرع، فإذا باع أحد الشركاء في الزرع حصته منه بعد بيعه فلا شفعة لشريكه، سواء باعها منفردة أو مع الأرض، وتكون الشفعة في الأرض دون ما فيها من الزرع بما ينوبها من الثمن، وفرق في المدونة بين الزرع والثمار بأن النخل إذا بيعت وفيها ثمر لم يؤبر لم يجز للبائع استثناءه، والأرض إذا بيعت وفيها زرع لم يبد صلاحه يكون للبائع. ثم شرع فيما يسقط الشفعة بقوله: (ولا شفعة للحاضر) في بلد الشقص يوم بيعه ولو حضر العقد (بعد) انقضاء (السنة) وما قاربها على مذهب المدونة ولو كتب شهادته على شريكه ببيع حصته، خلافاً لتفصيل ابن رشد بين حضوره للعقد وكتابه خطه فتسقط بمضي شهرين، وإن لم يحضر عقد الشراء أو حضر ولم

شَفَعْتِهِ وَإِنْ طَالَتْ غَيْبَتُهُ وَعَهْدَةُ الشَّفِيعِ عَلَى الْمُشْتَرِي وَيُوقَفُ الشَّفِيعُ فَإِمَّا أَخَذَ أَوْ تَرَكَ وَلَا

يكتب شهادته فبمضي سنة ولو جهل كون السكوت مسقطاً، ومشى عليه خليل في مختصره حيث قال: أو سكت بهدم أو بناء أو شهرين إن حضر العقد وإلا سنة.

(تبيينان) الأول: إنما يكون مضي المدة المذكورة مسقطاً لشفعة من حضر العقد إذا كان الشفيع عاقلاً بالغاً رشيداً عالماً بالبيع ولا عذر له، وإلا استمر على شفيعته حتى يحصل العلم أو يزول العذر فينزل منزلة من كان حاضر العقد فتسقط شفيعته بعد السنة وما قاربها. الثاني: محل كون الشفيع على شفيعته في السنة وما قاربها بشرطه الذي ذكرناه إذا لم يحصل منه ما يدل على إسقاطها وإلا سقطت ولو قبل مضي تلك المدة، قال خليل: وسقطت إن قاسم أو طلب مقاسمة المشتري، وإن لم يقاسم بالفعل أو اشترى أو ساوم أو سكت بهدم أو بناء أو استأجر حصة المشتري أو باع حصته. (و) مفهوم الحاضر أن (العائب) عن البلد يوم البيع يستمر (على شفيعته وإن طالت غيبته) أو علم ببيع شريكة زمن غيبته، ومثل ذلك لو لم يعلم ببيع حصة شريكه حتى غاب فإنه يستمر على شفيعته ولو طالت غيبته، فإذا رجع بعد غيبته كان حكمه حكم الحاضر العالم بالبيع فتسقط شفيعته بعد سنة وما قاربها من يوم قدومه، وظاهر كلامه سواء كان على مسافة بعيدة أو قريبة على ظاهر كلام ابن القاسم، وقيدتها أشهب بالبعيدة، وأما القريبة التي لا كلفة عليه فيها فكال حاضر وهو الجاري على قولهم: والقريب كالحاضر، وأما لو كان حاضراً بالبلد يوم البيع وعلم ببيع شريكه وغاب بعد علمه وقبل أخذه بالشفعة فإنه بمنزلة الحاضر الذي لم يغيب تسقط شفيعته بمضي السنة وما قاربها، إلا أن يحلف أنه لم يغيب إلا لظنه الرجوع قبل انقضاء السنة فإنه يستمر على شفيعته ولو طالت غيبته، قال خليل: كأن علم فغاب إلا أن يظن الأوبة قبلها فعيق وحلف إن بعد، فتلخص أن غيبة الشفيع على ثلاثة أقسام قبل البيع وبعده من غير علم على شفيعته فيهما مطلقاً بعد البيع، والعلم يكون كالحاضر إلا أن يدعي أنه سافر ليرجع سريعاً فعيق، ولما كان الشقص المأخوذ بالشفعة قد يستحق من يد الشفيع أو يظهر به عيب، وكان المشتري له كالبائع والشفيع كالمشتري قال: (وعهدة الشفيع) كائنة (على المشتري) والمعنى: أن الشقص إذا استحق من يد الشفيع أو ظهر به عيب يوجب الرد فإنه يرجع بثمنه على المشتري، كما يرد بالعيب عليه كمشتري سلعة لم يعلم صحة ملك بائعها فتستحق منه فإنه يرجع بثمنها على بائعها ويردها بالعيب الذي لم يعلم به حين الشراء، فالمراد بالعهدة في كلام المصنف رجوع الشفيع على المشتري بالثمن عند الرد بالعيب، ودرك الاستحقاق أي لحوقه لأن الدرك هو اللحوق، يقال: أدرك فلان فلاناً إذا لحقه، فدرك اسم مصدر إن كان الفعل أدرك، ومصدر إن ثبت في اللغة أن الفعل أدرك بفتح الراء، وتفسير الدرك باللحوق لعله بحسب اللغة، وإلا فالمراد هنا ظهور الاستحقاق والعيب، فمعنى قولهم الدرك على المشتري أن أثره عليه وهو الرجوع بالثمن.

تَوْهَبُ الشُّفْعَةَ وَلَا تَبَاعُ وَتُقَسَّمُ بَيْنَ الشُّرَكَاءِ بِقَدْرِ الْأَنْصِيبَاءِ وَلَا تَتِمُّ هِبَةً وَلَا صَدَقَةً وَلَا

(تنبيهان) الأول: سكت المصنف عما لو لم يأخذ الشفيع إلا بعد تعدد البياعات، وأشار إليها خليل بقوله: وأخذ بأي بيع وعهدته عليه ونقض ما بعده ومحل تخييره إذا لم يعلم بتعددتها أو علم في غيبته، وأما لو كان حاضراً عالماً بتعددتها فإنما له الأخذ بالآخر لأن سكوته مع علمه دليل على أنه رضي بشركة غير الأخير، وعهدته على من أخذ ببيعه من المشتريين ويدفع الثمن لمن بيده الشقص، فإن اتفق الثمنان فلا إشكال، وإن اختلفا فإن كان الأول أكثر كما إذا كان عشرين مثلاً والآخر عشرة فإن أخذ بالأول دفع للآخر عشرة ويدفع العشرة الأخرى للأول، وإن كان بالعكس دفع له عشرة ويرجع على بائعه. الثاني: يستثنى من قوله: وعهدة الشفيع على المشتري مسألتان العهدة فيهما ليست على المشتري بل على البائع، إحداهما: أن يشتري عامل القراض بمال القراض شقصاً هو شفيعه. وثانيتهما: أن يشتري بمال القراض شقصاً ورب المال هو شفيعه فإن عهدة الشفيع في هاتين على البائع كما قال ابن رشد، لأنها لو كانت على المشتري فيهما لضاع الثمن على دافعه، ولما كان يتوهم من كون الحاضر في بلد العقد على شفيعته إلى انقضاء السنة وما قاربها أنه ليس للمشتري إيقاف الشفيع وطلبه ليأخذ أو يسقط حقه قال: (ويوقف) المشتري (الشفيع) مفعول يوقف بعد الشراء ولزومه (فإنما أخذ أو ترك) فإن أخذ لزمه الثمن ولو ديناً أو قيمته إن كان مقوماً برهنه وضامنه وأجرة دلال وعقد شراء وفي المكس تردد، وقيمة الشقص في كخلع وصلح عمد وجزاف نقد، وقولنا: بعد وقوع الشراء لأنه لا يطالب قبل البيع ولا بعده وقبل لزومه لأنه لو طالبه وأسقط حقه لم يلزمه الإسقاط، قال خليل: وطولب بالأخذ بعد اشترائه لا قبله ولم يلزمه إسقاطه لأنه من باب إسقاط الشيء قبل وجوبه، وهذا بخلاف من قال لعبد: إن ملكتك فأنت حر، أو إن تزوجتك فأنت طالق فيلزم مع أنه قبل الوجوب لتشوف الشارع للحرية في العتق وللاحتياط في الفروج.

(تنبيهان) الأول: ظاهر قول المصنف: ويوقف الشفيع أنه يوقفه بنفسه وليس كذلك وإنما يوقفه عند الحاكم ليجبره عند سكوته وامتناعه من الأخذ أو الترك، وإذا اختار الشفيع الأخذ بالشفعة ووجد المشتري قد وهب الشقص أو حبسه فإن له نقضه، قال خليل: وله نقض وقف كهبة وصدقة ولو بناه مسجداً، وتجعل الأنقاض في حبس آخر، وثمن الموهوب للموهوب له إن علم المشتري أن له شفيعاً. الثاني: إذا طلب الشفيع المهلة عند إيقافه، وأشار إليه خليل بقوله: واستعجل إن قصد ارتياء أو نظراً للمشتري إلا كساعة، واختلف في تصرف المشتري قبل الإيقاف، وفي شرح شيخنا: لا يجب على المشتري ترك التصرف حتى يعلم الشفيع، ولا يجب على البائع ترك البيع حتى يعلم المشتري وإنما يستحب فقط خلافاً لفتوى ابن رزق، وفي شرح الأجهوري: لا يجوز للمشتري التصرف قبل إيقاف الشفيع. (ولا) يجوز أن (توهب الشفعة ولا تباع) والمعنى: أنه لا يجوز للشفيع



خُبْسٌ إِلَّا بِالْحَيَاةِ فَإِنْ مَاتَ قَبْلَ أَنْ تُحَازَ عَنْهُ فِيهِ مِيرَاثٌ إِلَّا أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ فِي الْمَرَضِ

قبل أخذه بالشفعة أن يهب أو يبيع الشقص الذي له فيه الشفعة لغير المشتري، وأما للمشتري فتجوز الهبة دون البيع، فإنه لا يجوز إلا بعد الأخذ بالشفعة لا قبله لما فيه من بيع ما ليس عندك ولكن لا تسقط شفעתه، كما أنه لو وهبها لشخص قبل الشراء له الرجوع في الهبة ويأخذ بالشفعة. (و) إذا تعدد الشفيع فإن الحصة المأخوذة بالشفعة (تقسم بين الشركاء بقدر الأنصبة) عند اختلافها، فإذا كانت دار مشتركة بين ثلاثة لواحد نصفها، والآخر ثلثها، وللثالث سدسها، فباع صاحب الثلث ثلثه لغير الشركاء، فإن الثلث يقسم بين الشريكين أرباعاً، لصاحب النصف ثلاثة أرباعه ولصاحب السدس الربع الباقي، وأما لو تختلف الأنصبة فإنها تقسم على الرؤوس كما لو كان المشترك مما لا يقبل القسمة كطاحون ومعصرة وفرن على القول بالشفعة فإنها تقسم على الرؤوس اتفاقاً، وقولنا: لغير الشركاء لأنه لو كان المشتري بعض الشركاء لترك له حصته التي كان يأخذها لو كان المشتري أجنبياً، قال خليل: وهي على الأنصبة وترك للشريك حصة، فإذا كانت دار بين أربعة لأحدهم الربع ولآخر الثمن ولآخر الثمن أيضاً ولآخر النصف فباعه لصاحب الربع فإن لصاحبي الثمنين أن يأخذ بالشفعة نصف المبيع وباقيه لمشتريه لأنه كان يأخذ لو كان المشتري أجنبياً. (تنبيه) كلام المصنف في الشركاء غير الورثة، وإلا فيختص بالشفعة المشارك للبايع في سهمه، قال خليل: وقدم مشارك في السهم وإن كان لأب أخذت سدساً، وإذا كان في الورثة زوجات وأخوات مثلاً فباعت إحدى الزوجات فحصتها بين بقية الزوجات ولا دخول لغيرهن من الأخوات إلا إذا أسقط المشارك في السهم حقه من الشفعة.

ولما فرغ من الكلام على الشفعة شرع في الكلام على الهبة وقدم تعريفها فقال: (ولا تتم هبة) لوجه المعطى بالفتح أو لقصد الثواب في الدنيا. (ولا صدقة) وهي العطية لثواب الآخرة أو له مع وجه المعطى بالفتح على قول الأكثر. (ولا حبس) وهو ما أعطيت منفعته على غير وجه العارية ولا العمري بل على وجه الوقفية (إلا بالحيازة) قبل حصول المانع منها، وحقيقتها في عطية غير الابن رفع تصرف المعطى في العطية بصرف التمكن منه للمعطي أو نائبه، ولا بد من معاينة البينة للحوز في الحبس والهبة والصدقة والرهن وسائر أنواع العطايا، فلو شهدت البينة على الهبة أو الصدقة لم تنفع تلك الشهادة حتى تشهد على القبض لأن الحيازة شرط، قال ابن عبد السلام: القبول والحيازة معتبران إلا أن القبول ركن والحيازة شرط، وإنما اشترطت خوفاً من قول المعطي بالكسر في مرضه: ادفعوا لفلان كذا فإني كنت وهبت له قبل مرضي فيحرم الوارث وهذا لا يجوز، وقولنا: قبل حصول المانع المراد به المرض والموت والفلس والجنون كما تأتي الإشارة إليه، وقولنا: في عطية غير الابن احترازاً عن عطية الأب لابنه الصغير أو السفية ومثل الأب الوصي على يتيم، قال

خليل: إلا لمحجوره إذا شهد وصرف الغلة له ولم تكن دار سكناه فتصح العطية لهؤلاء، ولو استمرت تحت يد المعطي إلى موته أو فلسه حيث وجدت تلك الشروط.

(تنبيهات) الأول: في كلام المصنف تقديم الحكم على التصوير لأنه حكم على تلك المذكورات بأنها لا تتم إلا بالحيازة قبل تصويرها للطالب وهذا جائز، وإنما الممتنع تقديم الحكم على التصور. الثاني: لم يذكر المصنف حكم نحو الهبة والصدقة والحكم النذب لأنها من أنواع المعروف والإحسان، والكتاب والسنة والإجماع دلت على نذبتها، قال تعالى: ﴿إن الله يأمر بالعدل والإحسان﴾ [النحل: ٩٠] و﴿أتى المال على حبه﴾ [البقرة: ١٧٧] و﴿إن تبدوا الصدقات﴾ [البقرة: ٢٧١] الآيات، وقوله ﷺ في الصحيحين: «من تصدق بعدل تمرة من كسب طيب ولا يقبل الله إلا الطيب فإن الله يتقبلها بيمينه يريها لصاحبها كما يربي أحدكم فلوه حتى تكون مثل الجبل». وقوله عليه الصلاة والسلام أيضاً: «إن الصدقة لتطفئ غضب الرب وتدفع ميتة السوء». وغير ذلك من الأحاديث وحكى ابن رشد وغيره الإجماع على نذبتها، ولكن يتأكد نذبتها على الأقارب والجيران وكونها من أنفس المال. الثالث: لم يتعرض المصنف أيضاً لأركانها وهي أربعة: المعطي والمعطى له والشيء المعطى والصيغة، فأما المعطي بالكسر فشرطه أن يكون من أهل التبرع بما يريد أن يهبه، فدخل الزوجة والمريض في الثلث، ويخرج المحجور عليه مطلقاً كهما في زائد الثلث، وأما المعطى له فشرطه أن يكون ممن يصح له تملك العطية ولو لم يستمر ملكه فتدخل عطية الرقيق لمن يعتق عليه، فإنه يعتق بمجرد الملك حيث علم المعطي بالكسر أو قبل المعطي بالفتح، وأما الشيء المعطى فشرطه أن يكون مما يقبل النقل في الجملة، فيشمل كلب الصيد وجلد الأضحية والأشياء المجهولة، ويخرج الاستمتاع بالزوجة والأمة والشفعة ورقبة المكاتب والعبس فلا تصح هبة شيء منها. وأما الصيغة فهي كل ما دل على تملك الرقبة للمعطي له ولو فعلاً، كدفع دينار لفقير، وكنحلة الوالد لولده. الرابع من التنبيهات: فهم من قوله: ولا تتم هبة الخ أن المذكورات تصح وتلزم بمجرد القول أو الفعل الدال عليها، ويقضي على الفاعل بدفعها على المذهب وليس له رجوع فيها، وللمعطي له أن يحوزها ولا يتوقف على إذن المعطي بالكسر، وإنما لزمتم بمجرد عقدها لأنها كالبيع وقعت بإيجاب وقبول لقوله ﷺ في الصحيحين: «العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه» حيث شبه الراجع فيها بالكلب والمرجوع فيه بالقيء، وذلك غاية التنفير المقتضي للمنع. الخامس: قول المصنف: ولا تتم هبة الخ يوهم قصر الحكم على تلك الثلاث وليس كذلك، بل مثلها بقية العطايا كالنحلة والمنحة والعريه والهديه والإسكان والعارية والإرفاق والعدة والإخداام والصلة والرهن والعمرى والإحباء فلا تتم إلا بالحيازة، قال القراني في الذخيرة: وضعت العرب لأنواع الإرفاق أسماء مختلفة، فالعارية لتمليك المنافع بغير عوض

فَذَلِكَ نَافِذٌ مِنَ الثُّلُثِ إِنْ كَانَ لِعَیْرِ وَارِثٍ وَالْهَبَةُ لِصِلَّةِ الرَّجْمِ أَوْ لِقَبْرِ كَالصَّدَقَةِ لَا رُجُوعَ

وبعوض إجارة، والرقي إعطاء المنفعة لمدة أقصرهما عمراً لأن كل واحد منهما يرقب موت صاحبه، والعمر تملك المنفعة مدة عمره فهما أخص من العارية، والإفقار عارية الظهر المركوب مأخوذ من فقاره وهو عظام سلسلته، أو لإسكان هبة منافع الدار مدة من الزمان، والمنحة هبة لبن الشاة، والعرية هبة ثمرة النخل، والوصية تملك بعد الموت، والمنح والعطاء يعم الجميع، انتهى كلام الذخيرة. والنحلة مصدر نحلته أعطيته فهي العطية، والهدية واحدة الهدايا والمهدي بكسر الميم ما يهدي فيه كالطبق ونحوه، قال ابن الأعرابي: ولا يسمى مهدي إلا وفيه ما يهدى، والإرفاق النفع يقال أرفقته نفعته، والمرفق من الإرفاق ما ارتفعت به أي انتفعت به، والعدة جمعها عدات مصدر وعد فهي الوعد فالهاء عوض من الواو، والإخدام إعطاء خادم غلاء أو جارية، والصلة العطية، والحباء بكسر الحاء، والمد العطاء، والرهن معروف، وإنما أطلنا في ذلك قصداً لنفع الطالب لعزة بيان هذه المذكورات على هذا الوجه. ثم فرع على شرطية الحوز قوله: (فإن مات) الواهب أو المتصدق أو المحبس أو المعمر بالكسر أو غيرهم من كل من صدر منه عطية (قبل أن تحاز عنه) تلك المذكورات على نحو ما مر سوى عطية الولي لمحجوره. (فهو ميراث) لبطلانها بالموت قبل تمامها بالحوز، ومثل موت الواهب أو الواقف إحاطة الديون بماله أو جنونه أو مرضه المتصل بموته، قال خليل: وبطلت إن تأخر لدين محيط أو وهبت لثان وجاز أو أعتق الواهب أو استولد، ولا قيمة على الواهب للموهوب له من الفروع الثلاثة. (تنبيه) ظاهر كلامه بطلان الهبة وما معها بمجرد الموت ولو وجد الموهوب له في حوزها وهو قول ضعيف، والمذهب ما عليه العلامة خليل من أنه إن جد وسارع في حوزها فمات لم تبطل ولفظه: وصح إن قبض ليتروى أوجد في القبض أو في تزكية شاهد الهبة عند إنكار الواهب فلم يحصل شيء من ذلك حتى مات أو فلس أو جن أو مرض فلا تبطل كما قاله ابن القاسم، واستشهد لذلك بالمفلس إذا خاصمه الرجل في عين سلعة ثم مات المفلس أن ربها أحق بها إن ثبت بينة أنها له، قال ابن المواز: ليس له إيقافها إلا في البينة القريبة مثل الساعة، وأما البينة البعيدة فلا يحال بينها وبين ربها إلا مع شاهد.

ثم بين أن محل بطلان المذكورات بالموت قبل الحوز في غير الواقع منها في حال المرض بقوله: (إلا أن يكون ذلك) المذكور من الهبة وما ذكر معها من أنواع العطايا صدر من المعطي (في) حال (المرض) المتصل بموته (فذلك) التبرع الواقع بلفظ الهبة أو الصدقة أو الحبس في حال المرض (نافذ من الثلث) لأنه خرج مخرج الوصية وهي لا تبطل بالموت وتكون من الثلث بشرط أشار إليه بقوله: (إن كان) الإعطاء (لغير وارث) لأن الوصية للوارث باطلة ولو بالثلث كبطلانها لغيره بأزيد من الثلث، وإن أجاز الوارث الباطلة كانت ابتداء عطية منه، وقيدنا المرض بالمتصل بالموت للاحتراز عما لو صح منه فإن جميع ما

فِيهَا وَمَنْ تَصَدَّقَ عَلَى وَلَدِهِ فَلَا رُجُوعَ لَهُ وَلَهُ أَنْ يَغْتَصِرَ مَا وَهَبَ لِوَلَدِهِ الصَّغِيرِ أَوْ الْكَبِيرِ  
مَا لَمْ يُنْكَحْ لِذَلِكَ أَوْ يُدَايِنَ أَوْ يُخْدِثَ فِي الْهَبَةِ حَدَثًا وَالْأُمُّ تَغْتَصِرُ مَا دَامَ الْأَبُ حَيًّا فَإِذَا

صدر منه ولو بأكثر من الثلث، أو كانت لوارث صحيح لازم يجب عليه تنفيذه لا حجر عليه بسفه ولا دين، لأن الإنسان ما دام صحيحاً رشيداً له التبرع بجميع ماله على كل من أحب، ولما كانت العطية تلزم بمجرد القول ويقضي عليه بدفعها وما هذا شأنه لا يرجع فيه، شرع يبين أن هذا ليس على إطلاقه بقوله: (والهبة لصلة الرحم) وهو من يحرم نكاحه ولو غنياً. (أو لفقير) أو صالح أو يتيم (كالصدقة) في أنها (لا رجوع فيها) لأنها لقصد ثواب الآخرة ولا مفهوم للرحم، بل كل ما يكون لثواب الآخرة لا رجوع فيه ولو من والد لولده، ولعله إنما ذكر الرحم لتنبية على أنهم أولى بفعل المعروف لقوله ﷺ: «من سره أن يبسط في رزقه وينسأ له في أجله فليصل رحمه» أي يعطيهم رواه الشيخان. (تنبيه) ظاهر كلام المصنف أن الهبة لا لصلة الرحم ولا للفقير بأن تكون لأجنبي غني لا تكون كالصدقة وللواهب الرجوع فيها وليس كذلك لما قدمنا من أن الهبة تلزم بالقول ويقضى بها ولا يحل الرجوع فيها لقوله ﷺ: «لا يحل لأحد أن يهب هبة ثم يعود فيها إلا الوالد» كما يأتي ثم فرغ على ما قبله، ولذا كان الأولى الإتيان بالفاء فقال: (ومن تصدق على ولده الصغير) لا مفهوم له بل وكذلك الكبير (فلا رجوع له عليه) فيما تصدق به لما تقدم من أن الصدقة لا رجوع فيها إلا لشرط، وأشار إلى مفهوم الصدقة بقوله: (وله) أي للأب دنية (أن يعتصر) أي يأخذ قهراً (ما وهب لولده الصغير أو الكبير) لا لصلة الرحم ولا لفقره ولا لقصد ثواب الآخرة بل وهبه لوجهه لقوله ﷺ: «لا يحل لأحد أن يهب هبة ثم يعود فيها إلا الوالد». وفي المدونة: ولا يعتصر الأبوان ما تصدقا به على ولد صغير أو كبير، وأما الهبة وما في معناها من أنواع العطايا ولم يرد به ثواب الآخرة فللأب اعتصاره من ولده، وأما الحبس فهو كالصدقة لا رجوع فيه إلا بشرط الرجوع فيعمل به في الصدقة والحبس، وقولنا دنية لإخراج الجد، فلا يحل أن يعتصر ما وهبه لولد ولده، ومحل رجوع الأب في هبته لولده (ما لم ينكح) الولد (لذلك) أي لأجل المال الموهوب (أو يداين) أي يعطى ديناً لأجلها. (أو يحدث في الهبة حدث) أي حادث ينقصها في ذاتها أو يزيدا فإنها تفوت عليه ولا يحل له اعتصارها، قال خليل: وللأب اعتصارها من ولده فقط، إلى أن قال: إن لم تفت بحوالة سوق بل زيد أو نقص، ولم ينكح أو يداين لها أو يظاً ثيباً أو يمرض كواهب إلا أن يهب على هذه الأحوال، أو يزول المرض أو النقص أو يرجع الزيد فإنه يعود الاعتصار، ولا فرق في النقص بين الحسي كهزال الحيوان الذي كان سميناً، والمعنوي كنسيان العبد صنعته، وكذا تفوت الهبة المثلية بخلطها بمثلها.

(تنبيه) فهم من قوله لذلك أن التداين والإنكاح إنما يكونان مفوتين للاعتصار عند قصد الولي في النكاح، وصاحب المال في الدين أن النكاح والدين لخصوصها، لا إن لم

مَاتَ لَمْ تَعْتَصِرْ وَلَا يُعْتَصِرُ مِنْ يَتِيمٍ وَالْيَتِيمُ مِنْ قَبْلِ الْأَبِ وَمَا وَهَبَهُ لِابْنِهِ الصَّغِيرِ فَحَيَازَتُهُ لَهُ جَائِزَةٌ إِذَا لَمْ يَسْكُنْ ذَلِكَ أَوْ يَلْبَسَهُ إِنْ كَانَ ثَوْبًا وَإِنَّمَا يَجُوزُ لَهُ مَا يُعْرِفُ بِعَيْنِهِ وَأَمَّا

يقصد بذلك أو كانت قليلة لا ينكح ولا يداين الشخص لأجلها فلا يفوتان الاعتصار، ولا إن قصد الموهوب له بعقد نكاحه أو تداينه تفويتها دون قصد الولي أو الزوجة أو صاحب الدين. (والأم) ذنية كالأب لها أن (تعتمر) ما وهبته لولدها الذي له أب سواء كان صغيراً أو كبيراً. (ما دام الأب حياً) ولو مجنوناً زمن الهبة إلا أن تكون قصدت بهبتها صلة الرحم أو ثواب الآخرة، أو يكون فقيراً بائناً عن أبيه فلا تعتمرها، وقولنا ذنية للإشارة إلى أن الجدة لا تعتمر كالجسد كما قدمنا. (فإذا مات) الأب (لم تعتمر) الأم ما وهبته ولو كان ولدها غنياً لأنه صار يتيماً. (و) الأم (لا تعتمر من يتيم) وهو من مات أبوه صغيراً، وظاهر كلام المصنف سواء وقعت الهبة قبل يتمه أو في حال حياته، خلافاً للرخمي في قوله: أنها تعتمر من ذوي الأب ولو تيم بعد ذلك، ومفهوم كلامه أنها لو وهبت لكبير بعد موت أبيه لها أن تعتمر منه. والحاصل أن الذي وهبته أمه إن كان بالغاً حين الهبة فلها الاعتصار منه ولو لم يكن له أب لأنه لا يسمى يتيماً، وأما إن كان صغيراً حين الهبة فإن كان له أب فلها الاعتصار منه ما دام أبوه حياً، وأما إن كان صغيراً حين الهبة ولا أب له فلا اعتصار لها ولو بلغ قبل الاعتصار، وأما لو وهبت الصغير ذا الأب ثم مات أبوه والصبي صغير فقيه قولان، أحدهما لها الاعتصار وهو ظاهر المصنف والمدونة ومقابلة للرخمي، ومشى عليه خليل. ثم بين الجهة التي بها يكون الولد يتيماً بقوله: (واليتيم) في الأدمي (من قبل) بكسر القاف وفتح الموحدة أي جهة فقد (الأب) فمن مات أبوه صغيراً يصير يتيماً إلى أن يبلغ فلا يسمى يتيماً، وأما من ماتت أمه فقط فلا يقال له يتيم، وأما اليتيم من الطير فهو من فقدتهما معاً، وأما في نحو البقر وغيرها فمن جهة الأم فقط، ووجه التفرقة أن الأدمي إنما يضيع بفقد أبيه غالباً، ولما قدم أن الهبة وما معها لا تتم إلا بالحيازة، بين هنا أن ما سبق في غير هبة الأصل لفرعه بقوله: (وما وهبه) الأب الرشيد (لابنه الصغير) أو السفية (فحيازته له جائزة) معمول بها ولو استمرت عند الأب إلى أن فلس أو مات، لأن الأب هو الذي يحوز لمحجوره، وقيدنا الأب بالرشيد لأن الأب السفية لا يحوز، وإنما الذي يحوز وليه، واعلم أن حيازة الولي لمحجوره لا بد فيها من ثلاثة شروط: أحدها أن يشهد على الهبة له ولو لم تشهد البينة بالحيازة له، وثاني الشروط أشار إليه بقوله: (إذا لم يسكن) الأب (ذلك) الشيء الموهوب إن كان مما يسكن كدار أو حانوت. (أو) إذا لم (يلبسه إن كان ثوباً) أما إن كان الموهوب دار سكنه واستمر ساكناً بجميعها أو أكثرها أو استمر لابساً لما وهبه إن كان مما يلبس حتى حصل المنافع بطلت الهبة، قال خليل عاطفاً على ما لا يصح حوزة له: ودار سكنه إلا أن يسكن أقلها ويكرى له الأكثر، وإن سكن النصف بطل فقط، والأكثر بطل الجميع، وأما لو وهب دار سكنه لكبار ولده فلا يبطل منها إلا ما سكنه فقط، ويصح ما

الْكَبِيرُ فَلَا تَجُوزُ حَيَازَتُهُ لَهُ وَلَا يَزِجُ الرَّجُلُ فِي صَدَقَتِهِ وَلَا تَرَجُّعُ إِلَيْهِ إِلَّا بِالْمِيرَاثِ وَلَا

جازه الولد كان كثيراً أو يسيراً، والوقف مثل الهبة في ذلك. وأشار إلى ثالث الشروط بقوله: (وإنما يحوز) الأب (له) أي لمحجوره (ما يعرف بعينه) كدار أو دابة، فلو وهب له مالا يعرف بعينه كدراهم أو دنائير وحازها حتى حصل له مانع من موت أو جنون أو فلس بطلت الهبة ولو طبع عليها بحضرة شهودها، بخلاف لو طبع عليها أو وضعها عند غيره إلى موته أو فلسه فلا تبطل، قال خليل: ولا إن بقيت عنده إلا لمحجوره إلا ما لا يعرف بعينه ولو ختم عليه، وسواء كان لمحجور صغيراً أو سفيهاً، وسواء كان الولي أباً أو وصياً أو مقدماً من قبل القاضي، وعبرة خليل أجود لشمولها الأب وغيره من الأولياء والمحجور الصبي وغيره.

(تنبيهات) الأول: أشعر قول المصنف: وما وهبه لابنته الخ أن حيازة الأم ما وهبتة لولدها الصغير لا تصح وهو كذلك ولو أشهدت على ذلك، إلا أن تكون وصية الولي أو وصية وصيه فيصح حوزها له حينئذ. الثاني: ظاهر كلام المصنف صحة حيازة الأب لمحجوره ولو لم يصرف غلة الشيء الموهوب للموهوب له كالوقف والمسألة ذات خلاف، والذي أفتى به الغبريني والرصاع وابن عرفة ووقع لابن رشد نحوه وجرى به العمل عدم اعتبار ذلك، وأن الحيازة هنا تصح ولو كان الولد يصرف غلة الموهوب في مصالح نفسه بخلاف الوقف، وهذا لا ينافي ما ذكره المتيطي وخليل في دار السكنى من أنه لا بد في صحة حوزها من كرائها باسم المحجور للفرق بين صرف الغلة وعقد الكراء. الثالث: كما لا تبطل الهبة الصادرة من الولي لمحجوره ببقائها تحت يده إلى موته، كذلك هبة أحد الزوجين للآخر متاعاً، قال خليل بالعطف على ما تصح فيه الهبة: وهبة أحد الزوجين للآخر متاعاً فإنها صحيحة وإن لم ترفع يده عن هبته للضرورة، ومثل هبة أحد الزوجين لصاحبه هبة السيد لأم ولد فإنها صحيحة ولو استمرت تحت يده إلى موته، ويشترط في صحة جميع ما ذكر الإشهاد على الهبة. والحاصل أن هبة الولي لمحجوره وأحد الزوجين لصاحبه خلا دار السكنى أو دار سكنى الزوجة لزوجها والسيد لأم ولده لا يشترط فيها حيازة، وما عدا ذلك من أنواع العطايا لا ينافي تمامه من الحيازة قبل حصول المانع للمعطي بالكسر.

ثم صرح بمفهوم الصغير بقوله: (وأما) ما وهبه لابنه (الكبير فلا تجوز حيازته له) وإنما يجوز لنفسه حيث كان رشيداً، وأما السفيه فقد قدمنا أنه كالصغير يحوز له أبوه، ويفهم من كلامه أنه لو وهب لابنه في حال صغره شيئاً واستمر حائزاً له حتى بلغ رشيداً ولم يحزه قبل موت أبيه أنها تبطل، وأما لو بلغ سفيهاً فإنه يستمر حائزاً له، واختلف لو بلغ الصغير وجهل حاله بعد بلوغه واستمر أبوه حائزاً حتى مات، فهل يحمل على السفه فلا الفواكه الدواني ج ٢ - ١٧٢

بَأْسَ أَنْ يَشْرَبَ مِنْ لَبَنٍ مَا تَصَدَّقَ بِهِ وَلَا يَشْتَرِي مَا تَصَدَّقَ بِهِ وَالْمَوْهُوبُ لِلْعَوَاضِ إِمَّا

تبطل أو على الرشد فتبطل؟ لعدم حيازته لنفسه بعد بلوغه قولان. (تنبيه) هذا كله في الولد الذكر الحر، وأما ما وهبه لولده الرقيق فيحوزه له سيده ولو كان كبيراً ولا تعتبر حيازته لنفسه، وأما ما وهبه لابنته البكر فإنه يحوزه لها ولو بلغت حتى يدخل بها زوجها ويؤنس منها الرشد. (ولا يرجع الرجل) المراد المتصدق (في صدقته) والمعنى: أنه يكره لمن تصدق بشيء أن يملكه بشراء أو غيره من أسباب الملك. (ولا) ينبغي أن (ترجع إليه إلا بالميراث) قال خليل: وكره تملك صدقة بغير ميراث، ومفهوم الصدقة أن الهبة لوجه المعطى له يجوز تملكها بغير الميراث على المشهور، ووجه الفرق بين الهبة والصدقة أن الصدقة لثواب الآخرة، فالتسبب في تملكها مناف لقصد الفاعل، والأصل فيما ذكر قوله ﷺ لعمر في الفرس الذي تصدق به: «لا تشتريه ولو أعطاكه بدرهم» قال اللخمي: ومشهور المذهب حمل النهي على الندب، وحمله الداودي على التحريم، واستظهره ابن عرفة وأبو الحسن، وحملنا الرجوع على استحداث ملكها بسبب إشارة إلى أنه ليس المراد بالرجوع إبطال الصدقة لأن هذا لا يصح للزوم سائر العطايا سوى الوصية بمجرد القول، ويقضى عليه بدفعها ويحرم عليه إبطالها إلا عطية الوالد لولده كما مر، وإلا أن يكون المتصدق شرط في عقد صدقته الرجوع وإلا عمل بشرطه ولو أجنبياً مع أجنبي، قياساً على من وقف شيئاً وشرط لنفسه بيعه إن شاء فإن له بيعه ولو لغير حاجة.

(تنبيه) أخذ بعض العلماء من قول المصنف: ولا يرجع الرجل في صدقته أن من أخرج كسرة لسائل فوجده قد ذهب أنه لا يجوز له أكلها، ويجب عليه أن يتصدق بها على غيره كما قاله مالك، وقال غيره: يجوز له أكلها، وجمع ابن رشد بين قولي مالك وغيره بحمل كلام غير مالك على ما إذا أخرجها لمعين فيجوز له أكلها عند عدم وجوده أو عدم قبوله، وحمل كلام مالك على إخراجها لغير معين، فلا يجوز له أكلها بل يتصدق بها على غيره لأنه لم يعين الذي يأخذها، وهذا جمع حسن، ثم ذكر ما هو كالمناقض لما قبله بقوله: (ولا بأس أن يشرب) المتصدق (من لبن ما تصدق به) من شاة أو بقرة، وإنما كان هذا كالمناقض لما قبله، لأن شرب لبن ما تصدق به رجوع في صدقته وقد قال أولاً: ولا يرجع الرجل في صدقته ولا ترجع إليه إلا بميراث، وقال خليل أيضاً: ولا يركبها ولا يأخذ من غلتها، ولا شك في أن هذا كالمناقض، والجواب عن تلك المعارضة بحمل ما تقدم من عدم جواز الانتفاع بشيء مما تصدق به، على ما إذا كانت الصدقة على أجنبي أو على ولده الصغير أو السفية ولو مع رضاه أو الرشد مع عدم رضاه، وحمل قوله: ولا بأس الخ على شربه من لبن ما تصدق به على ولده الكبير الرشيد برضاه، وهذا يؤخذ من قول المدونة: ومن تصدق على أجنبي بصدقة لم يجز له أن يأكل من ثمرها ولا يركبها ولا ينتفع بشيء منها، وقول ابن المواز: وللرجل أن يأكل من لحم غنم تصدق بها على ابنه ويشرب

أَثَابَ الْقِيَمَةَ أَوْ رَدَّ الْهَبَةَ فَإِنْ قَاتَتْ فَعَلَيْهِ قِيَمَتُهَا وَذَلِكَ إِذَا كَانَ يُرَى أَنَّهُ أَرَادَ الثَّوَابَ مِنْ الْمُوهُوبِ لَهُ وَيُكْرَهُ أَنْ يَهَبَ لِبَعْضِ وَلَدِهِ مَالَهُ كُلَّهُ وَأَمَّا الشَّيْءُ مِنْهُ فَذَلِكَ سَائِعٌ وَلَا بَأْسَ

من لبنها ويكتسي من صوفها إذا رضي الولد، وكذلك الأم. «محمد» وهذا في الولد الكبير وأما الصغير فلا يفعل، وقاله مالك، وبعضهم حمل قوله: ولا بأس أن يشرب الخ على ما إذا كان اللبن ونحوه شيئاً يسيراً بحيث يكون ثمنه تافهاً أو كثيراً ورضي المتصدق عليه المالك لأمر نفسه، وعدم الجواز على ما إذا كان اللبن كثيراً ولم يرض المتصدق عليه المالك لأمر نفسه بأخذه.

(تنبيهان) الأول: محل هذا ما لم يفتقر الأب وإلا جاز له الأكل مما يصدق به على ولده، قال خليل: وينفق على أب افتقر منها ولا يدخل تحت النهي، كما يجوز للزوج أن ينفق على زوجته من صدقته وإن غنية لوجوب نفقتها عليه كوجوب نفقة الأبوين الفقيرين على ولدهما فينفق عليها الزوج مما تصدقت به عليه. الثاني: الذي يقتضيه النظر وعليه ابن ناجي أن لا بأس هنا لما غيره خير منه، وأما قوله: (ولا يشترى) المتصدق (ما تصدق به) فهو محض تكرار مع ما قبله من قوله: ولا يرجع الرجل في صدقته، لأن المراد لا ينبغي له أن يستحدث ملك ما تصدق به اختياراً بشراء أو غيره، وأما بالميراث فلا حرج عليه لأنه لم يتسبب في الرجوع.

(تنبيه) يستثنى من قول المصنف: ولا يرجع الرجل في صدقته اختياراً أشياء منها: العرية فإنه يرخص للمعري شراؤها، قال خليل: ورخص لمعر وقائم مقامه اشتراء ثمرة تبيس الخ، ومنها من أمر شخصاً داره فإنه يجوز للمعمر بالكسر شراؤها، ومنها من سبل ماء على غيره فيجوز له أن يشرب منه، ومن أخرج كسرة لسائل معين فلم يجده على ما قاله ابن رشد، ومنها من تصدق على ابنه الصغير بأمة فتعلقت نفسه بها فإنه يجوز له أن يأخذها بقيمتها، قال خليل: وتقويم جارية أو عبد للضرورة ويستقصي، بخلاف ما تصدق بها على ابنه الكبير أو على أجنبي فلا يجوز له تملكها. ولما فرغ من الكلام على الصدقة والهبة لوجه المعطي شرع في الهبة لثواب الدنيا، وعرفها ابن عرفة بقوله: وهي عطية قصد بها عوض مالي فقال: (والموهوب للعوض) المخير (إما أثناب القيمة) يوم القبض فيلزم قبولها. (أو رد الهبة) لوأهبها وهذا التخيير مع عدم فوات الذات الموهوبة. (فإن قاتت) بيد الموهوب له لا بحوالة سوق بل بزيادة أو نقص (فعليه قيمتها) جبراً عليه، قال خليل: ولزم وأهبها لا الموهوب القيمة إلا لفوات، يزيد أو نقص، ثم بين محل استحقاق الواهب الثواب بقوله: (وذلك) أي لزوم القيمة للواهب بعد فوات الهبة مشروط بما (إذا كان) أي الحال والشأن (يرى) بالبناء للمجهول أي يظن (أنه أراد) أي قصد الهبة لأجل (الثواب) أي العوض (من الموهوب له) ويعرف ذلك بقرائن الأحوال، كفقير يدفع شيئاً لغني، بخلاف هبة الغني لفقير أو صالح أو عالم، فلا يصدق في قصد الثواب في هبته لوأحد منهم، وفهم



من قول المصنف: إذا كان يرى الخ أنه يصدق في قصد الثواب وهو كذلك، قال خليل: وصدق واهب فيه إن لم يشهد عرف بضده، والحكم المذكور عام ولو كانت الهبة لأجل عرس أو عند قدوم من حج، ولو اهب الثواب طلب الثواب ولو معجلاً ولا يلزمه الصبر إلى أن يتجدد للموهوب له عرس إلا لعادة، وللموهوب له أن يحاسب الواهب بما أكله هو ومن معه عند إحضار الهبة المسماة عند العامة بالحمولة، والتصديق في إرادة الثواب يمين مطلقاً، وقيل اليمين عند إشكال الأمر، وذلك إذا لم يشهد العرف له ولا عليه، بناء على أن العرف بمنزلة شاهد فقط أو بمنزلة شاهدين، واعلم أنه إذا جرى العرف بالثواب يعمل به، ولو كان الموهوب مسكوكاً أو كان الواهب أحد الزوجين لصاحبه، فما في خليل حيث لا عادة وإلا عمل بها لأنها عند مالك كالشرط.

(تنبيهات) الأول: لم يبين المصنف حكم هبة الثواب، والذي يظهر أنها جائزة كالبيع لا مندوبة، يدل على جوازها الكتاب والسنة، فالكتاب قوله تعالى: ﴿وما آتيتم من ربا ليربو في أموال الناس فلا يربو عند الله﴾ [الروم: ٣٩] فإن ابن عباس قال: الربا أن يعطي الرجل عطية ليعطي أكثر منها. وقوله تعالى: ﴿ولا تمنن تستكثر﴾ [المدثر: ٦] قال المفسرون: وذلك أن يهدي هدية ليهدي له أكثر منها، فنهى النبي ﷺ عن ذلك وأباحه الله لسائر الناس، ومن السنة ما روي أن النبي ﷺ كان يقبل الهدية ويشب عليها كما في الصحيحين، وهذا لا ينافي ما قالوه من أن هبة الثواب إنما تجوز لأمة النبي ﷺ لا له لأية: ﴿ولا تمنن تستكثر﴾ [المدثر: ٦] لأنه لا ملازمة بين جواز قبولها ودفعها بل لكل حكم. الثاني: فهم من جواز الهبة لقصد الثواب جواز دفعها مع شرط الثواب، قال خليل: وجاز شرط الثواب ولزم بتعيينه حيث رضي به من لم يحصل منه التعيين، وقولهم للواهب الرجوع في هبته حيث لم تفت الهبة ولم يدفع له الواهب القيمة، محمول على ما إذا لم تعين الثواب ويرضى به من لم يحصل منه تعيين وإلا صار عقدها لازماً، وقضى على الموهوب له بدفعه، وإنما جازت هبة الثواب مع عدم تعيين العوض مع أنها كالبيع تنزيلاً لها منزلة نكاح التفويض وهو عقد بلا ذكر مهر.

الثالث: لم يبين المصنف ما منه الثواب وبينه خليل بقوله: وأثيب ما يقضى عنه ببيع وإن معيماً حيث كان فيه وفاء بالقيمة، فيثاب عن العرض طعاماً أو دراهم أو عرضاً عن غير نوع الموهوب، ويثاب عن الذهب أو الفضة عرضاً أو طعاماً أو حيواناً، ولا يجوز أن يثاب عن الذهب فضة ولا عكسه لما يلزم عليه من الصرف المؤخر، ولا عن العين من صنفها لما يلزم عليه من البديل المؤخر، ولا عن الحيوان لحماً من جنسه ولا عكسه لحرمة بيع اللحم بالحيوان من جنسه وقضائه عنه، ويثاب عن الطعام عرضاً أو دنائير لا طعاماً ولا من غير نوعه لما يلزم عليه من ربا النساء، وما يقع في الأرياف بين العامة من رد الطعام عن الطعام

فحرام، ومثله قضاء الدراهم عن مثلها أو عن الذهب، اللهم إلا أن يقع قضاء الطعام عن الطعام قبل تفرقهما بل في مجلس الهبة فيجوز بشرط المساواة عند اتحاد الجنس أو مع الزيادة عند اختلافه كما يفيد قول المدونة لأن هبة الثواب بيع.

**الرابع:** فهم من قول المصنف: إما أثاب القيمة أورد الهبة أنه لا يلزم الموهوب له دفع أكثر من القيمة ولو كانت العادة كذلك وهو كذلك، كما لا يلزم الواهب قبول أقل من القيمة، ووقع خلاف فيما إذا طاع الموهوب له بدفع أكثر مما يلزمه وأبى الواهب من أخذ أزيد من قيمة هبته، فأفتى القابسي بجبر الواهب على أخذ الزائد على قيمة هبته حتى لو حلف كل بالطلاق على نقيض ما أراد صاحبه لقضى بتحنيث الواهب لأن هبات الناس على ذلك، هذا ملخص كلام القابسي، لكن يقيد كلامه بما لا يدخله ربا الفضل وإلا امتنع، وأفتى غيره بأنه لا يجبر الواهب على قبول الزائد لأن الإنسان لا يلزمه أخذ ما يتوقع المن به.

**الخامس:** هبة الثواب شبيهة بالبيع، ولذا لو مات الواهب للثواب قبل حيازة الهبة لم تبطل ويجب تنفيذها، ولا تبطل بموت أو مرض أو فلس واهبها قبل حوزها فليست كغيرها من أنواع العطايا التي تبطل بعدم حيازتها قبل موت الواهب. ثم شرع في حكم هبة الوالد جميع ماله لبعض أولاده بقوله: (ويكره) كراهة تنزيه للشخص في حال صحته (أن يهب لبعض ولده) ولو صغيراً أو مريضاً (ماله كله) أو جله على مشهور المذهب، وإذا وقع ذلك المكروه مضى بشرط الحيازة قبل موت أو مرض الواهب، وبشرط أن لا يمنع من ذلك باقي الأولاد في حياة والدهم مخافة مطالبتهم بنفقة وإلا ردت، ومثل الإعطاء المذكور في الكراهة قسمته عليهم بالسوية إذا كان فيهم ذكور وإناث، وأما لو كانوا ذكوراً فقط أو إناثاً فقط فلا كراهة، كما لا يكره قسمته بينهم على أن للذكر مثل حظ الأنثيين، وقيدنا بحال الصحة للاحتراز عن حال المرض المخوف المتصل بالموت أنها باطلة لأنها وصية لو ارت، ومثلها لو وقعت في صحته وتأخر حوزها حتى مرض مرض الموت. (وأما) هبة (الشيء) القليل (منه) أي من ماله لبعض ولده (فذلك سائغ) أي جائز من غير كراهة، وتتم بالحيازة قبل حصول المانع للأب كسائر العطايا سوى هبة الثواب كما مر، والدليل على ما ذكر ما ورد: «أن النعمان بن بشير نحله أبوه شيئاً من ماله وأراد أبوه أن يشهد النبي ﷺ على ذلك، فقال رسول الله ﷺ: أكل ولدك نحلته مثل هذا؟ قال: لا، قال: فارجع فارجع فرد عطيته» ووجه الدلالة للمشهور من الكراهة أن النبي ﷺ إنما أمره بالرجوع وامتنع من الشهادة فدل ذلك على عدم كمالها، ولو كانت باطلة لقال عليه الصلاة والسلام إنها باطلة، وعلّة الكراهة أن عطية الأب كل ماله أو جله لبعض الأولاد يؤدي إلى عقوق الباقين وحرمانهم ويؤدي إلى تباعضهم، والمطلوب الحرص على المواصلة والموادة والعدل بينهم، ولذا جاء في بعض

أَنْ يَتَّصِدَّقَ عَلَى الْفُقَرَاءِ بِمَالِهِ كُلِّهِ لِلَّهِ وَمَنْ وَهَبَ هِبَةً فَلَمْ يَحْزُهَا الْمَوْهُوبُ لَهُ حَتَّى مَرَضَ الْوَاهِبُ أَوْ أَفْلَسَ فَلَيْسَ لَهُ حَيْثُ قَبِضُهَا وَلَوْ مَاتَ الْمَوْهُوبُ لَهُ كَانَ لَوَرَثَتِهِ الْقِيَامُ فِيهَا عَلَى

الروايات: «اتقوا الله واعدلوا بين أولادكم». وإنما قدرنا الشخص في حق الواهب إشارة إلى أنه لا فرق بين الأب والأم، كما أنه لا فرق في الولد الموهوب له بين الذكر والأنثى، ولا بين الصغير والكبير، ولا بين البار والعاقل، ولما كان علة كراهة هبة جميع أوجل المال منتفية في الأجانب قال: (ولا بأس أن يتصدق) العاقل البالغ الرشيد (على الفقراء بماله كله لله تعالى) أي ابتغاء للثواب في الآخرة، والظاهر أن المتعين أن لا بأس هنا لما هو أحسن من غيره لأن الصدقة مستحبة، لأن الله تعالى أثنى على فاعل ذلك بقوله: ﴿وَيُؤْتِرُونَ عَلَى أَنْفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ﴾<sup>(١)</sup> ولأن الصديق رضي الله عنه تصدق بجميع ماله ولم ينكر عليه الرسول عليه الصلاة والسلام، وفعله جماعة من الصحابة رضي الله عنهم.

(تنبيهات) الأول: محل ندب التصدق بجميع المال أن يكون المتصدق طيب النفس بعد الصدقة بجميع ماله بحيث لا يندم على البقاء بلا مال، وأن ما يرجوه في المستقبل مماثلاً لما تصدق به في الحال، وأن لا يكون يحتاج إليه في المستقبل لنفسه أو لمن تلزمه نفقته أو يندب له الإنفاق عليه، وإلا لم يندب له ذلك، بل يحرم عليه إن تحقق الحاجة لمن تلزمه نفقته أو يكره إن تيقن الحاجة إليه لمن يندب الإنفاق عليه كحواشه، لأن الأفضل أن يتصدق بما يفضل عن مؤنته ومؤنة من ينفق عليه. الثاني: إنما قيدنا بالعاقل الرشيد للاحتراز من المحجور عليه، فلا يجوز له ما ذكر سواء كان الحجر عليه لصغر أو سفه أو إحاطة دين. الثالث: أشعر قوله يتصدق أن هذا غير يمين ولا نذر فيلزمه جميعه ولا يحبس منه شيئاً سوى ما يردده دين، بخلاف من التزم التصدق بجميعه بنذر أو يمين حنث فيه فيجزيه ثلثه، قال خليل: وثلثه حين يمينه إلا أن ينقص فما بقي من مالي في كسبيل الله، قال شراحه: ومثل في سبيل الله صدقة على الفقراء أو المساكين.

ثم شرع في مبطلات الهبة بقوله: (ومن وهب هبة) لغير ثواب الدنيا بل لوجه المعطى له أو للآخرة أولهما (فلم يحزها الموهوب له) بل استمرت عند الواهب ولم يجد الموهوب له في حوزها (حتى مرض الواهب) أو جن واتصل كل بموته (أو حتى) (أفلس) ولو بإحاطة الديون من غير قيام الغرماء (فليس له) أي للموهوب له (حينئذ) أي حين حصول المرض أو الفس ما ذكر معهما (قبضها) لبطانها بعد حوزها قبل حصول المانع، وإنما قيدنا بلم يجد في الحوز لما قدمنا من أن الراجح عدم بطانها بعدم الحوز مع الجد في الحوز، والدليل على بطانها بالمرض ما في الموطأ أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه نحل ابنته عائشة جاد عشرين وسقاً فلما حضرته الوفاة قال: والله يا بنية ما من الناس أحب إلي غنى بعد موتي عنك، ولا أعز علي فقراً منك، وإني كنت نحلتك جاد عشرين وسقاً فلو كنت جدتني وأخذتني لكان لك، وإنما هو اليوم مال وارث وإنما هما أخواك وأختاك فاقسموه على كتاب الله عز وجل.

الْوَاهِبِ الصَّحِيحِ وَمَنْ حَبَسَ دَاراً فَهِيَ عَلَى مَا جَعَلَهَا عَلَيْهِ إِنْ حَبِزَتْ قَبْلَ مَوْتِهِ وَلَوْ كَانَتْ

(تنبيهان): الأول: إنما قيدنا الهبة بغير هبة الثواب لما قدمنا من أنها كالبيع لا تبطل بموت الواهب قبل حوزها، وإنما قيدنا المرض بالمتصل بالموت للاحتراز عما لو مرض الواهب قبل الحوز ثم صح صحة بينة فإنها تحاز وتتم، وإنما قلنا في الفلوس ولو بإحاطة الديون لثلا يتوهم أن المراد الفلوس الخاص وهو حكم الحاكم بخلع مال المديون، ولا فرق في الدين المحيط بين السابق على الهبة والمتأخر عنها. الثاني: يستثنى من بطلان الهبة بعدم الحوز قبل المانع الهبة التي استصحبها الواهب معه إلى الموهوب له وأرسل بها رسولاً، فلا تبطل بموت الواهب ولا بموت الموهوب له المعين إذا كان الواهب قد أشهد على الهبة، قال خليل في مبدلات الهبة: أو استصحب هدية أو أرسلها ثم مات أو المعين لها إن لم يشهد، وفي صدقات المدونة أيضاً من قولها: من بعث بهدية أو صلة لغائب فمات المعطي أو المنعطي له قبل وصولها، فإن كان أشهد حين بعث بها على إنفاذها فهي للمبعوث إليه أو وارثه، وإن لم يشهد عليها حين بعث بها فهي للذي أعطى أو وارثه، وحكم من استصحب هدية معه لغائب حكم من أرسلها فعند الإشهاد لا تبطل وبدونه تبطل، ولما قدم أن الهبة تبطل بموت الواهب قبل الحوز ذكر حكم موت الموهوب له بقوله: (ولو مات الموهوب له) الحر الذي لم تقصد عينه لم تبطل الهبة بموته (وكان لورثته القيام فيها على الواهب الصحيح) لأنها صارت حقاً له، ومن مات عن حق فلوارثه، وإنما قيد الواهب بالصحيح للاحتراز عما لو كان قد مرض أو جن أو فلس قبل حوزها فليس للموهوب له ولا لورثته بعد موته الطلب بها لبطلانها بذلك كما مر، وقيدنا الموهوب له بالحر لأجل تعبير المصنف بالوارث، فلا ينافي أن الموهوب له الرقيق يقبض سيده ما وهب له بعد موته، فلو قال المصنف: كان لوارث الحر وسيد الرقيق القيام بها لكان أشمل ووافق لفظ المدونة، فقد قال في المدونة: وإن وهب لحر هبة أو عبد فلم يقبضها حتى مات فلورثة الحر وسيد العبد قبضها، وهذا في الهبة ومثلها صدقة التطوع، وأما الواجبة كالكفارة والزكاة فتوقف فيها بعض الشيوخ هل يقوم وارثه مقامه أم لا؟ وقيدنا بقولنا الذي لم تقصد عينه للاحتراز عما لو كان الواهب قال: هذه هبة لفلان بعينه لا لغيره ولا لوارثه فإنها تبطل بموت الموهوب له ولا يأخذها الوارث، فإن حصل التنازع في قصد عينه وعدم قصدها، فإن قامت قرينة لأحدهما عمل عليها وإلا فانظر أيهما يقبل قوله. ولما فرغ من الكلام على الهبة والصدقة شرع في الحبس لأنه عقبه في الترجمة وهو بضم الحاء وسكون الباء ويرادفه الوقف مصدر وقف المجرد على اللغة الفصيحة والرديئة أوقف عكس أعتق وعتق، وسمي بهذين الاسمين لأن العين موقوفة ومحبوسة وقد مرت حقيقته، واختلف أهل الإسلام في حكمه، والصحيح وهو مذهب الجمهور جوازه بل ندبه لأنه من أحسن ما تقرب به إلى الله تعالى، وقد حبس نبينا ﷺ وعمر وعثمان وعلي وطلحة والزبير وغيرهم من الصحابة دوراً

وحوائط، وهو مما اختص به المسلمون لقول الشافعي رضي الله عنه: لم يحبس أهل الجاهلية فيما علمت وإنما حبس أهل الإسلام، ومقابل الجمهور أبو حنيفة وأصحابه حيث ذهبوا إلى منعه وعدم صحته في حال حياة الواقف وهو ملك يورث عنه إلا أن يحكم حاكم بصحته أو يعلقه على موته كأن يقول: إن مت فداري وقف على كذا، واستدلوا بما لم ينهض لهم دليلاً، وقد قدمنا تعريفه في صدر الترجمة، كما قدمنا أن أركانه أربعة: الواقف وشرطه أن يكون من أهل التبرع، والموقوف وشرطه أن يكون مملوكاً للواقف لم يتعلق به حق لغيره ولو طعاماً أو نقداً على من يتسلفهما أو يرد مثلهما أو رقيقاً أو مستأجراً، والموقوف عليه وشرطه أن يكون محتاجاً إلى منفعة الموقوف ولو للصرف في مصالحه كقنطرة ومسجد، والصيغة وهي كل ما دل على إعطاء المنفعة ولو مدة من الزمان، لأنه لا يشترط فيه التأيد ولا التنجيز كلفظ حبست ووقفت مطلقاً أو تصدقت إن قارنها ما يدل على التأيد كقوله: هذا صدقة على الفقراء والمساكين لا يباع ولا يوهب أو يغلونه أو ينتفعون بذاته بالسكنى فيه، أو يكون على مجهول محصور كأن يقول: هذا صدقة على فلان وعقبه ونسله لقيام التعقيب مقام القيد، ويقوم مقام الصيغة التخلية بين الذات الموقوفة وبين الناس كالمسجد بينه ويفتحة للناس، وكالطاحون أو القنطرة، وما أشبه ذلك من كل ما ينتفع به عموم الناس فقال: (ومن حبس) من أهل التبرع (داراً) أو حائطاً أو حيواناً أو غيرهما من كل مملوك للمحبس ولم يتعلق به حق لغيره (فهي) قاصرة (على ما جعلها) المحبس بالكسر (عليه) بمجرد التللف بالصيغة، ولا تتوقف صحته على حكم حاكم، فلا يجوز له بيعها ولا الانتفاع بها ولا الرجوع فيها لما قاله أئمتنا من أن حكم الوقف اللزوم في الحال إذا نجزه أو أطلق، لأنه يحمل عند الإطلاق على التنجيز، ولذا لا يصح عندنا الاستبدال في الوقف، ولا تتوقف صحته على قبول حيث كان على غير معين كالفقراء والمساكين أو على مسجد لتعذره منه، وأما على معين كزيد فإنه يشترط قبوله إن كان أهلاً للقبول أو وليه إن كان محجوراً، وإن لم يكن للموقف عليه الصغير أو المجنون ولي فيقيم له السلطان من يقبل له، فإن رد الموقوف عليه المعين الأهل ما وقفه الغير عليه في حياة الواقف أو بعد موته فإن الوقف يرجع حبساً للفقراء والمساكين.

(تنبيهات) الأول: فهم من قول المصنف: فهي على ما جعلها عليه أنه عين الجهة الموقوف عليها، ولم يعلم من كلامه حكم ما لو وقف داره ولم يعين الشيء الموقوف عليه، والحكم فيه الصحة لأنه لا يشترط تعيين مصرفه ويصرف في غالب ما تحبس عليه أهل البلد، قال خليل: ولا تعيين مصرفه وصرف في غالب وإلا فالفقراء. الثاني: يفهم من قول المصنف: فهي على ما جعلها عليه أنه يجب اتباع شرط الواقف وهو كذلك، قال خليل: واتبع شرطه إن جاز، قال بعض شراحه: وكذا إن كره كاشتراط وقفه على قراءة

حُبْسًا عَلَى وَلَدِهِ الصَّغِيرِ جَازَتْ حَيَازَتُهُ لَهُ إِلَى أَنْ يَتَلَعَّ وَلِيْكِرَهَا لَهُ وَلَا يَسْكُنُهَا فَإِنْ لَمْ يَدَعْ سَكْنَاهَا حَتَّى مَاتَ بَطَلَتْ وَإِنْ أَنْقَرَضَ مَنْ حُبَّسَتْ عَلَيْهِ رَجَعَتْ حُبْسًا عَلَى أَقْرَبِ النَّاسِ

سبع جماعة أو على ضحية في كل سنة عن الواقف بعد موته، ويحل وجوب اتباع شرطه عند الإمكان، فإن تعذر العمل بشرطه جازت مخالفته كاشتراط قراءة درس علم في محل ويخرب بحيث لا تمكن القراءة فيه أو يتعذر حضور الطالب أو غير ذلك، فإنه يجوز نقله في محل آخر وفعله كشرطه في وجوب الاتباع، مثال ذلك: أن يقرر مدرساً مالكيّاً يقرأ في مسجده ثم يموت فإنه لا يجوز للناظر بعده إن مات المالكي أن يقرر حنفياً أو شافعيّاً، وإنما يقرر مالكيّاً اتباعاً لفعل الواقف. الثالث: لا يشترط في الوقف عندنا التأييد وإن كان قول المصنف: فهي على ما جعلها عليه يوهم اشتراط التأييد وليس كذلك، خلافاً لابن عرفة في تعريفه للوقف حيث قال: إعطاء منفعة شيء مدة وجوده فإنه خلاف المعتمد وأنه بنى التعريف على الغالب، فلا ينافي أنه يصح الوقف مدة من الزمان ويصير الذي كان موقوفاً ملكاً كما نص عليه خليل وغيره، ويجوز عندنا لناظر الوقف بأن يفعل في الوقف كل ما كان قريباً لغرضه وإن خالف شرطه، كما لو وقف ماء على الغسل والوضوء فيجوز للناظر أن يمكن العطشان يشرب منه لأنه لو كان حياً لما منع من ذلك.

ثم بين شرط تمام وقف الدار ونحوها بقوله: (إن حيزت قبل موته) أو فلسه أو جنونه، فلو قال قبل كموته لشمّل بقية المانع من فلس أو جنون، ومفهوم كلامه أنه لو لم تحصل حيازة حتى مات الواقف أو فلس بطل الوقف، وحقيقة الحيازة رفع يد الواقف عن الوقف وتمكين الموقوف عليه من التصرف في الذات الموقوفة بما يجوز للموقوف عليه أو النخلية بين الشيء الموقوف وبين الناس في نحو المسجد والطاحون، وهذا إذا كان الموقوف عليه أجنبياً أو ولداً كبيراً ولو سفيهاً بناء على المشهور من اعتبار حيازته. (تنبيه) لم يذكر المصنف ما تثبت به الحيازة وفيه خلاف، قيل لا بد من شاهدين، وقيل يكفي الشاهد واليمين، قال الأجهوري، وهو المشهور: وصفة الشهادة أن يقول العدل عاينته تحت يد الموقوف عليه قبل حصول المانع للواقف، ولا يكفي إقرار الواقف بالحوز قبل حصول المانع (ولو كانت) الدار أو غيرها (حسباً على ولده الصغير) أو على يتيم في وصيته (جازت حيازته له) وتستمر (إلى أن يبلغ) فإن بلغ وجب أن يحوز لنفسه ولو سفيهاً على المشهور من اعتبار حيازته وهذا في الموقوف عليه الذكر، وأما الأنثى فيستمر الولي حائزاً لها ولو بلغت حتى يدخل بها الزوج وتشهد العدل على صلاح حالها، وهذا كله في الموقوف عليه الحر، وأما الرقيق فيحوز له سيده سواء كان الواقف أباً أو غيره. وأشار إلى شروط حيازة الولي للصغير بقوله: (وليكرها له ولا يسكنها) إذا كانت الدار الموقوف دار سكنى الواقف (فإن لم يدع) الواقف أي يترك (سكنها) بل استمر ساكناً فيها كلها أو جلها (حتى مات) أو فلس (بطلت) وقفيتها وترجع ميراثاً، وأما لو سكن الأقل وأكرى له الأكثر

بِالْمُحْبَسِ يَوْمَ الْمَرْجِعِ وَمَنْ أَعْمَرَ رَجُلًا حَيَاتَهُ دَارًا رَجَعَتْ بَعْدَ مَوْتِ السَّاكِنِ مِلْكَاً لِرَبِّهَا

لصح الوقف في جميعها، لأن الأقل يتبع الأكثر في الصحة والبطلان، وأما لو سكن النصف وأكرى النصف لبطل فيما سكن وصح فيما أكرى، هذا حكم وقف دار سكنه على ولده الصغير، وأما لو وقف دار سكنه على كبار ولده وسكن البعض فلا يبطل إلا ما سكن سواء كان قليلاً أو كثيراً، والهبة والصدقة مثل الوقف في جميع ذلك، قال في المدونة: ومن حبس على صغار ولده داراً أو وهبها لهم أو تصدق بها عليهم فذلك جائز وحوزه حوز لهم، إلا أن يكون ساكناً في كلها أو جلها حتى مات فيبطل جميعها وتورث على فرائض الله، وأما الدار الكبيرة ذات المساكن يسكن أقلها ويكرى لهم باقيها فذلك نافذ فيما سكن وفيما يسكن، وبقي من شروط حيازة الولي للصغير أن يكون قد أشهد الواقف على وقفه قبل حصول المانع، وأن تكون البينة عاينت الشيء الموقوف قبل حصول المانع أيضاً، ولا يكفي مجرد إقرار الواقف دون معاينة الذات الموقوفة، لأن المنازع للموقوف عليه بعد موت الواقف إما الورثة وإما الغرماء، والبينة إما تشهد على ما عاينته وأن تثبت أن الواقف كان يصرف جميع أو جل الغلة في مصالح المحجور، فلو صرفها في مصالح نفسه لم تصح الحيازة، قال خليل مستثناً في اشتراط الحوز الحسي: إلا لمحجوره إذا أشهد وصرف الغلة له ولم تكن دار سكنه. (تنبيه) لم يذكر المصنف حكم ما لو حيزت دار السكنى أو غيرها مما له غلة بعد وقفها ثم عاد الواقف لسكنها بعد حيازتها وفي ذلك تفضيل، فإن عاد بعد حوزها عاماً لم يبطل تحبيسها لحصول شهرة وقفيتها، وإن عاد لها قبل مضي عام من يوم التحبيس بطل تحبيسها، قال خليل: وبطل على معصية وحربي وكافر لكمسجد، أو على بنيه دون بناته، أو عاد لسكنى مسكنه قبل عام، أو جهل سبقه لدين إن كان على محجور أو على نفسه، أو على أن النظر له، أو لم يجره كبير وقف عليه ولو سفيهاً، أو ولي صغير، أو لم يخل بين الناس وبين كمسجد قبل فلسه وموته ومرضه إلا لمحجوره إذا أشهد وصرف الغلة له ولم تكن دار سكنه، أو على وارث بمرض موته إلا معقباً خرج من ثلثه فكميراث للوارث.

ثم شرع في بيان من ترجع له الذات الموقوفة بعد انقراض الموقوف عليه بقوله: (وإن انقرض) أي انقطع (من حبست عليه) الدار ونحوها على التأبيد أو مدة من الزمان ولم تنقض (رجعت حبساً على) فقراء (أقرب الناس بالمحبس يوم المرجع) قال خليل: روجع إن انقطع لأقرب فقراء عصابة المحبس، وامرأة لو رجلت عصبت ويستوي فيه الذكر والأنثى، ولو كان الواقف شرط في أصل وقفه للذكر مثل حظ الأنثيين لأن المرجع ليس فيه شرط، ولو لم يكن له يوم المرجع إلا ابنة واحدة لكان لها جميعه، وإن لم يوجد له قريب يوم المرجع فإنه يصرف للفقراء، والدليل على ذلك قوله ﷺ: «لا يقبل الله صدقة وذو رحم محتاج». وقوله ﷺ: «اجعلها في أقاربك». وظاهر كلام المصنف رجوعها لأقرب

وَكَذَلِكَ إِنْ أَعْمَرَ عَقِبَهُ فَأَنْقَرَضُوا بِخِلَافِ الْحُبْسِ فَإِنْ مَاتَ الْمُعْمِرُ يَوْمَئِذٍ كَانَتْ لِرِوَيْتِهِ يَوْمَ

فقراء عصابة المحبس ولو كان المحبس حياً وهو كذلك، ولا يدخل في الوقف ولو صار فقيراً لأن الإنسان لا يدخل في صدقة نفسه، كما لو وقف على أولاد أبيه لا يدخل هو فيهم، وكمن عزل زكاة ماله ولم يدفعها للفقراء حتى ضاع الأصل وصار فقيراً فإنه يجب عليه أن يدفع سهم الفقراء، لأنه لا يسقط عنه بضياع الأصل ولا يدخل فيه ولو صار فقيراً.

(تنبيهات) الأول: افهم قوله: من حبست عليه أن المحبس عليه جهة معينة كزيد وذريته، وأما لو كان نحو الفقراء من كل جهة لا تنقطع فلا يتأتى هذا الحكم، وأما لو كان الوقف على مسجد أو قنطرة وحصل فيهما انهدام فأشار إليه خليل بقوله: وفي كقنطرة لم يرج عودها في مثلها، وأما لو كان يرجى عودها فإنه يحبس لها. الثاني: إنما قلنا على التأييد أو مدة ولم تنقض للاحتراز عن الوقف مدة وانقضت فإنه يرجع ملكاً لواقفه إن كان حياً ولوارثه بعد موته. الثالث: علم مما قررنا أنه لا يشترط في الوقف التأييد خلافاً لظاهر كلام ابن عرفة في تعريفه، وكذا قال القرافي في الذخيرة: الوقف يتنوع إلى خمسة أنواع: منقطع الأول، منقطع الآخر، منقطع الطرفين، منقطع الوسط، منقطع الطرفين والوسط، فالأول: كالوقف على نفسه أو على معصية أو على ميت لا يتنفع ثم على الفقراء. والثاني: كالوقف على أولاده ثم على معصية. والثالث: كالوقف على نفسه ثم على أولاده ثم على ميت لا يتنفع. والرابع: كالوقف على أولادهم ثم على معصية ثم على الفقراء. والخامس: كالوقف على نفسه ثم على أولاده ثم على المحاربين في جهة معينة ثم على مدرسة معينة ثم على الكنيسة، والظاهر من مذهبنا أنه يبطل فيما لا يجوز الوقف عليه، ويصح إذا أمكن الوصول إليه، ولا يضر الانقطاع لأن الوقف نوع من التملك في المنافع أو الأعيان، فجاز أن يعم أو يخص كالعواري والهبات والوصايا، وقال الشافعي يمنع منقطع الابتداء وحده أو مع الانتهاء، وقال أبو حنيفة: يمنع منقطع الانتهاء، وقال أحمد: يمنع منقطع الانتهاء والوسط، هكذا في الذخيرة. ثم شرع في الكلام على العمرى بضم العين وسكون الميم وهي بالقصر مأخوذة من العمر لوقوعه ظرفاً لها، وعرفها ابن عرفة بقوله: هي تملك منفعة حياة المعطى بغير عوض إنشاء، فيخرج إعطاء الذات ويخرج بحياة المعطى الحبس والعارية والمعطى في كلامه بفتح الطاء، وأما تملك المنفعة حياة المعطى بالكسر فهي عارية حقيقة، وإن أطلق عليها لفظ العمرى فعلى جهة المجاز، ويخرج بقوله: بغير عوض الإجارة الفاسدة، ويخرج بإنشاء الحكم باستحقاق العمرى وحكمها النذب كالهبة والصدقة وهي من الأركان كالهبة وصيغتها أعمرتك وأسكنتك، وتجوز في الدور والرقيق وغيره من سائر الحيوانات والحلي والنياب فقال: (ومن أعمر رجلاً) أو امرأة (حياة داراً) أو غيرها لينتفع بسكنائها مدة عمره صح ذلك و (رجعت بعد موت الساكن ملكاً لربها) إن كان حياً (وكذلك) ترجع ملكاً لربها إن كان حياً (إن أعمرها عقبه) أي ذلك الرجل بأن قال: أعمرت



مَوْتِهِ مَلِكًا وَمَنْ مَاتَ مِنْ أَهْلِ الْحُبْسِ فَتَصِيْبُهُ عَلَى مَنْ بَقِيَ وَيُؤْتَرُ فِي الْحُبْسِ أَهْلُ الْحَاجَةِ

أولادك فقط (فانقرضوا) وكذلك لو أعمره وعقبه بأن قال: أعمرتك ووارثك فإنها تكون لوارثه بعد موته، وبعد انقراض وارثه ترجع ملكاً لربها، والصور ثلاثة: إعمارها فقط، عقبه فقط، إعمارها مع عقبه. (بخلاف الحبس) فإنه لا يرجع بعد موت المحبس عليه ملكاً لربه بل يستمر حبساً، قال خليل: ورجع إن انقطع لأقرب فقراء عصابة المحبس وامرأة لو رجلت لعصبت (فإن مات المعمر) بكسر الميم (يومئذ) أي يوم موت المعمر بفتح الميم أو مات العقب إن كان هو المعمر بفتح الميم. (كانت) أي الدار (لورثته) أي المعمر بكسر الميم (يوم موته) لا يوم المرجع إذا مات عن ابن رقيق أو كافر وأخ أو عم حر مسلم، ولم يمت المعمر بفتح الميم حتى عتق أو أسلم الابن فإنها تكون للأخ لا للابن لأنه لم يكن وارثاً حين موته، وقوله (ملكاً) بالنصب على الحال في الموضوعين من الضمير المستتر العائد على الدار لتأوله بمملوسة، أو على المفعول المطلق على حذف مضاف أي رجعت رجوع ملك.

(تنبيهان) الأول: قصد ببيان صفة رجوع العمري ملكاً الرد على من قال: المعقبة لا ترجع بعد انقراض العقب مطلقاً، أو على من قال: ترجع المعقبة مراجع الأعباس، وأما ما في الموطأ من قوله عليه الصلاة والسلام: «أيما رجل أعمر رجلاً عمري له ولعقبه» فإنها للذي يعطاها لا ترجع للذي أعطاها أبداً، لأنه أعطى عطاء وقعت فيه الموارثة، فلم يأخذ به مالك لأن عمل أهل المدينة على خلافه. الثاني: علم مما قررنا أن العمري لا تتقيد بالعقار، كما لا تتقيد بعمر المعمر بفتح الميم ولا بلفظ أعمرتك، فلو قال له: وهبت لك غلتها مدة عمرك كانت عمري. ثم شرع في بيان حكم الحبس بعد موت بعض من حبس عليه بقوله: (ومن مات من أهل الحبس) وهم الموقوف عليهم (فنصيبه) موزع (على من بقي) من الموقوف عليهم إذا كان الوقف على معينين كقوله: هذا وقف على أولاد فلان أو أولاد أولاده ولم يرتب، فإنه يقسم على الجميع عند وجودهم، ولا يمنع ولد الولد لوجود أصله لأنه لم يرتب، ولذا ينتقض القسم بحدوث ولد لأولاد الأولاد أو لأبائهم، كما ينتقض بموت واحد من الفريقين. والحاصل أن الفرع يدخل في الوقف مع وجود أصله ولو صغيراً في غير دور السكنى، وأما لو كان الموقوف بيوت سكنى فلا يستحق الولد الذكر مع أبيه إلا إذا تزوج، وأما الأنثى فلا تعطى لأنها في كفالة أبيها، وأما إذا قال: على أولاد فلان ثم على أولاد أولاده وهكذا، فإن من مات ينتقل نصيبه لولده ولا ينتقل لأخيه إلا إذا لم يكن له ولد ولا ولد ولد، ولو قال: الطبقة العليا تحجب السفلى لأن مراد الواقف بقوله: الطبقة العليا تحجب السفلى أن كل أصل يحجب فرع نفسه لا فرع غيره. (تنبيه) وإذا قسم على الموقوف عليهم المعينين فيعطى للغني والفقير والصغير والكبير، وتعطى الأنثى مثل الذكر لأن شأن العطايا التساوي إلا لشرط خلافه، فيعمل بالشرط إلا في مراجع

بِالسُّكْنَى وَالْعَلَّةِ وَمَنْ سَكَنَ فَلَا يَخْرُجُ لِغَيْرِهِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِي أَضْلِ الْحُبْسِ شَرْطٌ فَيَمُضَى

الأحباس فلا يعمل بالشرط، ويسوى بين الذكر والأنثى ولا يزداد الفقير على الغني، لأن الإيثار إنما هو في الوقف على من لا يحاط بهم كالفقراء كما سيأتي التنبيه عليه.

(تمتة تشتمل على مسائل حسان عزيزة الوجود)

(ملخصة من كلام علامة الزمان الأجهوري رحمه الله وغيره)

منها: لو كان الموقوف غلة ثمرة ثم يموت بعض أهل الحبس قبل أخذ الثمرة ففي استحقاقه منها وعدم استحقاقه تفصيل محصله: إن كان الموت بعد طيب الثمرة فحظ الميت لورثته اتفاقاً، وإن كان قبل إبارها فلا شيء لوارثه اتفاقاً، وإن كان بعد الإبار وقبل الطيب فخمسة أقوال الذي رجح إليه مالك منها: أن تكون لمن بقي من أهل الحبس وهذا في الوقف على معينين، وأما لو كان على مثل بني زهرة أو الفقراء فلا يستحق منه أحد شيئاً إلا من كان موجوداً حين القسمة، وكل من مات أو غاب قبلها غيبة انقطاع لا يعطى وارثه شيئاً، وأما من غاب ليرجع سريعاً فيوقف له نصيبه على ما يظهر، ومنها الحبس على قوم للاغتلال كالذور والحيوانات ويريدون قسمته فهل يمكنون من ذلك أم لا؟ والحكم فيه أنه تجوز قسمته بتراضيهم قسمة انتفاع أو اغتلال بشرط اتفاقهم على نقض القسمة عند وجود ما يقتضي نقضها من زيادة عدد الموقوف عليهم أو نقصهم، ولا يجوز تراضيهم على قسمه ذاته، ومنها الوقف على نحو إمام أو مؤذن أو مدرس إذا أدخل واحد منهم بشيء من العمل المطلوب منه شرعاً، كالإمام يترك الإمامة مدة ولم يقم نائباً، أو المؤذن أو المدرس ثم يموت أو يعزل أو يستمر فهل يستحق شيئاً زمن إخلاله ويعطى ما يقابل عمله أو لا يعطى شيئاً؟ اختلف رأي القوم في ذلك، فالذي ارتضاه الوانشريسي أنه يستحق كل واحد بقدر عمله، والذي ارتضاه القرافي أنه لا يستحق شيئاً من المعلوم ولا في نظير ما عمل لأنه لم يصدق عليه أنه عمل ما طلب منه، والذي يظهر لي الأول لأنه كالأجير يتبعض له العوض بتبعيض المنفعة، وسواء كان الموقف خراجياً أو هلالياً، ويدل لما قلناه أيضاً فتوى بعض فضلاء المالكية والشافعية بأن من تقرر في وظيفة ثم مات أو عزل فإن له أو لمورثه بقدر ما باشر، ولا يعطى المقرر بعده إلا من يوم مباشرته لا من يوم تقديره السابق على مباشرته، وأما نحو القراءة في سبع أو أجزاء يقصر الواحد منهم أحياناً أو يموت، فإن كانوا معينين فهم كالأجزاء لكل واحد أو وارثه بقدر عمله وإلا لم يعط شيئاً والله أعلم. ثم شرع في بيان صفة قسم المقصود من الوقف بقوله: (و) يجب على متولي أمر الوقف على غير معين أن (يؤثر في) قسم (الحبس أهل الحاجة) والعيال على غيرهم (بالسكنى والغلة) قال خليل: وعلى من لا يحاط بهم أو على قوم وأعقابهم أو على كولده ولم يعينهم فضل المولى أهل الحاجة والعيال في غلة وسكنى باجتهاده، لأن قصد الواقف الإرفاق والإحسان

بالموقوف عليهم وسد خلتهم، فإن استوا في الفقر أو الغنى فإنه يؤثر الأقرب على غيره، وأما لو كان الوقف على معينين فإنه يسوى بين الجميع، ولا يفضل فقيراً على غني، ولا أنثى على ذكر، ولا صغيراً على كبير، ويعطى منه الحاضر والغائب، بخلاف على نحو الفقراء فإنه يعطى منه الحاضر لا الغائب وقت القسمة كما قدمنا.

(تنبيهان) الأول: لم يبين المصنف معنى الإيثار على معناه التفضيل والزيادة على غيره، أو معناه التقديم على غيره، فمن الشيوخ من فسره بالأول، ومنهم من فسره بالثاني، قال الأجهوري وهو الأحسن: بخلاف الإيثار في الوصايا فإنه بالزيادة لا بالتقديم، ووجه الفرق أنه لو كان في الوصايا لفات غرض الموصي بسبب حرمان الباقي بخلاف الوقف فإنه مستمر، وهذا يفهم من قول ابن رشد: المبدأ في الحبس أهل الحاجة على الأغنياء في السكنى والغلة، فلا سكنى للأغنياء معهم إلا أن يفضل عنهم شيء. الثاني: لم يبين المصنف حكم الإيثار وحملناه على الإيجاب لأنه المتبادر من غرض الواقف عند فقد شرطه، ولا شك أن إيثار المحتاج موافق لغرضه، ولما كان يتوهم من وجوب الإيثار حتى في السكنى خروج من سكن فقيراً ثم استغنى. (فلا يخرج لغيره) من الفقراء أو ذوي العيال (إلا أن يكون في أصل الحبس شرط) بإخراج من استغنى (فيمضي) شرطه ويعمل به، قال خليل: ولم يخرج ساكن لغيره إلا لشرط أو سفر انقطاع أو بعيد، وهو الذي يظن فيه عدم رجوع صاحبه، بخلاف من سافر ليرجع فإنه يبقى على حقه فله أن يكرى محله إلى أن يعود، ومجهول الحال يحمل على العود حتى يحصل اليأس من عوده، هذا حكم الوقف على قوم محصورين كالمغاربة مثلاً، أو على ذرية فلان الفقراء، وأما الوقف على قوم موصوفين بوصف كالوقف على الفقراء، أو على طلبة العلم، أو على المشتغل بقراءة العلم، أو على الملازم للمجاورة في الأزهر ثم سكن واحد بوصفه وزال وصفه، فإنه يخرج لغيره ممن هو متصف بذلك الوصف.

(تنبيهان) الأول: لم يذكر المصنف حكم أولاد المقسوم عليهم، والحكم أن من سكن من أهل الحبس ومعه ولده فإن كان غير ممكن الانفراد عن أبيه فلا يستحق شيئاً، وإن بلغ وقوي على الانفراد ولم يسكن كالكبير، وإن لم يكن يتزوج حيث ضاق عنه مسكن أبيه، وأما الإناث فلا مسكن لهن لأنهن في كفالة الأب. الثاني: أقام الشيخ أبو الحسن المغربي من قول المدونة في هذه المسألة: من مات وغاب غيبة انتقال استحق الحاضر مكانه، وأما من سافر ليرجع فهو على حقه، أن من جلس بموضع من المسجد في الصف الأول وقام يجدد الوضوء أو يفعل شيئاً سواه ويعود إلى محله بالقرب فإنه أحق به، ومن هذا المعنى قيام الطالب من درس العلم لحاجة ويعود إلى محله فلا يسقط حقه، ولا يجوز

وَلَا يَبِيعُ الْحُبْسُ وَإِنْ خَرِبَ وَيَبِيعُ الْفَرَسُ الْحُبْسُ يُكَلَّبُ وَيُجْعَلُ ثَمَنُهُ فِي مِثْلِهِ أَوْ يَعَانُ بِهِ

لغيره الجلوس فيه حيث كان لكل واحد مكان معلوم، ويقاس عليه كل من سبق إلى محل مباح كطريق أو جلوس باعة في سوق وأخذ ماء من بئر مباح. ثم شرع في بيان ما يجوز بيعه وما لا يجوز من الوقف بقوله: (ولا) يجوز بمعنى يحرم أن (يباع) العقار (الحبس وإن خرب) بحيث صار لا ينتفع به ولو لم يرج عوده، قال مالك رضي الله عنه: لا يباع العقار الحبس ولو خرب، وبقاء أحباس السلف دائرة دليل على منع ذلك، وعند بعضهم يجوز بيعه إن كان في بقائه ضرر ولا يرجى عوده، وحكى على ذلك الاتفاق ولا شك في مخالفته لما قاله الإمام، ولعل وجه كلامه رضي الله عنه لما يلزم عليه من التطرق إلى بيع الأوقاف بدعوى الخراب، والإمام بنى مذهبه على سد الذرائع، وكما لا يجوز بيع العقار الحبس لا يجوز بيع أنقاضه: (تنبيه) كلام المصنف مقيد بما إذا لم يكن الواقف شرط للموقوف عليه بيعه وإلا جاز، سواء قيد ذلك بالحاجة أم لا، كما لو شرط الواقف لنفسه بيعه فيجوز له بيعه عملاً بالشرط قياساً على شرط الرجوع في صدقته، وكذا يجوز بيع الوقف لتوسعة مسجد الجمعة، قال خليل: إلا لتوسع كمسجد ويؤجر أو يشتري بثمنه ما يجعل حسباً كالأول، ومثل توسعة المسجد توسعة طريق المسلمين ومقبرتهم، لأن نفع المسجد والمقبرة والطريق أكثر من نفع الوقف فهو قريب لغرض الواقف، وأيضاً يستبدل بالثمن خلافه، فإن امتنع البائعون من جعل الثمن في مثله لا يقضى عليهم بذلك على المعتمد، واختلال أمر الوقف يحل بيعه، وهذا غير مناف لجبرهم على البيع كما قاله مالك رضي الله عنه في الدور التي كانت حول مسجده ﷺ وهي محبسة فإنها اشترت وزيدت فيه، وقيدنا بمسجد الجمعة لإخراج غيره، فلا يباع الوقف لتوسعته كما لا يباع لتوسعة نحو الميضأة، وأشار إلى ما يجوز بيعه بقوله: (و) يجوز أن (يباع الفرس الحبس يكلب) بفتح المثناة التحتية واللام والكلب فقد الإلهام، لأنه إذا أصاب الفرس لا يأكل ولا يشرب وتحمر عيناه ويعض كل من يقرب إليه، ومثل الكلب الهرم والمرض، ومثل الفرس الكلب على ما تعلقت منفعته المقصودة كالكبيرة من الإناث الموقوفة لنسلها أو لعملها، والزائد من الذكور على ما يحتاج إليه في الغزو. (و) إذا بيع الفرس الكلب وما ذكرناه فإنه يجب أن (يجعل ثمنه في مثله) مما ينتفع به كالنفع الذي كان في المباع إذا بلغ ثمنه ثمن شيء مماثل للأول. (أو) يعان به فيه) أي في شراء مثله، قال خليل: وبيع ما لا ينتفع به من غير عقار في مثله أو شقصه كان أتلف، وفضل الذكور وما كبر من الإناث في إناث، فإن لم يبلغ ثمن ما بيع ثمن شيء كامل وإلا أمكن الإعانة به في شقصه فإنه يتصدق به على الجهة الموقوفة عليها، فثمن الفرس يفرق على المجاهدين، وثمان الحيوان على من وقف عليه، وثمان الثوب الخلق على العراة. (تنبيه) تلخص مما ذكرنا أنه يجوز بيع الأعيان الموقوفة غير العقار إذا تعطل المقصود منها، لا فرق بين الحيوان والثياب، سواء كان الحيوان يعلف من بيت

فِيهِ وَأَخْتَلَفَ فِي الْمَعَاوِضَةِ بِالرَّبْعِ الْخَرِبِ بِرَبْعٍ غَيْرِ خَرِبٍ وَالرَّهْنُ جَائِزٌ وَلَا يَتِمُّ إِلَّا

المال أو يرمى في المرح حرصاً على الوفاء بغرض الواقف ويقاؤه معطل الانتفاع مفوت له .  
(واختلف في) حكم (المعاوضة) أي المبادلة (بالربع الخرب بربع غير خرب) ولو كان  
جديداً فالذي عليه ابن القاسم وهو المعتمد عدم الجواز، قال خليل عاطفاً على  
ما لا يجوز: لا عقار وإن خرب ونقض ولو بغير خرب، أي لا يجوز بيع أنقاض الوقف  
ولا إبدال الربع الخرب بالربع غير الخرب والجواز لربيعة، ونقل مثله عن مالك رضي الله  
عنه، ولكن قد علمت أن المعتمد المنع فالقول بالجواز ضعيف .

(خاتمة تشتمل على مسائل حسان)

منها: أن الذات الموقوفة باقية على ملك الواقف وإن كان ممنوعاً من التصرف فيها  
بالبيع ونحوه، وليس للموقوف عليه إلا المنفعة المعطاة من غلة أو عمل لما تقدم من أن  
الوقف هو إعطاء المنفعة فليس الوقف من باب الإسقاط، بخلاف العتق والصدقة، قال  
خليل: والملك للواقف وظاهره حتى في المساجد وقيل إلا في المساجد لقوله تعالى:  
﴿وَأَنَّ الْمَسَاجِدَ لِلَّهِ﴾ [الجن: ١٨] ولكن الراجح الأول، وفائدة ذلك مع منعه من التصرف فيه  
أن له ولوارثه منع من يريد إصلاحه. ومنها: أنه إذا أكرى بدون أجره المثل يفسخ كراؤه  
لمن يريد أن يأخذه بأكثر، وأما لو أكرى بأجرة المثل زمن العقد فلا يفسخ كراؤه لأجل  
زيادة عليها. ومنها: أن إجارة المدة الطويلة إن وقعت من ناظره الذي ليس من الموقوف  
عليهم فصحيحة لعدم انفساخها بموته، سواء كان على معينين أو غيرهم، وإن كانت  
الإجارة من بعض المستحقين، فإن كانوا معينين فيجوز كراؤها لغير من مرجعها له نحو  
السنين والثلاثة، ولمن مرجعها له العشر سواء كانت ترجع له بملك أو تحبب هذا حكم  
الأرض، وأما الدور الموقوفة فلا يجوز أن تكرر أكثر من عام، وهذا كله حيث لا شرط  
من الواقف بخلاف ذلك، وإلا أتبع شرطه حيث لا ضرورة تدعو إلى مخالفته وإلا جازت  
مخالفته، فقد أفتى بعض أكابر أهل الغرب بجواز كراء دار محبسة على الفقراء وتخربت ولم  
يوجد ما تعمر به السنين الكثيرة بشرط إصلاحها من كرائها وأبى أن يسمح ببيعها ولم ينكر  
عليه أحد من أهل عصره.

ولما كان بين الرهن والوقف مناسبة من جهة توقف التمام على الحيابة ذكره عقبه  
فقال: (والرهن) لغة اللزوم والحبس وشرعاً قال ابن عرفة: مال قبض توثقاً به في دين، فلا  
يصح في معين ولا في منفعة العين، وعرفه خليل بالمعنى المصدرى بقوله: الرهن بذل من  
له البيع ما يباع أو غرراً ولو اشترط في العقد وثيقة بحق، ومعنى التوثق بالرهن بيعه في  
الدين إذا عجز من هو عليه عن وفائه، وبين المصنف حكمه بقوله: (جائز) حضراً وسفراً  
عند مالك وأكثر العلماء لقوله تعالى: ﴿وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان

بِالْحَيَاةِ وَلَا تَنْفَعُ الشَّهَادَةُ فِي حَيَاتِهِ إِلَّا بِمُعَايِنَةِ الْبَيْتَةِ وَضَمَانُ الرَّهْنِ مِنَ الْمُرْتَهِنِ فِيمَا

مقبوضة ﴿ [البقرة: ٢٨٣] ولما في الصحيحين من حديث عائشة: «أن النبي ﷺ اشترى طعاماً من يهودي إلى أجل ورهنه درعاً من حديد» وفي البخاري أيضاً: «أنه عليه الصلاة والسلام توفي وله درع مرهونة عند يهودي بثلاثين صاعاً من شعير». ولا حجة لمن خص الجواز بالسفر دون الحضر مستدلاً بظاهر آية: ﴿وإن كنتم على سفر﴾ [البقرة: ٢٨٣] لأنه إنما خص السفر لعدم وجود الكاتب الذي هو البيئة فيه، واعلم أن للرهن أربعة أركان: الراهن وهو دافع الرهن، والمرتهن وهو القابض له وشرطهما التأهل للبيع صحة ولزوماً، فيصح من المميز ولو صيباً أو سفياً ويلزم من المكلف الرشيد، والثالث: الشيء المرهون وشرطه أن يكون مما يمكن أن يستوفى الدين منه أو من ثمن منافعه، فيدخل رهن الشيء المعار للرهن والدين ووثيقته، لجواز بيعها وبيع ما فيها من الدين، لكن صحة رهن الدين مشروطة بكون أجله مثل أجل الدين المرهون فيه أو أبعد منه، لا إن كان يحل قبل المرهون فيه فإنه لا يجوز لأدائه إلى البيع والسلف وهو انتفاعه به في بقية الأجل، ويدخل رهن الشيء المغصوب من غاصبه، ويكفي في الصحة العزم على الرد، وينتقل من ضمان العزاء إلى ضمان الرهن، ويدخل رهن الأبق والشارد لخفة غرهما، بخلاف ما اشد غرره أو حرم تملكه كالخمر والخنزير وجلد الميتة فلا يصح شيء منها. الرابع: المرهون فيه وشرطه أن يكون ديناً في الذمة يمكن استيفائه من الرهن، فلا يصح الرهن في معين ولا في منفعة لاستحالة استيفاء الدافع العينة أو منفعتها من ذات ثمر الرهن، وأن يكون ذلك الدين لازماً أو صائراً إلى اللزوم، كالجعل بعد العمل لا ككتابة وجعل قبل العمل.

(تنبيه) لم يذكر المصنف صيغة الرهن، وذكر العلامة خليل الخلاف فيها بقوله: ففي افتقار الرهن للفظ مصرح به تأويلان مفرعان على تأويلين فيما لو قال الراهن للمرتهن: أنفق على الرهن ونفقت في الرهن هل يكون رهناً فيها بناء على افتقاره للفظ مصرح به أو لا يكون رهناً بناء على افتقاره للفظ مصرح به، وعلى الأول ابن يونس والثاني ابن رشد وابن شبلون. (ولا يتم) الرهن بحيث يختص به مرتنه دون بقية الغرماء (إلا بالحياة) قبل حصول المانع من موت أو فلس، قال خليل: وبطل بموت راهنه أو فلسه قبل حوزة ولو جد فيه، بخلاف الهبة والصدقة فإن الجهد فيهما بمنزلة حوزهما، لأن الرهن لم يخرج عن ملك راهنه بخلافهما. (تنبيه) لو امتنع الراهن من وضع الرهن تحت يد المرتهن وطلب وضعه عند أمين فالقول قوله كعكسه وإن اختلفا في الأمين فإنه ينظر الحاكم. ثم شرع في بيان ما يكفي وما لا يكفي من الحياة بقوله: (ولا تنفع الشهادة في) أي على مجرد (حياته) بل لا تعتبر الحياة (إلا بمعاينة البيئة) لحوز المرتهن له قبل حصول المانع للراهن، وقيل لا بد من شهادة البيئة على التحويز وهو شهادتها على معاينة تسليم الراهن للمرتهن، وفي المدونة ما يدل للقولين، قال خليل: وهل تكفي بيئة على الحوز قبله وبه عمل أو التحويز وفيها دليلهما.

يُغَابُ عَلَيْهِ وَلَا يَضْمَنُ مَا لَا يُغَابُ عَلَيْهِ وَتَمَرَّةُ النَّخْلِ الرَّهْنُ لِلرَّاهِنِ وَكَذَلِكَ غَلَّةُ الدُّورِ

(تنبيهات) الأول: علم مما ذكر من اشتراط الشهادة على الحيابة قبل المانع أو على التحويز، أنه لو وجدت سلعة للمديان بيد صاحب الدين بعد موت المديان أو فلسه وادعى أنها رهن عنده وحازها قبل حصول المانع من غير إقامة بينة لم يصدق، قال خليل: والحوز بعد مانعه لا يفيد ولو شهد الأمين، لأن المراد ودعوى الحوز بعد مانعه لا تفيد، ولا بد من بينة تشهد على الحوز قبل المانع، أو تشهد على التحويز الذي هو أخص من الحوز. الثاني: لم يذكر المصنف البينة الشاهدة على الحوز، وفي بعض شراح خليل: أن المراد بالبينة هنا ولو الواحد مع اليمين لأنها شهادة على مال، ولم يذكر كخليل حكم ما لو شهد عدلان على الحوز قبل المانع وشهد عدلان على عدم الحوز، ونص بعض شراح خليل على العمل بالشهادة بالحوز لأنها مثبتة وتلك نافية، والمثبتة تقدم على النافية. الثالث: لم يذكر المصنف حكم ما لو طلب صاحب الدين قبض الرهن وامتنع الراهن من دفعه، وذكر خليل أنه يجبر على دفعه إن كان معيناً ومشترطاً في صلب عقد المعاملة وإلاً لزمه رهن ثقة، ونصه: وأجبر عليه إن شرط بيع وعين وإلاً فرهن ثقة، والمراد بالرهن الثقة ما فيه وفاء للدين. ثم شرع في الكلام على ضمان الرهن بقوله: (و ضمان الرهن) إذا عرض له تلف أو ضياع (من المرتهن فيما يغاب عليه) بشروط ثلاثة، أحدها: ما أشار إليه بقوله: فيما يغاب عليه أي يمكن إخفاؤه كحلي أو ثياب وسفينة في حال جريها. ثانيها: أن يكون بيده لا إن كان بيد أمين. ثالثها: أن لا تشهد بينة للمرتهن على التلف أو الضياع بغير سببه وغير تفريطه، قال خليل: وضمنه مرتهن إن كان بيده مما يغاب عليه ولم تشهد بينة بكحرقة ولو شرط البراءة أو علم احتراق محله إلا ببقاء بعضه محرقاً، وصرح بمفهوم يغاب عليه بقوله: (ولا يضمن) المرتهن (ما لا يغاب عليه) كالحيوان ولو طيراً وكالعقار والزرع والثمار قبل الحصاد والقطع، وكسفينة في مرساة إلا أن يظهر كذبه فيما ادعاه من تلف أو ضياع، والدليل على التفرقة بين ما يغاب عليه فيضمنه المرتهن وغيره لا يضمنه العمل الذي لا اختلاف فيه، ولأن الرهن لم يؤخذ لمنفعة ربه فقط حتى يكون كالوديعة، ولا لمنفعة الآخذ فقط حتى يكون كالعرض، بل أخذ شبهاً من كل منهما فتوسط فيه.

(تنبيهان) الأول: لم يذكر المصنف ما الذي يضمنه إن ضمنه وهو قيمته يوم قبضه إن كان مقوماً، ومثله إن كان مثلياً لكن بعد حلفه ولو غير متهم إن تلف بلا دلالة عند دعوى التلف، أو أنه ضاع عند دعوى الضياع، وإنما حلف مع غرم قيمته مخافة إخفاؤه، وإذا لزمه اليمين مع الضمان فمع عدمه أولى، فقول خليل: وحلف فيما يغاب عليه أنه تلف بلا دلالة، ولا يعلم موضعه نص على المتوهم. الثاني: لم يذكر المصنف غاية ضمان الرهن، وبينها خليل بقوله: واستمر ضمانه إن قبض الدين أو وهب إلا أن يحضره لربه أو يدعوه لأخذه فيقول اتركه، فإن أحضره بعد براءته من الدين ولم يقبضه حتى ضاع فمصيبته من

وَالْوَلَدُ رَهْنٌ مَعَ الْأَمَةِ الرَّهْنِ تَلِدُهُ بَعْدَ الرَّهْنِ وَلَا يَكُونُ مَالُ الْعَبْدِ رَهْنًا إِلَّا بِشَرْطٍ وَمَا

ربه، سواء قال له: اتركه عندك أم لا، أو دعاه لأخذه فقال له: اتركه عندك فضاع فضمانه من ربه، لأنه صار في الحاليتين كالوديعة والوديعة مصيبتها بعد ضياعها من ربه. ثم شرع في بيان مستحق غلة الرهن بقوله: (وثمره النخل الرهن) باقية (للراهن) ولو كانت موجودة يوم عقد الرهنية.

(وكذلك) أي مثل ثمره الرهن (غلة الدور) للراهن وكذا كراء نحو العبد أو الدابة، وهذا كله حيث لم يشترط إدخال ما ذكر في الرهن وإلا دخل، ولما كان ولد الرهن مخالفاً لغلته قال: (والولد رهن مع الأمة الرهن تلده بعد الرهن) ومثل الأمة سائر الحيوان المرهون، قال في المدونة: ومن رهن أمة حاملاً كان ما في بطنها وما تلد بعد ذلك رهناً معها، ولو شرط عدم دخوله في الرهنية لا يعمل به لأنه شرط مناقض، وكذلك نتاج الحيوان، ومثل الولد في الدخول في الرهنية الصوف التام، قال خليل: واندرج صوف تم وجنين وفرخ نخل لا غلة وثمره، والفرق بين الصوف والثمرة أن الصوف التام سلعة مستقلة، فالسكوت عنه وقت الرهنية دليل على إدخاله في الرهنية. (تنبيه) المراد بقول المصنف: تلده تحمل به، لأن المراد تضعه لدخول الجنين يوم الرهنية، وإنما احتز بقوله تلده بعد الرهنية عن الذي انفصل عنها قبل الرهنية فلا يدخل، ومثل الغلة والثمرة في عدم الدخول مال العبد وإليه الإشارة بقوله: (ولا يكون مال العبد المرهون رهناً) معه (إلا بشرط) دخوله في الرهن فيدخل لقول المدونة: ولا يكون مال العبد رهناً إلا أن يشترطه المرتهن، كان ماله معلوماً أو مجهولاً، ومثل مال العبد بيض الطير لا يدخل في الرهن إلا بالشرط. (تنبيه) علم مما سبق أن منفعة الرهن للراهن لأنه باق على ملكه، ويجوز للمرتهن أن يشترط أخذها، قال خليل: وجاز شرط منفعته إن عينت ببيع لا قرض، واشترطها فيه تفصيل، لأنه تارة يشترط المرتهن أخذها مجاناً، وتارة يشترط أخذها لتحسب من الدين، فإن اشترطت لتحسب من الدين فإنما يجوز إذا دخلا على أن ما بقي من الدين بعد فراغ الأجل يدفعه أو يتركه له الراهن، وأما إن كان على أن يوفيه له من المنفعة أو يدفع عنه شيئاً مؤجلاً فلا يجوز لما فيه من فسخ ما في الذمة في مؤخر، وأما إن اشترط أخذها مجاناً فإنه يجوز إن اشترط في صلب عقد البيع وعينت مدتها، فإن تطوع بها بعد العقد امتنع لأنه هدية مديان، كما يمتنع أخذها مجاناً في دين القرض لما فيه من سلف جر نفعاً، سواء اشترط في عقده أو تطوع بها، وهذا كله في غلة غير ثمرة لم يبد صلاحها، وأما الثمرة التي لم يبد صلاحها فلا يجوز اشتراطها إلا مجاناً ولا في الدين، لما فيه من بيع الثمرة قبل بدو صلاحها، وأما لو بدا صلاحها فإنه يجوز اشتراطها في عقد البيع والإجارة، إلا أن يكون المبيع طعاماً والمؤجر أرضاً لزراعة فلا يجوز اشتراطها لا مجاناً لأنه هدية مديان، ولا من الدين لأنه من اقتضاء طعام عن ثمن الطعام، واقتضاء طعام عن أجره الزراعة، والكل



هَلَكَ بِيَدِ أَمِينٍ فَهُوَ مِنَ الرَّاهِنِ وَالْعَارِيَةُ مُؤَدَّاةٌ يَضْمَنُ مَا يُغَابُ عَلَيْهِ وَلَا يَضْمَنُ مَا لَا يُغَابُ عَلَيْهِ

حرام، ولما قدمنا أن شرط ضمان الرهن كونه بيد المرتهن ذكر محترزه بقوله: (وما هلك) من الرهن الذي يغاب عليه (بيد أمين فهو من الراهن) كضمانه ما لا يغاب عليه ولو تلف تحت يد المرتهن، أو يغاب عليه ولكن شهدت بينه بتلفه أو ضياعه.

(خاتمة تشتمل على مسائل لها تعلق بالباب)

منها: إذا ادعى المرتهن رد الراهن إلى الرهن وقبض ديتة وأنكر الراهن الرد فالقول قول الراهن، إن كان مما يغاب عليه قبضه بينة أم لا، وإن كان مما لا يغاب عليه فالقول قول المرتهن إلا أن يكون قبضه بينة، قاله ابن رشد ونقله صاحب النوادر وظاهره قبض الدين أم لا، والحاصل أن دعوى المرتهن رد الرهن كدعوى المستعير رد العارية، وإن ادعى كل رد ما لم يضمن فالقول قوله ما لم يكن قبضه بينة، فلا يقبل قوله كدعواه رد ما يضمنه لكونه مما يغاب عليه. ومنها: لو ادعى حائز عبد رهن مملوكين لغيره أنهما رهن وقال ربهما بل أحدهما صدق، بخلاف لو ادعى حائز عبد رهن جميعه وقال ربه بل نصفه صدق حائزه، وقال ابن عرفة: الأظهر أنه كالأول ومنها: لو أتى المرتهن بشيء وادعى أنه الرهن وقال الراهن: بل هو غيره فالقول قول المرتهن لأنه ائتمنه على عينه ولم يشهد على ذلك، قاله في الإرشاد وغيره. ولما انقضى الكلام على ما تيسر من أحكام الرهن، شرع في تاليه في الترجمة وهو سادس الأبواب وهو باب العارية بقوله: (والعارية) بتشديد الياء على المشهور وحكي تخفيفها اسم مصدر والمصدر إعارة، لأن الفعل أعار، والمراد هنا الشيء المعار، وحقيقة العارية الشرعية كما قال ابن عرفة: تملك منفعة مؤقتة لا بعوض، فيخرج تملك الذات وتمليك الانتفاع، لأن العارية فيها تملك المنفعة وهو أخص من الانتفاع، وقوله: مؤقتة حقيقة أو حكماً لتدخل المعتادة عند الإطلاق لإخراج تملك السيد عبده منفعة سيده فليست بعارية وإخراج الجبس فإن الغالب فيه التأييد، وأما بالمعنى الاسمي وهو مراد المؤلف بقوله: والعارية الخ فهي مال ذو منفعة مؤقتة ملكت بغير عوض كما يدل عليه قوله: (مؤداة) أي مضمونة، وقيل مردودة لخبر: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه». واعلم أن الكلام على العارية من وجوه: الأول في حكمها وهو النذب هذا حكمها الأصلي لأنها إحسان، وتتأكد في الأقارب والجيران والأصحاب، وقد يعرض لها الوجوب لمن معه شيء مستغنى عنه وطلبه من يخشى عليه الهلال بتركه، ككساء في زمن شدة برد، والحرمة إذا كانت تعين على معصية، والكراهة إذا كانت تعين على فعل مكروه، والإباحة إذا أعان بها غنياً، دل على الإذن فيها الكتاب والسنة وإجماع الأمة، أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿وافعلوا الخير﴾ [الحج: ٧٧].

وأما السنة فما في الصحيحين من «أن رسول الله ﷺ استعار فرساً من أبي طلحة

واستعار من صفوان بن أمية درعه يوم حنين فقال له: أغضب يا محمد؟ قال: بل عارية مضمونة». وفي أبي داود والترمذي وابن ماجه من حديث أمانة قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «العارية مؤداة والمنحة مردودة والدين مقضى والزعيم غارم». قال الترمذي: حسن صحيح، والمنحة الشاة أو نحوها تعار لأخذ لبنها. وأما الإجماع فقد حكاه شيوخ المذهب. الثاني: من الوجوه من أركانها الأربعة المعير وشرطه أن يكون من أهل التبرع ومالكاً للمنفعة التي يريد الإعانة بها ولو بإجارة أو استعارة، لأن للمعير أن يعير إن لم يحجر عليه المعير له ولو بلسان الحال، كأنه يفهم منه أن لا يسمح بإعارتها لغير هذا المستعير، والمستعير وشرطه أن يكون ممن يجوز شرعاً انتفاعه بالعارية، فلا تصح إعارة المصحف للكافر، أو الغلام المسلم لخدمة الكافر، والشيء المعار وشرطه أن يكون يمكن الانتفاع به مع بقاء ذاته كالكتاب والثوب والبيت، بخلاف الطعام والنقد فلا يعاران لأنهما يستهلكان عند الانتفاع بهما وإنما يقرضان، وأن تكون منفعته مباحة للمستعير، فلا تعار الأمة أو الزوجة للاستمتاع بهما، ولا الأمة لخدمة بالغ غير محرم، أو لمن تعتق عليه لأن الخدمة فرع الملك، وملكها لا يستقر لمن تعتق عليه، وإن أعيرت الأمة أو العبد لمن يعتقان عليه لم تصح العارية ويملكان خدمتهما تلك المدة، ولا يملكها السيد ولا المستعير، وما به العارية وهي الصيغة من قول أو فعل تفهم منه العارية، ثم إن قيدت بزم فلا إشكال في لزومها لأنها معروف وهو يلزم بالقول وإن لم تقيد بزم، فاللازم ما تعار لمثله، قال خليل: ولزمت المقيدة بعمل أو أجل لانقضائه وإلا فالمعتادة، ولما كان يتوهم من قوله: مؤداة بمعنى مضمونة ضمانها مطلقاً والواقع ليس كذلك قال: (يضمن) المستعير من أنواع العارية (ما يغاب عليه) أي يمكن إخفاؤه كالحلي والكتاب والثياب والسفينة السائرة إذا ادعى تلف أو ضياع شيء من ذلك فإنه يضمنه، إلا أن تشهد له بينة على ما يدعيه من تلف أو ضياع فلا ضمان عليه، قال خليل: وضمن المغيب عليه إلا لبينة، وهل وإن شرط نفيه تردد، واستظهر بعض الشيوخ نفي الضمان، لأن الإعارة معروف وإسقاط الضمان معروف ثان، ومثل قيام البينة لو علم أن التلف بغير سببه كسوس في ثوب أو قرض فأر لكن بعد يمينه أنه ما فرط.

(تنبيهان) الأول: إذا وجب على المستعير ضمان العارية فإنه يضمن قيمتها يوم انقضاء أجل العارية على ما ينقصها الاستعمال المأذون فيه بعد الحلف، لقد ضاعت ضياعاً لا يقدر معه على ردها لأنه يتهم على إخفائها رغبة في أخذها بقيمتها، فإن استعملها في غير المأذون فيه فنقصت به أكثر من نقصها بالمأذون فيه فإنه يغرّم قيمتها مع مراعاة نقصها بالمأذون فيه. الثاني: إذا غرم المستعير القيمة ثم وجدت بعد ذلك عند اللص فإنها تكون حقاً للمستعير لأنه ملكها لغرم قيمتها، ومثل المستعير الحياك والخياط والصباغ يدعون

مِنْ عَبْدٍ أَوْ دَابَّةٍ إِلَّا أَنْ يَتَّعَدَى وَالْمُودَعُ إِنْ قَالَ رَدَدْتُ الْوَدِيعَةَ إِلَيْكَ صُدِّقَ إِلَّا أَنْ يَكُونَ

الضياح ويغرمون قيمة ما ضاع ثم يوجد فإنه يكون حقاً لهم، وأما لو وجد عندهم فإنه يكون لصاحبه كالغاصب يدعي ضياح أو تلف الذات المخصوصة ويغرم قيمتها ثم توجد عنده فإنه لا يملكها والله أعلم. ثم صرح بمفهوم ما يغاب عليه بقوله: (ولا يضمن) المستعير (ما لا يغاب عليه) أي لا يمكن إخفاؤه (من عبد أو دابة) كبقرة أو سفينة بمرساة ولو شرط المعير على المستعير الضمان قال خليل: لا غيره ولو بشرط فيقبل قوله في التلف والضياع بغير يمين إلا أن يظهر كذبه كدعواه موت دابة يوم كذا ثم تشهد بينة أنه كان يستعملها بعد ذلك اليوم (إلا أن يتعدى) عليها بأن حملها أضر مما استعارها له ولو أقل قدرأ، بخلاف ما لو تلفت بفعل المأذون فيه أو مثله أو دونه فلا ضمان، قال خليل: وفعل المأذون ومثله ودونه لا أضر، وجواز فعل المثل جائز ولو في المسافة على الراجح من قولين، بخلاف الإجارة لا يجوز للمستأجر العدول عن المسافة المأذون فيها وإن ساوت إلا بإذن المكري لما في العدول إلى غيرها من بيع دين في دين وهو يجوز، وإذا ثبت تعديه فإنه يغرم قيمتها بعد استعمالها فيما أعيرت له، ونظيره ولو استعار ثوباً جديداً للبس ثم يدعي ضياعه سريعاً دون ثبوت فإنه يغرم قيمته بعد لبسه شهراً كما أشرنا لذلك قبل.

(تنبيهان) الأول: لم يتكلم على حكم ما لو استعار دابة لحمل شيء ثم زاد عليه: وحكمه إن زاد ما تعطب به وعطبت فإن صاحبها بالخيارين أخذ قيمتها يوم التعدي ولا شيء له من الكراء أو يأخذ كراء الزائد فقط، وطريق معرفة ذلك أن يقال: كم يساوي كراؤها فيما أعيرت له؟ فإن قيل عشرة، قيل: كم يساوي كراؤها في جميع ما حمل عليها من الزائد وغيره؟ فإن قيل خمسة عشر دفع للمعير الخمسة الزائدة إلا أن تكون أكثر من قيمتها يوم التعدي فاللزام القيمة هكذا يظهر، وأما لو سلمت في الفرض المذكور أو زاد ما لا تعطب بمثله وسلمت أو عطبت فلا شيء للمعير إلا كراء الزائد في الثلاث صور. الثاني: لو كانت العارية أرضاً لبناء أو غرس وانقضت المدة مع قيام البناء أو الغرس فإن الخيار فيه للمعير، إن شاء يأمر المستعير بقلعهما وتسوية الأرض كما كانت، أو يدفع له قيمتهما مقلوعين بعد إسقاط كلفة لم يتولها المستعير، ونظير ذلك من غصب أرضاً وغرسها أو بناها. ولما فرغ من الكلام على ما أراد من مسائل العارية شرع في سابع الأبواب وهو باب الوديعة من الودع وهو الترك قال تعالى: ﴿ما ودعك ربك وما قلى﴾ [الضحى: ٣] أي ما ترك عادة إحسانه في الوحي إليك وهي بالمعنى الأسمى لغة الأمانة، واصطلاحاً مال وكل على حفظه، وأما بالمعنى المصدري فقال خليل: الإيداع توكيل بحفظ مال، وقال ابن عرفة: نقل مجرد حفظ ملك ينقل فيدخل إيداع ذكر الحقوق ويخرج وضع الأب ولده عند من يحفظه لانتفاء لوازم الوديعة من الضمان، وأيضاً الحر لا يقال له مال، ويخرج وضع الأمة مدة المواضعة عند أمانة، لأن وضعها لم يكن لحفظها وإنما هو للإخبار بحيفها،

قَبَضَهَا بِإِشْهَادٍ وَإِنْ قَالَ ذَهَبْتُ فَهُوَ مُصَدِّقٌ بِكُلِّ حَالٍ وَالْعَارِيَةُ لَا يَصَدِّقُ فِي هَلَاكِهَا فِيمَا

وقوله ينقل تقتضي إخراج الربيع ونحوه من أنواع العقار التي لم تقبل النقل حساً، مع أن ظاهر المدونة أن الإيداع لا يتقيد بما ينقل حساً، فيكون الإيداع فيه ليحفظه المودع بالفتح ممن يتسور عليه، وحكم الإيداع في الأصل الجواز للفاعل والقابل، وقد يعرض الوجوب كخائف فقدها الموجب لهلاكه أو فقره إن لم يودعها مع وجود قابل لها يقدر على حفظها، والحرمة كإيداع الغاصب الشيء المغصوب عند من لا يقدر على جردها ليردها لربها، أو للفقراء إن كان المودع بالكسر مستغرق الذمة، لأن عياضاً ذكر أن من قبل وديعة من مستغرق الذمة ثم ردها إليه بضمها للفقراء وندبها حيث يخشى ما يوجبها دون تحقق، وكراهتها حيث يخشى ما يحرمها دون تحقق، والأصل في مشروعيتها قوله تعالى: ﴿إِنْ اللَّهُ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُوَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٥٨] وقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي ائْتَمَنَ أَمَانَتَهُ﴾ [البقرة: ٢٨٣] وخبر: «أد الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك» وأداء الأمانة من علامات الإيمان ومن عمل المؤمنين، وأما الخيانة فهي من علامات النفاق وعمل الفساق، وأجمعت الأمة على حسن الإيداع وأركانها ثلاثة: المودع بالكسر، والمودع بالفتح، وشرطهما أهلية التوكيل في الجملة ليشمل المأذون له في التجارة، لأنه يجوز قبول الوديعة وإن كان لا يتوكل إلا بإذن سيد، وأما الصبي والسفيه فلا يودعان ولا يستودعان، لكن إن أودعك شيئاً وجب عليك يا رشيد حفظه، وإن أودعت عندهما فأتلفا أو فرطاً لم يضمنا، قال خليل: وإن أودع صبياً أو سفيهاً أو فرضه أو باعه فأتلفه لم يضمن وإن بإذن أهله، والثالث الشيء المودع، وهو كل ما لا يحتاج إلى من يحفظه ولو عقاراً، وأما الصيغة فهي شرط وقيل ركن رابع وهي كل ما يفهم منه طلب الحفظ ولو بقرائن الأحوال، ولا يتوقف على إيجاب وقبول باللفظ، حتى لو وضع شخص متاعه عند جالس رشيد بصير ساكت وذهب الواضع لحاجته فإنه يجب على الموضوع عنده المتاع حفظه بحيث يضمه إن فرط في حفظه حتى ضاع، لأن سكوتة رضا منه بالإيداع عنده.

وأما الأعمى فلا بد أن يضع يده عليها حتى يضمن إن فرط فقال: (والمودع) بفتح الدال وهو من عنده الوديعة (إن قال رددت الوديعة إليك) يا مودع بكسر الدال (صدق) لأنها أمانة والأصل في الأمانة عدم الضمان وإنما يصدق بيمينه إن كان منهما، قال خليل: وحلف المتهم أي الذي يظن فيه التساهل في حفظ الوديعة، فإن وكل حلفت يا مودع إن حققت عليه الدعوى كان متهماً أم لا وتضمنه لوديعة، وهذا عام في دعوى الرد الذي هو كلام المصنف، ودعوى التلف أو الضياع. والحاصل أن اليمين تتوجه في دعوى التحقيق ولو كان المودع بالفتح غير متهم، ولا يغرم إذا نكل إلا بعد رد اليمين على مودع بالكسر، وأما عند عدم تحقيق الدعوى فلا تتوجه اليمين عليه إلا أن اتهم وإذا نكل يغرم بمجرد نكوله، ومحل تصديق المودع بالفتح في رد الوديعة (إلا أن يكون قبضها بإشهاد) بقصد

يُغَابُ عَلَيْهِ وَمَنْ تَعَدَّى عَلَى وَدِيعةٍ ضَمِنَهَا وَإِنْ كَانَتْ ذَنَائِيرَ فَرَدَّهَا فِي صُرَّتِهَا ثُمَّ هَلَكَتْ

التوثق، فلا يصدق في دعوى الرد إلاً ببينة تشهد على الرد للقاعدة، وهي أن كل من دفع إليه شيء من قراض أو وديعة على يد بينة بقصد التوثق لا يصدق في دعوى رده إلاً ببينة، والمراد بالبينة المقصودة للتوثق هي التي يقول مشهدها: أشهدوا أنني إنما أشهدت خوف دعوى الرد أو الجحد، وأما إشهادها خوف الموت أو خوف دعوى التلف وما أشبهه مما يعلم أنه لم يقصد به التوثق فإنه يصدق في دعواه الرد، وظاهر كلام المصنف كغيره أنه يكفي في كونها مقصودة للتوثق قصد المودع بالكسر، ولا يتوقف على علم المودع بالفتح أن المودع بالكسر أشهد تلك البينة بقصد التوثق، وأما لو أشهد من قصده وفي الحطاب أنه يشترط في كونها للتوثق علم المودع بالفتح أن المودع بالكسر قصد بها التوثق، وأما لو أشهد من هي عنده أن عنده وديعة لزيد مثلاً قاصداً إشهادها على قبضها ففيه قولان: أحدهما أنه كإشهادها المودع بالكسر فلا يصدق في دعوى الرد، والثاني أنه ليس كإشهادها فيصدق في دعوى الرد.

(تنبيه) مفهوم قول المصنف: رددتها عليك أنه لو قال: رددتها لوالدك مثلاً فإنه لا يصدق، لأن دعوى الرد لليد التي لم تدفع لا تنفع، قال خليل: وبدعوى الرد على وارثك، والضابط أن صاحب اليد المؤتمنة إذا كانت دعوى الدفع منه لليد التي ائتمنته فإنه يصدق سواء كانت دعوى الدفع منه أو من وارثه على ذي اليد التي ائتمنته أو على وارثها وفيما عدا ذلك الضمان، ولما كانت دعوى التلف أو الضياع مخالفة لدعوى الرد قال: (وإن قال) من عنده الوديعة (ذهبت) أو ضاعت أو هلكت بغير تقصير مني في حفظها. (فهو مصدق) فيما ادعاه بيمينه إن كان منهما أو حقق عليه المودع بالكسر الدعوى والمتهم يغرم بمجرد نكوله، وفي دعوى التحقيق لا يغرم إلاً بعد حلف صاحب الوديعة ومعنى قوله: (بكل حال) سواء قبضها ببينة مقصودة للتوثق أم لا، كانت مما يغاب عليها أم لا، قال خليل: لا بدعوى التلف أو الضياع، أو قال: لا أدري متى تلفت، أو قال: ضاعت من سنين وكنت أرجوها، ولو كان صاحبها حاضراً فإنه لا ضمان عليه في جميع ذلك، وقيدنا بغير تقصير للاحتراز عما لو هلكت بتقصيره فإنه يضمن لوجوب حفظها عليه بمجرد قبولها، ولو أذن له ربها في إتلافها أو كان المودع بالكسر صبيماً أو سفيهاً، ونظيرها في الضمان مع الإذن من قال لآخر: اقتلني أو اقتل ولدي، بخلاف من قال لآخر: أحرق ثوبي واقطع يدي فإنه لا ضمان عليه مع الإذن، والفرق بين ما ذكر وبين الوديعة أن الوديعة التزام حفظها بمجرد قبولها فلا يسقط عنه الإذن، ولما كانت العارية تخالف الوديعة فيما ذكر قال: (والعارية) مخالفة للوديعة لأن المستعير (لا يصدق في) دعوى (هلاكها) أو ضياعها (فيما يغاب عليه) منها لما تقدم من أن العارية مؤداة أي مضمونة، وإنما أعاد المصنف هذه وإن قدمها في العارية لينبه على الفرق بين الوديعة والعارية. ثم شرع فيما تشترك فيه الوديعة

فَقَدْ اِخْتَلَفَ فِي تَضْمِينِهِ وَمَنْ اَنْجَرَ بِوَدِيْعَةٍ فَذَلِكَ مَكْرُوهُ وَالرَّبْحُ لَهُ اِنْ كَانَتْ عَيْنًا وَاِنْ بَاعَ

والعارية بقوله: (ومن تعدى على وديعة) بأن حرقها أو دل لصاً عليها على المعتمد (ضمنها) لصاحبها ومن التعدي عليها إطلاق الفحل عليها بغير إذن صاحبها وتموت من ذلك وإن عند الولادة، ومنه نقلها من محل إلى آخر لغير مصلحة أو لها ولكن لم ينقلها نقل أمثالها، قال خليل: لا إن انكسرت في نقل مثلها ويخلطها إلا كقمح بمثله أو دراهم بدنانير حيث وقع الخلط بالمثل أو غيره للإحراز، ولا مفهوم لقوله وديعة إذ غيرها أخرى في الضمان بالتعدي من عارية ورهن وغيرهما.

(تبيينه) الأول: علم مما ذكرنا في بيان التعدي أنه لا يشترط قصد الإتلاف خلافاً لظاهر لفظ المصنف، بل متى حصل الإتلاف بسبب من عنده الوديعة ضمها ولو خطأ، قال خليل: تضمن بسقوط شيء عليها من المودع بالكسر كما قاله أشهب في الذي يأتي لبائع الفخار ويقول له: قلب ما يعجبك فيأخذ شيئاً يقلبه فيسقط من يده قهراً على شيء فيتلفه فإنه يضمن قيمة المسقوط عليه مع أن السقوط بغير اختياره، لأن الخطأ والعمد في أموال الناس، سواء كان يضمن ببعثها لصاحبه بغير إذنه وتضييع من الرسول وبنسيانها في موضع إيداعها وبدخوله الحمام بها وبخروجه بها يظنها له، أو سافر بها أو يستعملها بغير إذن صاحبه فتتلف، أو أمره بوضعها في محل فخالف ووضعها في محل غير حرز لها، أو تكون في موضع فيه إغراء للسارق كوضعها في محل عليه قفلان. الثاني: لا يجوز لمن عنده الوديعة إيداعها عند غيره لأن رب الوديعة لم يرض إلا بأمانته، إلا أن يكون ذلك الغير ممن اعتاد الإيداع عنده كزوجته أو أمته، أو إلا أن يحصل عذر يقتضي الإيداع عند الغير، ويجب عليه الإشهاد على العذر لأنه لا يكفي أن يقول: أودعتها لعذر، كما لا يكفي أن يقول للشهود: اشهدوا أنني إنما أودعتها لعذر بل يجب عليه أن يشهدهم على عين العذر. ثم شرع يتكلم على ما إذا تصرف في الوديعة بغير إذن ربها بقوله: (وإن كانت) أي الوديعة شيئاً مثلياً (دنانير أو دراهم) وتصرف فيها بغير إذن ربها. (فردا في صرتها) المراد مثلها (ثم هلكت) بعد دعواه ردها (فقد اختلف في تضمينه) وعدمه على قولين المشهور منهما القول بعدم الضمان لأنه قول ابن القاسم وأشهب وجماعة حيث كان تصرفه في الوديعة مكروهاً بأن كان ملياً حين تصرفه فيها، وأما لو كان معدماً لحرم عليه التصرف فيها إلا بإذن من ربها، كما يحرم عليه التصرف في الوديعة المقومة كعرض أو حيوان إلا بإذن ربها، فالحاصل أن التصرف في الوديعة على ثلاثة أحوال: جائز ومكروه وحرام، فالجائز التصرف بالإذن مطلقاً، والحرام التصرف بغير إذن حيث كانت مقومة مطلقاً أو مثلية وهو معدم، وإذا ادعى ردها إلى موضعها فإنه يصدق في قسم المكروه ولا يصدق في الجائز، والحرام إلا بينة تشهد على ردها ليد صاحبها، ولا يكفي شهادتها على ردها إلى موضعها، قال خليل: وبرى إن رد غير المحرم وهو المكروه فقط، وأما الجائز والمحرم فلا يصدق في دعواه الرد لأنهما صاروا كالسلف الحقيقي، فلا بد من بينة تشهد على ردهما ليد صاحبهما.

الْوَدِيعَةَ وَهِيَ عَرَضٌ قَرُبُهَا مُخَيَّرٌ فِي الثَّمَنِ أَوْ الْقِيَمَةِ يَوْمَ التَّعْدِي وَمَنْ وَجَدَ لُقْطَةً فَلْيُعْرِفْهَا

(تنبيهان) الأول: علم مما قررنا في كلام المصنف إجمالاً لما عرفت من أنه لا يصدق بمجرد دعوى الرد إلى محل الوديعة إلا في قسم المكروه بخلاف قسمي الجائز والحرام، وقد بينا الفرق بأن الجائز والمحرم صاروا بمنزلة القرض في ذمة المقترض لا يبرأ منه إلا ببينة تشهد على رده إلى يد صاحبه. الثاني: لم يبين المصنف المضمون وهو المثل إن كانت مثلية، والقيمة إن كانت مقومة، والضمان لها في ذمة الحر الرشيد، وأما لو كان المودع عبداً فإن كان مأذوناً له في التجارة فيضمنها في ذمته أيضاً، لكن يدفعها من غير خراجه وكسبه من هبة أو صدقة، وإن كان غير مأذون وقبل الوديعة بغير إذن سيده فإنها تكون في ذمته إذا عتق لا في رقبته، إلا أن يسقط سيده عنه ضمانها بأن يقول: أسقطتها عن عبدي فلا يتبع بها ولو عتق لأنه عيب أسقطه عن عبده، وأما لو كان صبيّاً أو سفياً فلا ضمان عليه لأن صاحبها هو المسلسل لهما عليها ولو كان قبولهما بإذن وليهما، اللهم إلا أن يصونا بها مالهما فيضمنان الأقل من قيمتها ومما صوناه إن تلف ما صوناه واستفاداً غيره. ثم شرع في بيان حكم الاتجار بالوديعة بغير إذن مالكيها بقوله: (ومن اتجر بوديعة) عنده بغير إذن مالكيها (فذلك) الاتجار (مكروه) سواء كانت مما يحرم تسلفهما كالمقوم مطلقاً والمثل للمعدم، أو يكره كالمثل للمليء، للفرق بين السلف والتجارة، بأن المتسلف قصد تملكها بصرفها في مصالحه، والمتجر قصد تحريكها ليأخذ ربحها ويحبس رأس المال لصاحبه. (و) إذا اتجر بالوديعة فالربح له والخسارة عليه (إن كانت عيناً) دراهم أو دنائير لأن ضمانها زمن الاتجار منه، والقاعدة أن من عليه الضمان يستحق الربح، وعلم مما قررنا من تناول الكراهة لما يحرم تسلفه أن قوله: إن كانت عيناً ليس شرطاً في الكراهة وإنما هو شرط في قوله: والربح له، وأشار إلى حكم غير العين بقوله: (وإن باع) المودع بالفتح (الوديعة) بغير إذن مالكيها (وهي عرض) أي غير عين (فربها مخير) عند عدم فواتها (في) إجازة البيع وأخذ (الثمن) الذي بيعت به وعند فواتها يجب له الأكثر من الثمن. (أو القيمة يوم التعدي) لأنه فضولي، فالحاصل أنه عند قيامها له الإجازة وأخذ الثمن وله رد البيع وأخذ سلعته، وأما عند فواتها فيقضى له بأخذ الأكثر من الثمن أو قيمتها يوم التعدي، ومثله كل متعد بالبيع على سلعة غيره ولو غاصباً، وهكذا حكم بيع الوديعة من غير اتجار في ثمنها، وأما لو باعها على وجه التجارة ففي بيعها تفصيل محصله: إن باعها بعرض والعرض بعرض وهلم جراً فلا ربح له وله الأجر، وإن باعها بدراهم فالربح الكائن في ثمنها لربها، مثال ذلك أن يودعه سلعة اشتراها بعشرة فباعها بعشرين فربها له إجازة البيع وأخذ العشرين أو رد البيع وأخذ سلعته، وبعد الفوات يخير بين الإجازة وأخذ ما بيعت به أو تضمينه القيمة يوم بيعها، والمراد أن له الأكثر من الثمن والقيمة، والظاهر من كلام أهل المذهب أنه لا أجر له في البيع لأنه متعد به، ولعل الفرق بين هذا وبين المتجر في العرض بعرض له الأجر أن المتجر إنما فعل مكروهاً بخلاف هذا.

سَنَّةٌ بِمَوْضِعٍ يُرْجُو التَّعْرِيفَ بِهَا فَإِنْ تَمَّتْ سَنَةٌ وَلَمْ يَأْتِ لَهَا أَحَدٌ فَإِنْ شَاءَ حَبَسَهَا وَإِنْ شَاءَ

(تنبيه) مثل الودع في استحقاق الربح عند الاتجار بالعين الوصي يتجر بأموال اليتامى له الربح وعليه الخسر، ومثلهما أيضاً ناظر الوقف يتجر في مال الوقف، إلا أن الوصي والناظر يحرم عليهما التصرف فيما تحت أيديهما، ومثل من ذكر الغاصب لدراهم واتجر فيها فإنما عليه رأس المال والربح له، لأن الضمان عليه لو كان صاحب الدراهم تاجراً على المعتمد، لأن كل من ذكر لم يقبض المال تنمية لربه، بخلاف المبعوض معه والمقارض إذا اتجرا بما في أيديهما فلا ربح لهما بل لرب المال، وأما لو حصل خسر فهو عليهما بتعديهما. (تنبيه آخر) محل تخير صاحب الوديعة في الإجازة والرد الخ ما لم يحضر عقد البيع أو يبلغه البيع ويسكت مدة بحيث يعد راضياً وإلزامه للبيع وأخذ ما يبيع به من قليل أو كثير كما قالوه في هذا المحل. ثم شرع في التالي للوديعة في الترجمة وهو باب اللقطة بضم اللام وفتح القاف ما يلتقط، والالتقاط وجود الشيء من غير طلب، وعرفها ابن عرفة بقوله: مال وجد بغير حرز محترماً ليس حيواناً ناطقاً ولا نعماً بل عيناً أو عرضاً أو رقيقاً صغيراً، وسواء وجدت في العمار أو الخراب أو بساحل البحر وعليها علامة المسلمين، لا نحو عنبر وعقيق فلو واجده، وخرج بقوله مال اللقيط وخرج محترماً مال الحرابي فليس يلقطه بل إما فيء أو غنيمة، وخرج الأبق الكبير فلا يسمى لقطة، كما خرج أخذ الإبل والبقر فإنه يسمى ضالة الشيء، فالشيء المعرض للضياع أربعة أشياء: لقطة أو لقيط أو أبق أو ضالة، فاللقطة تقدم حدها، وأما اللقيط فهو صغير آدمي لم يعلم أبوه ولا رقه، أما لو علم رقه فإن كان صغيراً فهو اللقطة وإن كان كبيراً فهو الأبق وجده رقيق كبير محترم وجد بغير حرز، وأما الضالة فحدها نعم محترم وجد بغير حرز فيخرج ما كان يحزره أو مع من يحفظه فليس بضالة فقال: (ومن وجد) من المكلفين (لقطة) وقد مر تعريفها لابن عرفة، وعرفها خليل بقوله: اللقطة مال معصوم عرض للضياع وإن كلباً وفرساً التقطها. (فليعرفها) وجوباً بنفسه أو بمن يثق به ولو بأجرة منها إن لم يعرف مثله. (سنة) حيث كانت من ذوات البال، وأما إن كانت من سفاسف الأمور كدلو ومخلاة ودريهمات فإنها تعرف أياماً لا سنة على الراجح، وأما الشيء الحقيق جداً بحيث لا تلتفت إليه النفوس كالعصا والسوط فلا يجب تعريفه أصلاً ويجوز لواجده أكله ولا شيء عليه حيث لم يعلم ربه وإلا لم يجز له أكله بل يجب عليه دفعه لربه فإن أكله ضمنه، ومثله ما يفسد بالتأخير كالحم ورطب، وبين محل التعريف بقوله: (بموضع يرجو التعريف بها) أي بموضع يرجو وجود صاحبها وهو الموضع الذي يظن أن صاحبها يطلبها فيه ولذا قال خليل: وتعريفها سنة بمظان طلبها كأبواب المساجد والأسواق، ويكون التعريف أثر الالتقاط في كل يوم، وإذا تقادم الزمان ففي كل يومين مرة، وتعريفها في البلدين إن وجدت بينهما، ويطلب منه الإبهام عند التعريف، فلا يذكر نوعها ويظن التوصل به إلى معرفتها، وإن وجدت بقرية من قرى أهل الشرك فالأفضل



تَصَدَّقَ بِهَا وَضَمِنَهَا لِزُبَّهَا إِنْ جَاءَ وَإِنْ أُنْتَفَعَ بِهَا ضَمِنَهَا وَإِنْ هَلَكَتْ قَبْلَ السَّنَةِ أَوْ بَعْدَهَا

له دفعها العالم أهل الذمة، وإن عرفها بنفسه لم يأنم، فإن أخرج تعريفها حتى تلفت فإنه يضمها بدفعها لغيره لغير عذر لأن اللقطة لم يأنم ربه عليها بخلاف الوديعة.

(تنبيهان) الأول: تكلم المصنف على التعريف وترك الكلام على حكم الالتقاط لعله لما فيه من التفصيل المنافي لغرضه من الاختصار، ومحصله أنه يجب بشرطين: علم أمانة نفسه وخوف الخائن، فإن علم خيانة نفسه حرم عليه الالتقاط، وأما إن لم يخف عليها فيكره له الالتقاط مع علمه أمانة نفسه أو شك فيها ولو خاف الخائن، قال خليل: ووجب أخذها لخوف خائن لا إن علم خيانة نفسه هو فيحرم وإلا كره، وفائدة الوجوب أنه لو تركها أو ردها بعد أخذها للحفظ وضاعت فإنه يضمها، وفائدة الحرمة أنه إن أخذها يضمها إن تلفت أو ضاعت قبل ردها لمحلها بحالها، وأما في المكروه فلا يضمها بتركها، وإنما يضمها إذا أخذها وردها لموضعها بعد مدة طويلة وضاعت. الثاني: لو تلفت عند الملتقط زمن تعريفها لا ضمان عليه إلا إذا تعدى عليها أو فرط في حفظها كما إذا أخذها ليملكها فإنه يخاطب بضماتها بمجرد وضع يده عليها لشبهه بالفاصل، فلو تنازع مع ربه بعد ضياعها أو تلفها بغير تفريط وادعى أنه أخذها ليعرفها وادعى ربه أنه أخذها بقصد تملكها فالقول للملتقط بلا يمين، لأن الشرع أوجب عليه أخذها ولأنه أمر لا يعلم إلا منه.

(فإن تمت) أي انقضت (سنة) أو أيام فيما يعرف أياماً. (و) الحال أنه (لم يأت) أي لم يظهر (لها أحد) يستحق أخذها بوصفها على الوجه الآتي في كلام المصنف فإنه يخبر بين ثلاثة أمور بينها بقوله: (فإن شاء) الملتقط بعد تلك المدة (حبسها) لربها (وإن شاء تصدق بها) عن ربه (وضمها لربها إن جاء) فوجده تصدق بها وقد فاتت عند الفقير، وأما إن وجدها قائمة فإنه يأخذها، وإن أخذ صاحبها قيمتها من الملتقط فللملتقط الرجوع على الفقير بها إلا أن يكون الملتقط تصدق بها عن نفسه فلا رجوع له على الفقير بشيء، وإن شاء تملكها وتصدق بها عن نفسه ضامناً لها في صورتين، قال خليل: وله حبسها بعدها أو التصدق أو التملك ولو بمكة ضامناً فيهما، وما ورد من قوله عليه الصلاة والسلام: «لا تحل لقطة مكة إلا لمنشد» وقوله عليه الصلاة والسلام: «لا تحل لقطة الحاج» فمحمول على أنها لا تحل لمن يريد تملكها من غير تعريف بل لا تؤخذ إلا لتعرف، وسبب تنبيه الشارع على خصوص لقطة مكة، مع أن هذا الحكم عام حتى في غيرها أن لقطة مكة توجد كثيراً في الحرم عند اجتماع الناس من كل قطر، والغالب أن الذي قطره بعيد لا يمكنه الرجوع مرة أخرى فعند ذلك يكثر أخذها بنية التملك، فنبه عليه الصلاة والسلام على أنه لا يحل أخذها بهذا القصد وإن كان غيرها كذلك، ومحل التخيير المذكور إذا كان الملتقط غير الإمام، وأما لو كانت اللقطة بيده فليس له إلا حبسها لربها أو بيعها وحبس ثمنها في بيت

بِغَيْرِ تَحْرِيكِ لَمْ يَضْمَنْهَا وَإِذَا عَرَفَ طَالِبُهَا الْعِفَاصَ وَالرِّكَاءَ أَخَذَهَا وَلَا يَأْخُذُ الرَّجُلُ ضَالَّةً

المال لربها، ولا يجوز له التصديق بها ولا تملكها، ولعل الفرق بينه وبين الإمام مشقة تخليص ما في ذمة الإمام بخلاف غيره، ولذلك لا يجوز لمن أبق منه عبد وبلغه أنه بيد الإمام يبيعه حتى يقبضه منه، بخلاف ما إذا بلغه أنه بيد غيره ممن يقدر عليه فإنه لا يجوز يبيعه ولو قبل قبضه ولو كان من يديه غاصباً ولكن أقر به ويقدر عليه انظر شرح خليل.

(تنبيهان) الأول: ظهر مما قررنا أن الملتقط يضمن اللقطة في التصديق بها ولو عن ربها وفي حالة تملكها لا في حالة حبسها لربها فإن ضمانها فيها من ربها لأنها تحت يده كالوديعة. الثاني: لم يعلم من كلامه مستحق غلة اللقطة، وفي خليل: وله كراء بقر ونحوها في علفها كراء مضموناً أي مأموناً، وله ركوب دابة من موضع التقاطها إلى موضعه وإن لم يتعذر قودها عليه، وإن فعل شيئاً من هذه لا على هذا الوجه وتلفت ضمنها، وللملتقط غلاتها من لبن وجبن، لا صوفها ولا نسلها ولا كراؤها الزائد على علفها فإنه لصاحبها، وإن كلفها الملتقط ولم يكن لها غلة فإن صاحبها يخير في أخذها ودفع كلفتها وله تسليمها للملتقط في كلفتها ولو زادت على قيمتها لأن ربها لا يلزمه الزائد على قيمتها، ولو ظهر على صاحبها دين لقدم الملتقط بنفقته على ذي الدين كالمرتهن. ولما كانت اللقطة كالوديعة في عدم جواز الانتفاع بها بين حكم ما إذا تعدى وانتفع بها فقال: (وإن انتفع). الملتقط (بها) في غير ركوبها لموضعه وتلفت (ضمنها) وأما لو لم يحصل تلف فإنما يلزمه كراؤها لمالكها إن كان مثله يكري الدواب، وأما لو هلكت لا بسبب انتفاعه فأشار إليه بقوله: (وإن هلكت) أي اللقطة سواء كان (قبل السنة أو بعدها بغير تحريك) أي بغير سبب من الملتقط. (لم يضمنها) لما قدمنا من أن اللقطة تحت يده كالوديعة والمودع لا يضمن الوديعة إلا بتعديه، وأما لو تعدى عليها الملتقط بالبيع ففيه تفصيل في بيعها بعد السنة فليس لربها إلا الثمن، وقبل السنة يخير ربها بين إمضاء البيع وأخذ الثمن ورده وأخذها إن كانت قائمة أو قيمتها إن فاتت، قال خليل: وإن باعها بعدها فما لربها إلا الثمن، بخلاف لو وجدها بيد المسكين أو محتاج منه فله أخذها، وللملتقط الرجوع عليه إن أخذ منه قيمتها إلا أن يتصدق بها عن نفسه، وإن نقصت بعدنية تملكها فلربها أخذها أو قيمتها. ثم شرع في بيان ذكر الأوصاف التي تستحق بها بقوله: (وإذا عرف طالبها) أي اللقطة (العفاص) وهو الخرق المربوطة فيها المال. (و) عرف أيضاً (الوكاء) بالمد وهو الخيط الذي يربط به طرف المال. (أخذها) بلفظ الماضي أي استحق أخذها من غير يمين، وأحرى لو عرفها وعرف العدد، قال خليل: ورد بمعرفة مشدود فيه وبه وعدده بلا يمين، وظاهر كلام المصنف أنه لو لم يعلم إلا العفاص أو الوكاء فقط لا يأخذها وليس كذلك بل يأخذها لكن بعد الإستيفاء مدة لاحتمال أن يأتي من يعرف الوصفين، قال خليل: واستؤني في الواحدة إن جهل غيرها لا

الإِبِلِ مِنَ الصَّخْرَاءِ وَلَهُ أَخْذُ الشَّاةِ وَأَكْلُهَا إِنْ كَانَتْ بِفَيْفَاءٍ لَا عِمَارَةَ فِيهَا وَمَنْ أَسْتَهَلَكَ

غلط بأن قال: العفاص كذا فيوجد بخلافه فلا تدفع له، كما لو غلط في صفة المال بأن قال: محمديّة فإذا هي يزيدية، بخلاف ما لو أخبر بعدد فيوجد أقل منه فإنه يأخذها لاحتمال اغتيال الملتقط عليها، وأما لو غلط بالنقص أي أخبر به فتوجد أكثر ففيه قولان، وفهم من تعويله على معرفة العفاص والوكاء أنه لا يضر جهله بقدرها وهو كذلك، والأصل فيما قال المصنف ما في الموطأ والصحيحين من حديث زيد بن خالد الجهني: «أن رجلاً جاء إلى النبي ﷺ فسأله عن اللقطة فقال له: اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة فإن جاء صاحبها وإلا فشانك بها، قال: فضالة الغنم؟ قال: هي لك أو لأخيك أو للذئب، قال: فضالة الإبل؟ قال: مالك ولها معها حذاؤها وسقاؤها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها» وفي رواية: «فإن جاء أحد يخبرك بعددها ووعائها ووكائها فأعطها إياه وإلا فهي كسبيل مالك».

(فروع): الأول: لو عرف شخص عفاصها ووكاءها وعرف آخر عددها ووزنها لقضى بها لمن عرفهما، لكن بعد يمينه على من عرف العدد والوزن، كما يقضي لمن عرف العفاص والعدد على من عرف العفاص والوكاء بيمين، وكذا يقضي بهما لمن عرف أوصافاً يقوى بها الظن على أنه صاحبها على من وصف أوصافاً دونها. الثاني: لو وصفها ثابثاً مثل أول فإن كان الأول لم ينفصل بها حلقاً وقسمت بينهما، بخلاف لو انفصل بها انفصلاً بيناً بحيث يمكن وصول العلم للثاني من الأول فإنها لا تكون للأول. الثالث: لو أخذها شخص بالوصف وانفصل بها ثم جاء آخر وأقام بينة أنها له فلا ضمان على دافعها للأول وتنزع منه وتدفع للثاني لأن البينة أقوى من الوصف. الرابع: لو أقام كل من شخصين بينة فتعطي الذي البينة الزائدة في العدالة، فإن استوتا في العدالة قدمت المؤرخة أو السابقة تاريخاً، وإن استوتا في الجميع قسمت بينهما بعد حلقهما. (تنبيه) لم يعلم من كلام المصنف حكم اللقطة التي لا عفاص لها ولا وكاء، والحكم أنها تدفع لمن يأتي بأوصاف يغلب معها الظن بصدق الآتي بها. ولما فرغ من الكلام على اللقطة شرع في الكلام على الضالة وتقدم أحدها بأنها نعم محترم وجد بغير حرزه بقوله: (ولا) يجوز أن (يأخذ الرجل) أو المرأة (ضالة الإبل من الصحراء) ولو كانت في موضع يخاف عليها من السباع أو الجوع أو العطش لخبر: «دعها فإن معها حذاءها وسقاؤها ترد الماء وتأكل الشجر فإن تعدى وأخذها فإنه يعرفها سنة ثم يتركها بمحلها». ومحل عدم جواز أخذ ضالة الإبل ما لم يخف عليها الخائن وإلا وجب التقاطها، ولعل هذا هو سبب تخصيص عدم أخذها بكونها في الصحراء، لأن الضالة في العمران يخاف عليها من الخائن، خلافاً لمن قال: التقيد بالصحراء بالنظر للغالب، ولا يلحق بضالة الإبل الخيل والحمير بل هي داخلة في اللقطة ولذا قال خليل: اللقطة مال معصوم عرض للضياع وإن كلباً وفرساً. (وله) أي مرید

عَرَضاً فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ وَكُلُّ مَا يُوزَنُ أَوْ يُكَالُ فَعَلَيْهِ مِثْلُهُ وَالْغَاصِبُ ضَامِنٌ لِمَا غَصَبَ فَإِنْ رَدَّ

الالتقاط (أخذ الشاة وأكلها إن كانت بفيفاء) بالمد أي بأرض (لا عمارة فيها) ولا شيء عليها لربها وجواز ذبحها وأكلها ولو مع تيسر سوقها للعمران على ظاهر المدونة، وأما لو أتى بها حية للعمران لوجب عليه تعريفها لأنها صارت كاللقطة، وأما لو ذبحها في الفيفاء ولم يأكلها حتى دخل العمران فلا يجوز له أكلها إلا إذا لم يعرف ربها ولم يكن يتيسر بيعاً، قال خليل: وله أكل ما يفسد ولو بقرة وشاة ولو بفيفاء أي على التفصيل الذي بيناه.

(تنبيه) سكت المصنف عن ضالة البقر وحكمها أنها إن كانت بمحل بحيث يخاف عليها من السباع أو الجوع فإن حكمها كالشاة توجد بالفيفاء، فإن ذبحها فيها جاز له أكلها لكن بشرط أن لا يمكن سوقها للعمران وإلا وجب فليست كالشاة في هذه الحالة، وأما إن كانت بمحل لا يخاف عليها من سباع ولا جوع فإنها تترك فإن أخذها وجب عليه تعريفها، وهذا حيث لم يخف عليها من السارق وإلا وجب التقاطها، فالحاصل أن الإبل والبقر عند خوف السارق سيان في وجوب الالتقاط ويفترقان عند الخوف من الجوع أو السباع، فالإبل تترك والبقر يجوز أكلها بالفيفاء إن تعذر سوقها للعمران، ومفهوم قول المصنف في الصحراء أن الإبل والبقر والشاة الموجودة في العمران يجب التقاطها عند خوف الخائن كالخيل والحمير والطيور والعروض والنقود.

(خاتمة) أسقط المصنف الكلام على اللقيط وهو صغير آدمي لم يعلم أبوه ولا أمه ولا رقه، والحكم فيه أنه يجب لقطه كفاية ولو علم خيانة نفسه وإن لم يوجد سواء تعين عليه، قال خليل: ووجب لقط طفل نبذ كفاية، وشرط الوجوب كون الواجد رجلاً رشيداً أو حرة خالية من الأزواج أو ذات زوج أذن لها زوجها الرقيق ولو مكاتباً فلا يلتقط إلا بإذن سيده، ويجب عيناً على الملتقط للطفل نفقته وحضانه الذكر حتى يبلغ عاقلاً قادراً على الكسب، والأنثى حتى يدخل بها الزوج الموسر كولد الصلب، وأسقط الكلام على الآبق وهو رقيق محترم وجد بغير حرز والحكم فيه أنه يندب لمن يعرف سيده أخذه وإن لم يعرفه لا يندب له، وإن أخذه من غير معرفة فله رفعه للحاكم وله إرساله. ولما فرغ من الكلام على اللقطة شرع في الكلام على التعدي على مال الغير بقاعدة كلية فقال: (و) كل (من استهلك عرضاً) المراد شيئاً غير مثلي بقرينة ذكر المثلي (فعليه) غرم (قيمه) لربه ولو استهلكه خطأ ولو غير بالغ ولو مكرهاً، لأن الضمان من باب خطاب الوضع، وتعتبر قيمته بمحل الإتلاف، وتكون تلك القيمة في ذمة الحر وفي رقبة العبد الغير المأذون وغير المؤمن، والمراد باستهلك أي تسبب في الإهلاك ولو لم يباشر، ومحل ضمان الصبي والسفيه إذا لم يؤمنا على ما أتلفا وإلا فلا ضمان عليهما إلا أن يصونا به مالهما فيضمنان في المصون فقط، وأما العبد المأذون له في التجارة والمؤمن فإنهما يضمنان في ذمتها يتبعان إن عتقا كما قدمنا ذلك، وأشار إلى مفهوم عرضاً على ما فسرنا بقوله: (وكل ما يوزن) كسمن وعسل ونحاس

ذَلِكَ بِحَالِهِ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ وَإِنْ تَغَيَّرَ فِي يَدِهِ فَزَيْدٌ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَخْذِهِ بِتَقْصِيهِ أَوْ تَضْمِينِهِ الْقِيَمَةَ

(أو يكال) كقمح أو يعد ولا تختلف أفرادها وأتلفه شخص أو تسبب في إتلافه. (فعلية) غرم (مثله) في موضع إتلافه لمالكه لأن المثلى تقوم مقام مثله، وظاهره ولو استهلكه في الغلاء وقدر عليه في الرخاء وعكسه على مشهور المذهب، قال خليل في بيان مفعول: وضمن الغاصب بالاستيلاء المثلى ولو بغلاء وصبر لوجوده وأشعر قوله غرم مثله أو وزنه أو كيله معلوم، وأما لو جهل كيله أو وزنه أو عدده فإنما يضمن قيمته لعدم معرفة مثله، لأن الجزاف كالمقوم الواجب على متلفه قيمته بعد تحريمه حيث كان متلفه غير مالكة، وأما المالك يبيع صبرة على الكيل ثم يتلفها قبل كيلها فالواجب عليه مثلها ليوفيه للمشتري.

(تنبيهان) الأول: كلام المصنف فيمن أتلف بغير إذن مالكة، أما لو كان بإذنه فلا ضمان حيث كان المالك ممن يعتبر إذنه بأن كان رشيداً حيث لم يكن المتلف مؤتمناً على ما أتلفه وإلا ضمنه ولو أذن له المالك، كما قدمنا التنبيه عليه في باب الوديعة، ومن الإذن المريض يأذن للطبيب الحاذق في طبه فيطبه فيموت من غير تقصيره، ومؤدب الأطفال يأذن له الولي في التأديب، والحاكم يقيم الحد على مستوجه فيموت منه فلا ضمان على واحد من هؤلاء حيث فعل كل المطلوب مع ظنه السلامة. الثاني: ما ذكره المصنف من أن الواجب في المقوم القيمة وفي المثلى المثل قاعدة أغلبية لا كلية خلافاً، فالظاهر لفظه لأن المقوم قد يجب مثله، وذلك فيمن أتلف سلعة وقفت على ثمن الواجب مثل الثمن لا غرم قيمتها، والمثلى قد يغرم قيمته كالجزاف قبل معرفة كميته يجب على متلفه غرم قيمته كما قدمنا. ثم شرع في بعض مسائل تتعلق بالغصب وهو أخذ المال قهراً تعدياً بلا حراة بقوله: (والغاصب) وهو الذي يأخذ المال من صاحبه قهراً عليه على وجه التعدي. (ضامن لما) أي لكل شيء (غصب) ومعنى ضمانه تعلق الضمان به لا أنه تضمنه بالفعل بدليل قوله: (فإن رد) الغاصب (ذلك) الذي غصب قائماً (بحاله) أي لم يتغير بنقص في بدنه إذ لا تعتبر حوالة أسواقه. (فلا شيء عليه) لربه وإنما يجب عليه التوبة والاستغفار، ويجب على الحاكم تأديبه ولو صبيلاً استصلاحاً لحاله ولو عفى عنه رب الشيء المغصوب لأن الأدب حق لله دفعاً للفساد لحرمة الغصب كتاباً وسنة وإجماعاً، فالكتاب ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ [البقرة: 188] ﴿لَا تَعْتَدُوا﴾ [البقرة: 190] الآية، وأما السنة فما رواه الشيخان من قوله ﷺ: «من أخذ شبراً من أرض ظلماً فإنه يطوقه يوم القيامة من سبع أرضين» وأما الإجماع فمعلوم من الدين بالضرورة حتى قال ابن عبد السلام. أجمع كل الملل على حرمة، وأشار إلى مفهوم قوله فإن رده بحاله بقوله: (وإن تغير) الشيء المغصوب عند غاصبه. (في يده) بأمر سماوي لا صنع لأحد فيه. (فربه مخير بين أخذه بنقصه) من غير أرض ولو كان النقص كثيراً. (أو تضمينه) أي الغاصب (القيمة) يوم الاستيلاء عليه، وأشار

وَلَوْ كَانَ التَّقْصُ بِتَعْدِيهِ خَيْرٌ أَيْضاً فِي أَخْذِهِ وَأَخْذِ مَا نَقَصَهُ وَقَدْ اخْتَلَفَ فِي ذَلِكَ وَلَا غَلَّةَ لِلْغَاصِبِ وَبَرْدٌ مَا أَكَلَ مِنْ غَلَّةٍ أَوْ انْتَفَعَ وَعَلَيْهِ الْحَدُّ إِنْ وَطِئَ وَوَلَدَهُ زَيْقُ لِرَبِّ الْأَمَةِ وَلَا

إلى مفهوم التغير بالسماوي بقوله: (ولو كان النقص) الحاصل في بدن الشيء المغصوب (بتعديده) أي الغاصب أي بفعله ولو خطأ لأنه كالعمد في أموال الناس كدابة غصبها فاستعملها في طحن أو ركوب لو لم نحرق فيه فتعيب في بدنها. (خير) ربه (أيضاً في أخذه) ناقصاً. (وأخذ) أي مع أخذ (ما نقصه) أي أرش نقصه بأن يقوم سالماً من هذا التقص وإن كان ناقصاً قبل ذلك بغيره، فإن قيل: قيمته عشرة، يقال: ما قيمته معيماً بما أحدثه الغاصب؟ فيقال: ثمانية يأخذ من الغاصب درهمين وفي تركه للغاصب وأخذ قيمته يوم الغصب، والمصنف حذف أحد شقي التخيير، هذا هو المشهور ومقابل المشهور يجعله كالسماوي يخير بين أخذه ناقصاً من غير أرش أو يأخذ قيمته وأشار إليه بقوله: (وقد اختلف في ذلك) وإنما نص على هذه الجملة دعفاً لما يتوهم من الاتفاق على الحكم السابق، فبين أن المسألة ذات خلاف، وأما لو كان الجاني أجنبياً لخير بين تضمين الغاصب القيمة يوم الغصب ويتبع الغاصب الجاني بالأرش لأنه غرم قيمته سالماً، وبين أخذ شيء معيماً ويتبع الجاني بالأرش وليس له أخذ شيءه واتباع الغاصب، قال خليل: وخير في الأجنبي فإن تبعه تبع هو الجاني، فإن أخذ ربه أقل فله الزائد من الغاصب فقط، فالحاصل أن السماوي الحاصل عند الغاصب يخير فيه بين أخذه ناقصاً وتركه ويأخذ قيمته، وفي جناية الغاصب بين أخذه مع الأرش أو تركه وأخذ قيمته يوم غصبه، وفي جناية الأجنبي يخير بين تضمين الغاصب وبين أخذه معيماً ويتبع الجاني بالأرش فالصور ثلاث. (تنبيه) ذكر المصنف حكم النقص ولم يتكلم على حكم ما لو أحدث في الذات شيئاً لم يكن فيها، كما لو غصب ثوباً وخطاه أو صبغه فحكمه أنه يخير صاحبه بين أخذه ودفع قيمة ما زيد فيه، ولا فرق بين أن يزيد ما أحدثه في قيمته أو لم يزد فيها ولم ينقصها، وبين أخذ قيمته خالصاً من تلك الزيادة وتركه للغاصب، وأما لو حدث فيه شيئاً فنقص بسبب ذلك كما لو صبغه فنقص فإنه ينزل منزلة العيب السماوي، فيخير ربه بين أخذه من غير أرش وبين أخذ قيمته سالماً من هذا النقص، قال خليل مشبهاً في التخيير: كصبغة في قيمته وأخذ ثوبه ودفع قيمة الصبغ بالكسر أي المصبوغ به وفي بنائه في أخذه ودفع قيمة نقضه بعد سقوط كلفة لم يتولها، وبين أن يأمر الغاصب بأخذ بنائه وتسوية الأرض كما كانت، ولما كان الغاصب ظالماً والظالم لا يربح قال: (ولا غلة) مستحقة (للمغاصب و) يجب عليه أن (يرد) جميع (ما أكل من غلة) المغصوب (أو) قيمة ما (انتفع) به والمعنى: أن من غصب رقبة عبداً أو دابة أو داراً واستغله بنفسه أو أكراه لغيره فإنه يغرم للمالك عوض ذلك، وظاهر كلام المصنف كخليل أنه يجب على الغاصب رد الغلة سواء كانت غلة ربع أو حيوان أو غيرهما، وهو رواية أشهب وابن زياد عن مالك، والذي في المدونة أن هذا في الغلة الناشئة من غير تحريك الغاصب كثمرة الفواكه الدواني ج ٢ - ١٩٣

يَطِيبُ لِغَاصِبِ الْمَالِ رِبْحُهُ حَتَّى يَرُدَّ رَأْسَ الْمَالِ عَلَى رَبِّهِ وَلَوْ تَصَدَّقَ بِالرَّبْحِ كَانَ أَحَبَّ

ونسل حيوان ولبن وصوف ومنفعة العقار، هذا هو الذي يرد لربه إن كان موجوداً أو مثله إن كان مثلياً وعلم وإلا فقيمته، وأما ما نشأ عن تحريكه كربح المال المغصوب ونماء البذر المغصوب فهذا للغاصب، وظاهر قول المصنف: وترد ما أكل من غلة الخ أنه استعمل الذات المغصوبة وهو كذلك، ولذا قال خليل عاطفاً على ما هو للغاصب: وغلة مستعمل ومفهومه أنه لو عطل لا يغرم للمغصوب منه شيئاً، كالدار يغلقها والدابة يحبسها والأرض يبورها والعبد لا يستخدمه، ولا يشكل على هذا ما يأتي في كلام خليل من أنه يضمن بتفويت الانتفاع ولو لم يستعمل لأنه محمول على غصب المنفعة ويقال له التعدي، والمتعدي يضمن قيمة المنفعة ولو لم يستعمل إذا المنفعة بل عطله، فتلخص أن نحو الثمرة والنسل والصوف واللبن ومنفعة العقار لرب الشيء المغصوب، وأما ربح الدراهم ونماء البذر فهو للغاصب وإنما يرد رأس المال، وأما منفعة الحيوان والرقيق فظاهر المصنف وخليل أنها لرب المغصوب لا للغاصب.

(تنبيه) سكت المصنف عن نفقه الحيوان المغصوب، وفي خليل أنها في غلته حيث قال: وما أنفق في الغلة فلو لم يكن له غلة ضاعت عليه، ومثله في الأحكام السابقة السارق، وفي كلام ابن عرفة ما يفيد أن المعتمد أن الغاصب لا رجوع له بالنفقة لا في لبن ولا صوف ولا نسل ولا ثمرة، فلعل مراد خليل بقوله: وما أنفق في الغلة نحو زكوب الدابة أو طحنها لا نسلها ولا صوفها ولا لبنها فافهم. ثم شرع في الكلام على الأمة المغصوبة يطؤها الغاصب بقوله: (و) من غصب أمة لا شبهة له فيها فيجب (عليه الحد إن وطئ) حيث كان مكلفاً لأنه زان ويغرم لسيدها نقصها ولو كان صيباً أو مجنوناً ولا يلزم من وطئها صداق، بخلاف الحرة فاللزام الصداق في وطئها حيث وطئها قهراً عليها وكان مكلفاً. (وولده) أي الغاصب من تلك الأمة. (رقيق لرب الأمة) لأن ولد الأمة من غير سيدها الحر رقيق ولو كان من زنى أو زوج، وقيدنا بقوله لا شبهة له فيها للاحتراز عن الأب يطاءً جارية فرعه فلا حد عليه وإن سفل الفرع، ويجب عليه غرم قيمتها لمالكها بمجرد التلذذ. قال خليل: ومملك أب جارية ابنه بتلذذه بالقيمة. (تنبيه) لم يذكر المصنف حكم ما إذا ولدت ومات ولدها أو ماتت وبقي الولد، ومحصل الكلام في ذلك أنه إن مات الولد قبل قيام السيد يكون بمنزلة العدم وإنما له أمته، وأما إن ماتت الأم وبقي الولد كان له الخيار في أخذه أو تركه ويأخذ قيمة أمه فقط لأنها المغصوبة كما لو ماتا معاً وإن وجدتهما حينئذ أخذهما. ولما قدم أن الغاصب يجب عليه رد غلة المغصوب الناشئة من غير تحريكه والناشئة عن تحريكه يملكها، بين هنا أنه لا يجوز له الانتفاع بها حتى يرد الأصل بقوله: (ولا يطيب) أي لا يحل (لغاصب المال) إذا اتجر فيه وربح أكل. (ربحه حتى يرد رأس المال على ربه) وإنما لم يحل له أكل الربح وإن ملكه لاشتغال ذمته برأس المال، وفسرنا لا