

بسم الله الرحمن الرحيم
وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

□ ٤٦ - كتاب اللقطة □

والنظر في اللقطة في جملتين :
الجملة الأولى : في أركانها .
الجملة الثانية : في أحكامها .

• الجملة الأولى :

والأركان ثلاثة : الالتقاط ، والمتنقط ، واللقطة . فأما الالتقاط فاختلف العلماء هل هو أفضل أم الترك ؟ فقال أبو حنيفة : الأفضل الالتقاط ، لأنه من الواجب على المسلم أن يحفظ مال أخيه المسلم ، وبه قال الشافعي ، وقال مالك وجماعة بكرهية الالتقاط ، وروي عن ابن عمر وابن عباس ، وبه قال أحمد ، وذلك لأمرين : أحدهما : ما روي أنه ﷺ قال : «ضَالَّةُ الْمُؤْمِنِ حَرَقُ النَّارِ»^(١) ولما يخاف أيضاً من التقصير في القيام بما يجب لها من التعريف وترك

(١) أخرجه أحمد (٨٠/ ٥) ، والطيلاسي (١/ ٢٧٩ رقم ١٤١٠ - منحة المعبود) ،

والدارمي (٢/ ٢٦٦) ، والطحاوي في شرح المعاني (٤/ ١٣٣) ، والطبراني في

الصغير (٢/ ٩٥ رقم ٨٤٦) ، والبيهقي (٦/ ١٩٠) .

من طريق أبي العلاء يزيد بن عبد الله بن الشخير ، عن أبي مسلم الجذمي - جذيمة عبد القيس - عن الجارود بن المعلب العبدلي ، عن النبي ﷺ قال : « ضالة المسلم حرق النار » وكرره بعضهم ثلاثاً ، وزاد « قلا تقربنها » وهي رواية أحمد ، هكذا قال أيوب وقتادة ، والجريدي عن أبي العلاء عن أبي مسلم .

وهكذا قال خالد الحذاء أيضاً في رواية شعبة وعبد الوهاب عنه ، وخالفهما سفيان ،

فقال عن خالد الحذاء ، عن أبي العلاء يزيد بن عبد الله بن الشخير عن أخيه مطرف

ابن عبد الله ، عن الجارود . وأخرجه أحمد (٨٠/ ٥) ، والبيهقي (٦/ ١٩٠) ،

وابن ماجه (٢/ ٨٣٦ رقم ٢٥٠٢) ، والبيهقي (٦/ ١٩١) من طريق حميد

الطويل ، عن الحسن - وهو البصري - عن مطرف بن عبد الله بن الشخير فقال :

عن أبيه عن النبي ﷺ . وتابعه قتادة عن مطرف به . أخرجه أبو نعيم في الحلية

(٩/ ٣٣) .

ولعل هذه الرواية عن مطرف عن أبيه أرجح من رواية مطرف عن أبي مسلم الجذمي

عن الجارود ، لاتفاق ثقتين عليها وهما الحسن وقتادة ، بخلاف تلك ، فقد تفرد بها

أبو العلاء كما رأيت ، فإن كان كذلك فالإسناد صحيح .

التعدي عليها ، وتأول الذين رأوا الالتقاط أول الحديث وقالوا : أراد بذلك الانتفاع بها لا أخذها للتعريف ، وقال قوم : بل لقطها واجب . وقد قيل : إن هذا الاختلاف إذا كانت اللقطة بين قوم مأمونين والإمام عادل . قالوا : وإن كانت اللقطة بين قوم غير مأمونين والإمام عادل ؛ فواجب التقاطها . وإن كانت بين قوم مأمونين والإمام جائر فالأفضل أن لا يلتقطها . وإن كانت بين قوم غير مأمونين والإمام غير عادل ؛ فهو مخير بحسب ما يغلب على ظنه من سلامتها أكثر من أحد الطرفين ، وهذا كله ما عدا لقطة الحاج ، فإن العلماء أجمعوا على أنه لا يجوز التقاطها لنبيه ﷺ عن ذلك^(١) ، ولقطة مكة أيضاً لا يجوز التقاطها إلا لمنشيد لورود النص في ذلك ، والمروي في ذلك لفظان : أحدهما : أنه لا ترفع لقطتها إلا لمنشد^(٢) .

= وأما طريق أبي مسلم فإنه ليس بالمشهور ، لكنه لم يتفرد به ، فأخرجه الطبراني (٣ / ١٠٢ / ١ - ٢) من طريق أبي معشر البراء ، نا المثنى بن سعيد عن قتادة عن عبد الله بن بابي عن عبد الله بن عمرو أن الجارود أبا المنذر أخبر به . قلت : فهذه متابعة قوية ، والسند جيد ، وهو على شرط مسلم وللحديث شاهد من حديث عصمة مرفوعاً به وزاد : « ثلاث مرات » رواه الطبراني في « الكبير » وفيه أحمد بن راشد وهو ضعيف . كذا في « مجمع الزوائد » (٤ / ١٦٧) . انظر « الصحيحة » للمحدث الألباني (٢ / ١٨٥ - ١٨٧ رقم ٦٢٠) .

(١) أخرج مسلم (٣ / ١٣٥١ رقم ١١ / ١٧٢٤) ، وأبو داود (٢ / ٣٤٠ رقم ١٧١٩) ، وأحمد (٣ / ٤٩٩) ، والبيهقي (٦ / ١٩٩) .

من حديث عبد الرحمن بن عثمان التيمي ، قال : « نهى رسول الله ﷺ عن لقطة الحاج » .

(٢) ● أخرج البخاري (٥ / ٨٧ رقم ٢٤٣٤) ، ومسلم (٢ / ٩٨٨ رقم ٤٤٧ / ١٣٥٥) ، وأبو داود (٢ / ٥١٨ رقم ٢٠١٧) ، والدارمي (٢ / ٢٦٥) ، والطحاوي في شرح المعاني (٤ / ١٤٠) .

عن أبي هريرة رضي الله عنه ، قال : لما فتح الله على رسوله ﷺ مكة ، قام في الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال : « إن الله حبس عن مكة الفيل وسلط عليها رسوله =

الثاني : لا يرفع لقطتها إلا منشداً^(١) ، فالمعنى الواحد : أنها لا ترفع إلا لمن ينشدها ، والمعنى الثاني لا يلتقطها إلا لمن ينشدها ليعرف الناس .

وقال مالك : تعرف هاتان اللقطتان أبداً . فأما الملقط فهو كل حر مسلم بالغ لأنها ولاية ، واختلف عن الشافعي في جواز التقاط الكافر . قال أبو حامد :

= والمؤمنين ، فإنها لا تحل لأحد كان قبلي ، وإنها أُحِلَّت لي ساعة من نهار ، وإنها لن تحل لأحد من بعدي ، فلا يُنْفَر صيدها ، ولا يُخْتَلَى شوْكها ، ولا تحل ساقطتها إلا لمنشد .. الحديث .

● وأخرج البخاري (٥ / ٨٧ رقم ٢٤٣٣) ، والطحاوي في شرح المعاني (٤ / ١٤٠) ، والبيهقي (٦ / ١٩٩) .

عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال : « لا يُعْضَدُ عِضَاهُها ، ولا يُنْفَرُ صيدها ، ولا تحل لقطتها إلا لمنشد .. » الحديث .

(١) ● أخرج البخاري (٨ / ٢٦ رقم ٤٣١٣) ، ومسلم (٢ / ٩٨٦ رقم ٤٤٥ / ١٣٥٣) ، والبيهقي (٦ / ١٩٩) .

عن ابن عباس : أن رسول الله ﷺ قال يوم فتح مكة : « إنَّ هذا البلد حَرَّمه الله يومَ خلقَ السماواتِ والأرضَ ، فهو حَرَامٌ بحِرمَةِ الله إلى يومِ القيامة . وإنه لم يحل القتال فيه لأحد قبلي . ولم يحل لي إلا ساعة من نهار ، فهو حَرَامٌ بحِرمَةِ الله إلى يومِ القيامة ، لا يُعْضَدُ شوْكُهُ ، ولا يُنْفَرُ صيدهُ ، ولا يلتقط إلا عَرَفَها . ولا يختلى خلاها » فقال العباس : يا رسول الله ، إلا الإذخر فإنه لَفَيْنَهُمْ وَلَبِّيُوهُمْ . فقال : « إلا الإذخر » . لا يُعْضَدُ : قال أهل اللغة : العضد : القطع .

ولا يختلى خلاها : الخلا : هو الرطب من الكَلأ . قالوا : الخلا والعشب اسم للرطب منه . والحشيش والهشيم اسم لليابس منه . والكَلأ يقع على الرطب واليابس ، ومعنى يختلى : يؤخذ ويقطع .

الإذخر : نبات عشبي ، من فصيلة النجيليات ، له رائحة ليمونية عطرية ، أزهاره تستعمل منقوعاً كالشاي ، ويقال له : طيب العرب . والإذخر المكي من الفصيلة نفسها .

● وأخرج البخاري (٥ / ٨٧ رقم ٢٤٣٤) ، ومسلم (٢ / ٩٨٩ رقم ٤٤٨ / ١٣٥٥) ، والبيهقي (٦ / ١٩٩) .

والأصح جواز ذلك في دار الإسلام . قال : وفي أهلية العبد والفاسق له قولان : فوجه المنع عدم أهلية الولاية ، ووجه الجواز عموم أحاديث اللقطة . وأما اللقطة بالجملة فإنها كل مال لمسلم معرض للضياع كان ذلك في عامر الأرض أو غامرها ، والجماد والحيوان في ذلك سواء إلا الإبل باتفاق . والأصل في اللقطة حديث يزيد بن خالد الجهني ، وهو متفق على صحته ^(١) أنه قال : جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فسأله عن اللقطة ، فقال : اعْرِفْ عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا ثُمَّ عَرِّفْهَا سَنَةً ، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا وَإِلَّا فَشَأْنُكَ بِهَا ، قال : فضالة الغنم يارسول الله ؟ قال : هِيَ لَكَ أَوْ لِأَخِيكَ أَوْ لِلذَّنْبِ ، قال : فضالة الإبل : قال : مالك وَلَهَا مَعَهَا سِقَاؤُهَا وَجِذَاؤُهَا تَرُدُّ الْمَاءَ وَتَأْكُلُ الشَّجَرَ حَتَّى يَلْقَاهَا رَبُّهَا » وهذا الحديث يتضمن معرفته ما يلتقط مما لا يلتقط ، ومعرفة حكم ما يلتقط كيف يكون في العام وبعده وبماذا يستحقها مدعيها . فأما الإبل فاتفقوا على أنها لا تلتقط ، واتفقوا على الغنم أنها تلتقط ، وترددوا في البقر ، والنص عن الشافعي أنها كالإبل ، وعن مالك أنها كالغنم ، وعنه خلاف .

= من حديث أبي سلمة ، عن أبي هريرة رضي الله عنه . بلفظ « وَلَا يُلْتَقِطُ سَاقِطَتَهَا إِلَّا مَنَشِدٌ » .

- (١) أخرجه البخاري (٥ / ٨٤ رقم ٢٤٢٩) ، ومسلم (٣ / ١٣٤٦ رقم ١ / ١٧٢٢) ، ومالك (٢ / ٧٥٧ رقم ٤٦) ، والشافعي في ترتيب المسند (٢ / ١٣٧ رقم ٤٥٣) ، وأحمد (٤ / ١١٥) ، وأبو داود (٢ / ٣٣١ رقم ١٧٠٤) ، والترمذي (٣ / ٦٥٥ رقم ١٣٧٢) ، وابن ماجه (٢ / ٨٣٦ رقم ٢٥٠٤) ، وابن الجارود (رقم ٦٦٦) ، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٤ / ١٣٤) ، والبيهقي (٦ / ١٨٥ ، ١٨٩ ، ١٩٢) ، والبغوي في شرح السنة (٨ / ٣٠٨ رقم ٢٢٠٧) و (٨ / ٣١٣ رقم ٢٢٠٨) ، والدارقطني (٤ / ٢٣٥ رقم ١١٠) ، وعبد الرزاق في المصنف (١٠ / ١٣٠ رقم ١٨٦٠٢) ، والطبراني في الكبير (٥ / ٢٥٠ - ٢٥٣ رقم ٥٢٤٩ - ٥٢٥٨) ، وغيرهم .

• الجملة الثانية :

وأما حكم التعريف ، فاتفق العلماء على تعريف ما كان منها له بال سنة
 ما لم تكن من الغنم . واختلفوا في حكمها بعد السنة ، فاتفق فقهاء الأمصار مالك
 والثوري والأوزاعي وأبو حنيفة والشافعي وأحمد وأبو عبيد وأبو ثور : إذا انقضت
 كان له أن يأكلها إن كان فقيراً ، أو يتصدق بها إن كان غنياً ، فإن جاء صاحبها
 كان مخيراً بين أن يميز الصدقة فينزل على ثوابها أو يضمه إياها . واختلفوا في
 الغني هل له أن يأكلها أو ينفقها بعد الحول ؟ فقال مالك والشافعي : له ذلك ،
 وقال أبو حنيفة : ليس له أن يأكلها أو يتصدق بها ، وروي مثل قوله عن علي
 وابن عباس وجماعة من التابعين ، وقال الأوزاعي : إن كان مالاً كثيراً جعله في
 بيت المال ، وروي مثل قول مالك والشافعي عن عمر وابن مسعود وابن عمر
 وعائشة . وكلهم متفقون على أنه إن أكلها ضمنها لصاحبها إلا أهل الظاهر .
 واستدل مالك والشافعي بقوله ﷺ : «فشأنك بها» ^(١) ولم يفرق بين غني
 وفقير . ومن الحجة لهما ما رواه البخاري ^(٢) والترمذي ^(٣) عن سويد بن غفلة

(١) تقدم قريباً

(٢) في صحيحه (٧٨/ ٥ رقم ٢٤٢٦) و (٩١/ ٥ رقم ٢٤٣٧) .

(٣) في السنن (٦٥٨/ ٣ رقم ١٣٧٤) وقال : حديث حسن صحيح .

قلت : وأخرجه مسلم (١٣٥٠/ ٣ رقم ١٧٢٣) ، وأبو داود (٢/ ٣٢٨ رقم ١٧٠١) ، وابن ماجه (٢/ ٨٣٧ رقم ٢٥٠٦) ، والطحاوي (١/ ٢٧٩ رقم ١٤١٢ - منحة المعبود) ، وأحمد (٥/ ١٢٦ - ١٢٧) ، والطحاوي في شرح المعاني (١٣٧/ ٤) ، وابن الجارود (رقم ٦٦٨) ، والبيهقي (٦/ ١٨٦) .
 من طريق سلمة بن كهيل ، عن سويد بن غفلة ، عن أبي بن كعب . وبذلك يتبين
 وهم ابن رشد في قوله : عن سويد بن غفلة قال : لقيت أويس بن كعب ...

قال: « لَقِيتُ أُوَيْسَ بْنَ كَعْبٍ فَقَالَ : وَجَدْتُ صُرَّةً فِيهَا مِائَةُ دِينَارٍ ، فَأَتَيْتُ النَّبِيَّ ﷺ فَقَالَ : عَرَّفَهَا حَوْلًا ، فَعَرَّفْتُهَا فَلَمْ أَجِدْ ، ثُمَّ أَتَيْتُهُ ثَلَاثًا فَقَالَ : اخْطُفْ وَعَآءَهَا وَوِكَاءَهَا فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا وَإِلَّا فَاسْتَمْتِعْ بِهَا » وخرج الترمذي ^(١) وأبو داود ^(٢) « فَاسْتَنْفَقَهَا » .

فسبب الخلاف معارضة ظاهر لفظ حديث اللقطة لأصل الشرع ، وهو أنه لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه ، فمن غلب هذا الأصل على ظاهر الحديث ، وهو قوله بعد التعريف « فشأنك بها » قال : لا يجوز فيها تصرف إلا بالصدقة فقط على أن يضمن إن لم يجز صاحب اللقطة الصدقة ، ومن غلب ظاهر الحديث على هذا الأصل ورأى أنه مستثنى منه قال : تحل له بعد العام وهي مال من ماله لا يضمنها إن جاء صاحبها ، ومن توسط قال : يتصرف بعد العام فيها وإن كانت عيناً على جهة الضمان . وأما حكم دفع اللقطة لمن ادعاه ، فاتفقوا على أنها لا تدفع إليه إذا لم يعرف العفاص ولا الوكاء ، واختلفوا إذا عرف ذلك هل يحتاج مع ذلك إلى بينة أم لا ؟ فقال مالك : يستحق بالعلامة ولا يحتاج إلى بينة ، وقال أبو حنيفة والشافعي : لا يستحق إلا بينة .

وسبب الخلاف معارضة الأصل في اشتراط الشهادة في صحة الدعوى لظاهر هذا الحديث ، فمن غلب الأصل قال : لا بد من البينة ، ومن غلب ظاهر الحديث قال : لا يحتاج إلى بينة . وإنما اشترط الشهادة في ذلك الشافعي

(١) في السنن (٣ / ٦٥٥ رقم ١٣٧٢) .

(٢) في السنن (٢ / ٣٣٣ رقم ١٧٠٦) .

قلت : وأخرجه البخاري (٥ / ٨٠ رقم ٢٤٢٧) ، ومسلم (٣ / ١٣٤٩ رقم ٦ ، ٧ / ١٧٢٢) .

عن زيد بن خالد ، قال : جاء أعرابي إلى النبي ﷺ فسأله عما يلتقطه فقال : « عَرَّفَهَا سَنَةً ثُمَّ اعْرِفْ عَفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا ، فَإِنْ جَاءَ أَحَدٌ يَخْبِرُكَ بِهَا وَإِلَّا فَاسْتَنْفَقَهَا.. » الحديث .

وأبو حنيفة ؛ لأن قوله ﷺ : « اعرف عفاصها ووكاءها فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها »^(١) يحتمل أن يكون إنما أمره بمعرفة العفاص والوكاء لئلا تختلط عنده بغيرها ، ويحتمل أن يكون إنما أمره بذلك ليدفعها لصاحبها بالعفاص والوكاء ، فلما وقع الاحتمال وجب الرجوع إلى الأصل ، فإن الأصول لا تعارض بالاحتمالات المخالفة لها إلا أن تصح الزيادة التي نذكرها بعد ، وعند مالك وأصحابه أن على صاحب اللقطة أن يصف مع العفاص والوكاء صفة الدنانير والعدد ، قالوا : وذلك موجود في بعض روايات الحديث ولفظه « فإن جاء صاحبها ووصف عفاصها ووكاءها وعَدَّهَا فادْفَعْهَا إِلَيْهِ »^(٢) قالوا : ولكن لا يضره الجهل بالعدد إذا عرف العفاص والوكاء ، وكذلك إن زاد فيه . واختلفوا إن نقص من العدد على قولين ، وكذلك اختلفوا إذا جهل الصفة وجاء بالعفاص والوكاء . وأما إذا غلط فيها فلا شيء له . وأما إذا عرف إحدى العلامتين اللتين وقع النص عليهما وجهل الأخرى فقليل : إنه لا شيء له إلا بمعرفتهما جميعاً ، وقيل : يدفع إليه بعد الاستبراء ، وقيل : إن ادعى الجهالة استبرىء ، وإن غلط لم تدفع إليه .

واختلف المذهب إذا أتى بالعلامة المستحقة هل يدفع إليه يمين أو بغير يمين ؟ فقال ابن القاسم بغير يمين : وقال أشهب : يمين . وأما ضالة الغنم ، فإن العلماء اتفقوا على أن الواجد ضالة الغنم في المكان القفر البعيد من العمران أن يأكلها لقوله ﷺ في الشاة : « هي لك أو لأخيك أو للذئب »^(٣) واختلفوا هل يضمن قيمتها لصاحبها أم لا ؟ فقال جمهور العلماء إنه يضمن قيمتها ، وقال مالك في أشهر الأقاويل عنه : إنه لا يضمن .

(١) تقدم تخريجه قريباً من حديث زيد بن خالد .

(٢) تقدم تخريجه قريباً من حديث أبي بن كعب .

(٣) تقدم تخريجه قريباً من حديث زيد بن خالد .

وسبب الخلاف معارضة الظاهر كما قلنا للأصل المعلوم من الشريعة ، إلا أن مالكاً هنا غلب الظاهر فجري على حكم الظاهر ، ولم يجوز كذلك التصرف فيما وجب تعريفه بعد العام لقوة اللفظ ههنا ، وعنه رواية أخرى أنه يضمن ، وكذلك كل طعام لا يبقى إذا خشي عليه التلف إن تركه .

وتحصيل مذهب مالك عند أصحابه في ذلك أنها على ثلاثة أقسام : قسم يبقى في يد ملتقطه ويخشى عليه التلف إن تركه ، كالعين والعروض . وقسم لا يبقى في يد ملتقطه ويخشى عليه التلف إن ترك كالشاة في القفر ، والطعام الذي يسرع إليه الفساد . وقسم لا يخشى عليه التلف .

فأما القسم الأول : وهو ما يبقى في يد ملتقطه ويخشى عليه التلف فإنه ينقسم ثلاثة أقسام :

أحدها أن يكون يسيراً لا بال له ولا قدر لقيمته ويعلم أن صاحبه لا يطلبه لتفاهته ، فهذا لا يعرف عنده وهو لمن وجده . والأصل في ذلك ما روي « أن رسول الله ﷺ مر بتمرة في الطريق فقال : لَوْلا أَنْ تُكُونَ مِنَ الصَّدَقَةِ لَأَكَلْتُهَا »^(١) ولم يذكر فيها تعريفاً ، وهذا مثل العصا والسوط ، وإن كان أشهب قد استحسن تعريف ذلك .

والثاني : أن يكون يسيراً إلا أن له قدرًا ومنفعة ، فهذا لا اختلاف في المذهب في تعريفه . واختلفوا في قدر ما يعرف ، فقليل : سنة ، وقيل : أياماً .
وأما الثالث : فهو أن يكون كثيراً أو له قدر ، فهذا لا اختلاف في وجوب تعريفه حولاً .

وأما القسم الثاني : وهو ما لا يبقى بيد ملتقطه ويخشى عليه التلف ،

(١) أخرجه البخاري (٥/ ٨٦ رقم ٢٤٣١) ، ومسلم (٢/ ٧٥٢ رقم ١٦٥/ ١٠٧١) من حديث أنس بن مالك .

فإن هذا يأكله كان غنياً أو فقيراً ، وهل يضمن ؟ فيه روايتان كما قلنا ، الأشهر أن لا ضمان . واختلفوا إن وجد ما يسرع إليه الفساد في الحاضرة ؛ فقليل : لا ضمان عليه ، وقيل : عليه الضمان ، وقيل : بالفرق بين أن يتصدق به فلا يضمن أو يأكله فيضمن .

وأما القسم الثالث : فهو كالإبل ، أعني : أن الاختيار عنده فيه الترك للنصّ الوارد في ذلك^(١) ، فإن أخذها وجب تعريفها ، والاختيار تركها ، وقيل في المذهب : هو عام في جميع الأزمنة ، وقيل : إنما هو في زمان العدل ، وأن الأفضل في زمان غير العدل التقاطها . وأما ضمانها في الذي تعرف فيه ، فإن العلماء اتفقوا على أن من التقطها وأشهد على التقاطها فهلكت عنده ، أنه غير ضامن ، واختلفوا إذا لم يشهد ، فقال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد بن الحسن : لا ضمان عليه إن لم يضيع وإن لم يشهد ، وقال أبو حنيفة وزفر : يضمنها إن هلكت ولم يشهد استدلال مالك والشافعي بأن اللقطة وديعة فلا ينقلها ترك الإشهاد من الأمانة إلى الضمان ، قالوا : وهي وديعة بما جاء من حديث سليمان بن بلال وغيره^(٢) أنه قال : « إن جاء صَاحِبُهَا وإِلَّا فَلَتَكُنْ وديعةً

(١) تقدم ذكره وتخريجه قريباً من حديث زيد بن خالد .

(٢) قلت : كلام ابن رشد يوهم أن سليمان بن بلال هو راوي الحديث عن النبي ﷺ من الصحابة ، أو التابعين ، وليس كذلك وإنما هو راوي الحديث عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن ، ويحيى بن سعيد كلاهما عن يزيد مولى المنبعث عن زيد بن خالد الجهني ، بالحديث .. وفيه : « ثم عرفها سنة فإن لم تعرف فاستنفقها ولتكن وديعة عندك فإن جاء طالبها يوماً من الدهر فأدها إليه » واللفظ لمسلم .

أخرجه البخاري (٥ / ٨٣ رقم ٢٤٢٨) ، ومسلم (٣ / ١٣٤٨ رقم ٢ / ١٧٢٢) إلا أن البخاري قال في روايته : « قال : يحيى هذا الذي لا أدري أهو في الحديث أم شيء من عنده » .

قال الحافظ في الفتح (٥ / ٨٣ - ٨٤) : « وقد جزم يحيى بن سعيد برفعه مرة أخرى =

عندك» . واستدل أبو حنيفة وزفر بحديث مطرف بن الشخير عن عياض بن حمار^(١) قال : قال رسول الله ﷺ : « مَنْ التَّقَطَ لُقْطَةً فَلْيُشْهَدْ ذَوْيَ عَدْلٍ عَلَيْهَا وَلَا يَكْتُمْ وَلَا يُعْنِثْ ، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا ، وَإِلَّا فَهُوَ مَالُ اللَّهِ يُؤْتِيهِ مَنْ يَشَاءُ » . وتحصيل المذهب في ذلك أن واجد اللقطة عند مالك لا يخلو التقاطه لها من ثلاثة أوجه :

أحدها : أن يأخذها على جهة الاغتيال لها .

والثاني : أن يأخذها على جهة الالتقاط .

والثالث : أن يأخذها لا على جهة الالتقاط ولا على جهة الاغتيال ، فإن أخذها على جهة الالتقاط فهي أمانة عنده عليه حفظها وتعريفها ، فإن ردها بعد أن التقطها فقال ابن القاسم : يضمن ، وقال أشهب : لا يضمن إذا ردها في موضعها ، فإن ردها في غير موضعها ضمن كالوديعة ، والقول قوله في تلفها

= وذلك فيما أخرجه مسلم عن القعني والإسماعيلي ، من طريق يحيى بن حسان كلاهما ، عن سليمان بن بلال ، عن يحيى ، فقال فيه : « فإن لم تعرف فاستنفقها ولتكن وديعة عندك » وكذلك جزم برفعها خالد بن مخلد ، عن سليمان بن ربيعة عند مسلم ، والفهمي ، عن سليمان عن يحيى وربيعه جميعاً عند الطحاوي ، وقد أشار البخاري إلى رجحان رفعها فترجم بعد أبواب « إذا جاء صاحب اللقطة بعد سنة ردها عليه لأنها وديعة عنده » .

(١) أخرجه أبو داود (٣٣٥/ ٢ رقم ١٧٠٩) ، وابن ماجه (٨٣٧/ ٢ رقم ٢٥٠٥) ، وابن الجارود (رقم ٦٧١) ، والطحاوي في شرح المعاني (١٣٦/ ٤) ، وأحمد (١٦١/ ٤ و ١٦٢) ، والبيهقي (١٨٧/ ٦) ، والطيالسي (٢٧٩/ ١ رقم ١٤٠٩ - منحة المعبود) ، وابن حبان (ص ٢٨٤ رقم ١١٦٩ - الموارد) ، والطحاوي في مشكل الآثار (٢٠٨، ٢٠٧/ ٤) ، والطبراني في الكبير (٣٥٨/ ١٧ - ٣٦٠ رقم ٩٨٦، ٩٨٧، ٩٨٩، ٩٩٠) ، والنسائي في اللقطة من الكبرى - كما في « أطراف المزي » (٢٥٠/ ٨) .

وهو حديث صحيح . وقد صححه الألباني في صحيح أبي داود .

دون يمين إلا أن يتهم .

وأما إذا قبضها مغتالاً لها فهو ضامن لها ، ولكن لا يعرف هذا الوجه إلا من قبله . وأما الوجه الثالث فهو مثل أن يجد ثوباً فياًأخذه ، وهو يظنه لقوم بين يديه ليسألهم عنه ، فهذا إن لم يعرفوه ولا ادعوه كان له أن يرده حيث وجده ولا ضمان عليه باتتاف عند أصحاب مالك .

وتتعلق بهذا الباب مسألة اختلف العلماء فيها ، وهو العبد يستهلك اللقطة ، فقال مالك : إنها في رقبته ، إما أن يسلمه سيده فيها ، وإما أن يفديه بقيمتها ، هذا إذا كان استهلاكه قبل الحول ، فإن استهلكها بعد الحول كانت ديناً عليه ولم تكن في رقبته ، وقال الشافعي : إن علم بذلك السيد فهو الضامن ، وإن لم يعلم بها السيد كانت في رقبة العبد .

واختلفوا هل يرجع الملتقط بما أنفق على اللقطة على صاحبها أم لا ؟ فقال الجمهور : ملتقط اللقطة متطوع بحفظها ، فلا يرجع بشيء من ذلك على صاحب اللقطة . وقال الكوفيون : لا يرجع بما أنفق إلا أن تكون النفقة عن إذن الحاكم ، وهذه المسألة هي من أحكام الالتقاط ، وهذا القدر كاف بحسب غرضنا في هذا الباب .

○ باب في اللقيط ○

[والنظر في أحكام الالتقاط وفي الملتقط واللقيط وفي أحكامه]

وقال الشافعي : كل شيء ضائع لا كافل له فالتقاطه من فروض الكفايات ، وفي وجوب الإشهاد عليه خيفة الاسترقاق خلاف ، والخلاف فيه مبني على الاختلاف في الإشهاد على اللقطة . واللقيط : هو الصبي الصغير غير البالغ ، وإن كان مميزًا ، ففيه في مذهب الشافعي تردد ، والملتقط : هو كل حر عدل رشيد ، وليس العبد والمكاتب بملتقط ، والكافر يلتقط الكافر دون المسلم ؛ لأنه لا ولاية له عليه ، يلتقط المسلم الكافر ، وينزع من يد الفاسق والمبذر ، وليس من شرط الملتقط الغنى ، ولا تلزم نفقة الملتقط على من التقطه ، وإن أنفق لم يرجع عليه بشيء . وأما أحكامه فإنه يحكم له بحكم الإسلام إن التقطه في دار المسلمين ويحكم للطفل بالإسلام بحكم أبيه عند مالك . وعند الشافعي يحكم من أسلم منهما ، وبه قال ابن وهب من أصحاب مالك . وقد اختلف في اللقيط ؛ فقيل : إنه عبد لمن التقطه ، وقيل : إنه حر وولأؤه لمن التقطه ، وقيل : إنه حر وولأؤه للمسلمين ، وهو مذهب مالك . والذي تشهد له الأصول إلا أن يثبت في ذلك أثر تخصص به الأصول مثل قوله ﷺ : « ترث المرأة ثلاثة : لقيطها وعتيقها وولدها الذي لا عنت عليه » .

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

□ ٤٧ - كتاب الودیعة □

وجل المسائل المشهورة بين فقهاء الأمصار في هذا الكتاب هي في أحكام الودیعة : فمنها أنهم اتفقوا على أنها أمانة لا مضمونة ، إلا ما حكى عن عمر ابن الخطاب . قال المالکيون : والدلیل على أنها أمانة أن الله أمر برد الأمانات ولم يأمر بالإشهاد ، فوجب أن يصدق في المستودع في دعواه رد الودیعة مع يمينه إن كذبه المودع ، قالوا : إلا أن يدفعها إليه بيينة ، فإنه لا يكون القول قوله ، قالوا : لأنه إذا دفعها إليه بيينة ، فكأنه ائتمنه على حفظها ولم يأتمنه على ردها ، فيصدق في تلفها ولا يصدق على ردها ، هذا هو المشهور عن مالك وأصحابه ، وقد قيل عن ابن القاسم : إن القول قوله وإن دفعها إليه بيينة ، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة ، وهو القياس ؛ لأنه فرق بين التلف ودعوى الرد ، ويعد أن تنتقض الأمانة ، وهذا فيمن دفع الأمانة إلى اليد التي دفعتها إليه . وأما من دفعها إلى غير اليد التي دفعتها إليه ، فعليه ما على ولي اليتيم من الإشهاد عند مالك وإلا ضمن ، يريد قول الله عز وجل : ﴿ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ ﴾ ^(١) فإن أنكر القابض القبض فلا يصدق المستودع في الدفع عند مالك وأصحابه إلا بيينة ، وقد قيل : إنه يتخرج من المذهب أنه يصدق في ذلك ،

(١) النساء : الآية (٦) .

وسواء عند مالك أمر صاحب الوديعة بدفعها إلى الذي دفعها أو لم يأمر ، وقال أبو حنيفة : إن كان ادعى دفعها إلى من أمره بدفعها فالقول قول المستودع مع يمينه ، فإن أقر المدفوع إليه بالوديعة ، أعني : إذا كان غير المودع وادعى التلف فلا يخلو أن يكون المستودع دفعها إلى أمانة ، وهو وكيل المستودع أو إلى ذمة ، فإن كان القابض أميناً فاختلف في ذلك قول ابن القاسم فقال مرة : يبرأ الدافع بتصديق القابض ، وتكون المصيبة من الأمر الوكيل بالقبض ، ومرة قال : لا يبرأ الدافع إلا بإقامة البينة على الدفع أو يأتي القابض بالمال . وأما إن دفع إلى ذمة ، مثل أن يقول رجل للذي عنده الوديعة : ادفعها إلي سلفاً أو تسلفاً في سلعة أو ما أشبه ذلك ، فإن كانت الذمة قائمة برىء الدافع في المذهب من غير خلاف ، وإن كانت الذمة خربة فقولان .

والسبب في هذا الاختلاف كله أن الأمانة تقوي دعوى المدعي حتى يكون القول قوله مع يمينه ، فمن شبه أمانة الذي أمره المودع أن يدفعها إليه ، أعني : الوكيل بأمانة المودع عنده قال : يكون القول قوله في دعواه التلف كدعوى المستودع عنده ، ومن رأى أن تلك الأمانة أضعف قال : لا يبرأ الدافع بتصديق القابض مع دعوى التلف ، ومن رأى المأمور بمنزلة الأمر قال : القول قول الدافع للمأمور كما كان القول قوله مع الأمر ، وهو مذهب أبي حنيفة ، ومن رأى أنه أضعف منه قال : الدافع ضامن إلا أن يحضر القابض المال ، وإذا أودعها بشرط الضمان فالجمهور على أنه لا يضمن ، وقال الغير : يضمن ؛ وبالجمله فالفقهاء يرون بأجمعهم أنه لا ضمان على صاحب الوديعة إلا أن يتعدى ، ويختلفون في أشياء هل هي تعد أم ليس بتعد ؟

فمن مسائلهم المشهورة في هذا الباب إذا أنفق الوديعة ثم رد مثلها أو أخرجها لنفقتها ثم ردها ، فقال مالك : يسقط عنه الضمان بحالة مثل إذا ردها ، وقال أبو حنيفة : إن ردها بعينها قبل أن ينفقها لم يضمن ، وإن رد مثلها ضمن ،

وقال عبد الملك والشافعي : يضمن في الوجهين جميعاً ، فمن غلظ الأمر ضمنه إياها بتحريكها ونية استنفاها ، ومن رخص لم يضمنها إذا أعاد مثلها .

ومنها اختلافهم في السفر بها ، فقال مالك : ليس له أن يسافر بها إلا أن تعطى له في سفر وقال أبو حنيفة : له أن يسافر بها إذا كان الطريق آمناً ولم ولم ينه صاحب الوديعة . ومنها أنه ليس للمودع عنده أن يودع الوديعة غيره من غير عذر ، فإن فعل ضمن ، وقال أبو حنيفة : إن أودعها عند من تلزمه نفقته لم يضمن ؛ لأنه شبهه بأهل بيته ، وعند مالك له أن يستودع ما أودع عند عياله الذين يأمنهم وهم تحت غلقه من زوج أو ولد أو أمة أو من أشبههم . وبالجملة فعند الجميع أنه يجب عليه أن يحفظها مما جرت به عادة الناس أن تحفظ أموالهم ، فما كان بيتاً من ذلك أنه حفظ اتفق عليه ، وما كان غير بين أنه حفظ اختلف فيه ، مثل اختلافهم في المذهب فيمن جعل وديعة في جيبه فذهبت ، والأشهر أنه يضمن .

وعند ابن وهب أن من أودع وديعة في المسجد فجعلها على نعله فذهبت أنه لا ضمان عليه ، ويختلف في المذهب في ضمانها بالنسيان ، مثل أن ينساها في موضع أو ينسى من دفعها إليه ، أو يدعيها رجلاً ، فقليل : يخلفان وتقسم بينهما ، وقيل : إنه يضمن لكل واحد منهما ، وإذا أراد السفر فله عند مالك أن يودعها عند ثقة من أهل البلد ولا ضمان عليه قدر على دفعها إلى الحاكم أو لم يقدر .

واختلف في ذلك أصحاب الشافعي ، فمنهم من يقول : إن أودعها لغير الحاكم ضمن . وقبول الوديعة عند مالك لا يجب في حال ، ومن العلماء من يرى أنه واجب إذا لم يجد المودع من يودعها عنده ، ولا أجر للمودع عنده على حفظ الوديعة ، وما تحتاج إليه من مسكن أو نفقة فعلى ربه .

واختلفوا من هذا الباب في فرع مشهور ، وهو فيمن أودع مالا فتعدى فيه واتَّجَرَ به فربح فيه ، هل ذلك الربح حلال له أم لا ؟ فقال مالك والليث وأبو يوسف وجماعة : إذا رد المال طاب له الربح وإن كان غاصباً للمال فضلاً عن أن يكون مستودعاً عنده ، وقال أبو حنيفة وزفر ومحمد بن الحسن : يؤدي الأصل ويتصدق بالربح ، وقال قوم : لرب الوديعة الأصل والربح ، وقال قوم : هو مخير بين الأصل والربح ، وقال قوم ، البيع الواقع في تلك التجارة فاسد ، وهؤلاء هم الذين أوجبوا التصديق بالربح إذا مات .

فمن اعتبر التصرف قال : الربح للمتصرف ، ومن اعتبر الأصل قال : الربح لصاحب المال . ولذلك لما أمر عمر رضي الله عنه ابنه عبد الله وعبيد الله أن يصرفا المال الذي أسلفهما أبو موسى الأشعري من بيت المال ، فتجروا فيه فربحاً ، قيل له : لو جعلته قراضاً ، فأجاب إلى ذلك ؛ لأنه قد روي أنه قد حصل للعامل جزء ولصاحب المال جزء ، وأن ذلك عدل .

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً

□ ٤٨ - كتاب العارية □

والنظر في العارية في أركانها وأحكامها . وأركانها خمسة : الإعارة ، والمعير ، والمستعير ، والمعار ، والصيغة . أما الإعارة فهي فعل خير ومندوب إليه ، وقد شدد فيها قوم من السلف الأول . روي عن عبد الله بن عباس وعبد الله ابن مسعود أنهما قالاً في قوله تعالى : ﴿ وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ ﴾^(١) أنه متاع البيت الذي يتعاطاه الناس بينهم من الفأس والدلو والحبل والقدر وما أشبه ذلك . وأما المعير فلا يعتبر فيه إلا كونه مالكا للعارية إما لرقبتها وإما لمنفعتها ، والأظهر أنها لا تصح من المستعير ، أعني : أن يعيرها . وأما العارية فتكون في الدور والأرضين والحيوان ، وجميع ما يعرف بعينه إذا كانت منفعته مباحة الاستعمال ، ولذلك لا تجوز إباحة الجواري للاستمتاع . ويكره للاستخدام إلا أن تكون ذا محرم .

وأما صيغة الإعارة ، فهي كل لفظ يدل على الإذن ، وهي عقد جائز عند الشافعي وأبي حنيفة ؛ أي : للمعير أن يسترد عاريته إذا شاء ، وقال مالك في المشهور : ليس له استرجاعها قبل الانتفاع ، وإن شرط مدة ما لزمته تلك المدة ، وإن لم يشترط مدة لزمته من المدة ما يرى الناس أنه مدة لمثل تلك العارية .

(١) الماعون : الآية (٧) .

وسبب الخلاف ما يوجد فيها من شبه العقود اللازمة وغير اللازمة .

وأما الأحكام فكثيرة ، وأشهرها هل هي مضمونة أو أمانة ؟ فمنهم من قال : إنها مضمونة وإن قامت البينة على تلفها ، وهو قول أشهب والشافعي ، وأحد قولي مالك ، ومنهم من قال نقيض هذا ، وهو أنها ليست مضمونة أصلاً ، وهو قول أبي حنيفة ، ومنهم من قال : يضمن فيما يغاب عليه إذا لم يكن على التلف بينة ، ولا يضمن فيما لا يغاب عليه ، ولا فيما قامت البينة على تلفه ، وهو مذهب مالك المشهور وابن القاسم وأكثر أصحابه .

وسبب الخلاف تعارض الآثار في ذلك ، وذلك أنه ورد في الحديث الثابت أنه قال ﷺ لصفوان بن أمية^(١) « بَلْ عَارِيَّةٌ مَضْمُونَةٌ مُؤَدَّاةٌ » وفي بعضها^(٢)

(١) أخرج أبو داود (٣ / ٨٢٢ رقم ٣٥٦٢) ، وأحمد (٣ / ٤٠١) ، والدارقطني (٣ / ٣٩ رقم ١٦١) ، والحاكم (٢ / ٤٧) ، والبيهقي (٦ / ٨٩) عنه : « أن رسول الله ﷺ استعار منه يوم حنين أدراعاً ، فقال : أغصباً يا محمد ؟ قال : بل عارية مضمونة » .

قلت : للحديث شاهدان :

(الأول) : من حديث جابر ، أخرجه الحاكم (٣ / ٤٨ - ٤٩) ، وعنه البيهقي (٦ / ٨٩) .
(والثاني) : من حديث ابن عباس أخرجه البيهقي (٦ / ٨٨) ، والحاكم (٢ / ٤٧) .
فالحديث حسن . وانظر « الصحيحة » للألباني (٢ / ٢٠٨ رقم ٦٣١) .

(٢) ● أخرج أبو داود (٣ / ٨٢٦ رقم ٣٥٦٦) ، والنسائي في الكبرى - كما في أطراف المزي - (٤ / ١٩٠) ، والدارقطني (٣ / ٣٩ رقم ١٥٩) وابن حبان في صحيحه (ص ٢٨٥ رقم ١١٧٣ - الموارد) ، وأحمد (٤ / ٢٢٢) .

من حديث يعلى بن أمية ، قال : قال لي رسول الله ﷺ : « إذا أتتك رُسُلِي فَأَعْطِهِمْ ثَلَاثِينَ دِرْعاً ، وَثَلَاثِينَ بَعِيراً » قال : فقلت : يا رسول الله ، أعارية مضمونة ، أو عارية مؤداة ؟ قال : « بل مؤداة » وهو حديث حسن . انظر « الصحيحة » للألباني (رقم ٦٣٠) .

« بَلْ عَارِيَّةٌ مُؤَدَّاةٌ » وروى عنه أنه قال « لَيْسَ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ ضَمَانٌ »^(١) فمن رجع وأخذ بهذا أسقط الضمان عنه ، ومن أخذ بحديث صفوان بن أمية ألزمه الضمان ، ومن ذهب مذهب الجمع فرق بين ما يغاب عليه وبين ما لا يغاب عليه ، فحمل هذا الضمان على ما يغاب عليه ، والحديث الآخر على ما لا يغاب عليه ، إلا أن الحديث الذي فيه « ليس على المستعير ضمان » غير مشهور^(٢) ، وحديث صفوان صحيح ، ومن لم ير الضمان شبهها بالوديعة ، ومن فرق قال : الوديعة مقبوضة لمنفعة الدافع ، والعارية لمنفعة القابض .

واتفقوا في الإجارة على أنها غير مضمونة ؛ أعني : الشافعي وأبا حنيفة ومالكا ، ويلزم الشافعي إذا سلم أنه لا ضمان عليه في الإجارة أن لا يكون ضمان في العارية إن سلم ، أن سبب الضمان هو الانتفاع ؛ لأنه إذا لم يضمن حيث

● وأخرج الدارقطني (٣ / ٣٨ رقم ١٥٧) ، والحاكم (٢ / ٤٧) ، والبيهقي (٦ / ٨٨) .

عن ابن عباس ، « أن رسول الله ﷺ استعار من صفوان بن أمية أدرعاً وسلاحاً في غزوة حنين ، فقال : يا رسول الله ، أعارية مؤداة ؟ قال : عارية مؤداة » . قال الحاكم : صحيح على شرط مسلم ، ووافقه الذهبي . قلت : وفي سنده : إسحاق بن عبد الواحد القرشي متروك الحديث ، وقال الذهبي في الميزان (١ / ١٩٤ رقم ٧٧٣) : « وإه » . وهو حديث حسن . بشواهد والله أعلم .

(١) أخرج الدارقطني (٣ / ٤١ رقم ١٦٨) ، والبيهقي (٦ / ٩١) عن عبد الله بن عمرو عن النبي ﷺ قال : « ليس على المستعير غير المغل ضمان ، ولا على المستودع غير المغل ضمان » .

قال الدارقطني : « عمرو بن عبد الجبار » و « عبيدة بن حسان » ضعيفان . وإنما يروى عن شريح القاضي غير مرفوع . قلت : وضعف البيهقي الحديث أيضاً وصحح وقفه على شريح .

(٢) بل ضعيف كما تقدم ..

قبض لمنفعتهما فأحرى أن لا يضمن حيث قبض لمنفعته إذا كانت منفعة الدافع مؤثرة في إسقاط الضمان . واختلفوا إذا شرط الضمان ، فقال قوم : يضمن ، وقال قوم : لا يضمن ، والشرط باطل ، ويحيى على قول مالك إذا اشترط الضمان في الموضع الذي لا يجب فيه عليه الضمان أن يلزم إجارة المثل في استعماله العارية ؛ لأن الشرط يخرج العارية عن حكم العارية إلى باب الإجارة الفاسدة إذا كان صاحبها لم يرض أن يعيرها إلا بأن يخرجها في ضمانه ، فهو عوض مجهول فيجب أن يرد إلى معلوم . واختلف عن مالك والشافعي إذا غرس المستعير وبني ثم انقضت المدة التي استعار إليها ، فقال مالك : المالك بالخيار إن شاء أخذ المستعير بقلع غراسه وبنائه ، وإن شاء أعطاه قيمته مقلوعاً إذا كان مما له قيمة بعد القلع ، وسواء عند مالك انقضت المدة المحدودة بالشرط أو بالعرف أو العادة ، وقال الشافعي : إذا لم يشترط عليه القلع فليس له مطالبة بالقلع ، بل يخير المعير بأن يقيه بأجر يعطاه ، أو ينقض بأرش ، أو يتملك ببدل ، فأبى أراد المعير أجبر عليه المستعير ، فإن أبى كلف تفريغ الملك . وفي جواز بيعته للنقض عنده خلاف ؛ لأنه معرض للنقض ، فرأى الشافعي أن أخذه المستعير بالقلع دون أرش هو ظلم ، ورأى مالك أن عليه إخلاء المحل ، وأن العرف في ذلك يتنزل منزلة الشروط ، وعند مالك أنه إن استعمل العارية استعمالاً ينقصها عن الاستعمال المأذون فيه ضمن ما نقصها بالاستعمال . واختلفوا من هذا الباب في الرجل يسأل جاره أن يعيره جداره ليغرز فيه خشبة لمنفعته ولا تضر صاحب الجدار ، وبالجملية في كل ما ينتفع به المستعير ولا ضرر على المعير فيه ، فقال مالك وأبو حنيفة : لا يقضي عليه به إذ العارية لا يقضى بها ، وقال الشافعي وأحمد وأبو ثور وداود وجماعة أهل الحديث : يقضى بذلك ، وحجتهم ما أخرجه مالك^(١) عن ابن

(١) في الموطأ (٢ / ٧٤٥ رقم ٣٢) .

قلت : وأخرجه البخاري (رقم ٢٣٣١ - البغا ، ومسلم (٣ / ١٢٣٠ رقم ١٣٦) =

شهاب عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال : « لا يَمْنَعُ أَحَدُكُمْ جَارَهُ أَنْ يَغْرِزَ خَشَبَةً فِي جِدَارِهِ » ثم يقول أبو هريرة : مالي أراكم عنها معرضين ، والله لأرمين بها بين أكتافكم . واحتجوا أيضاً بما رواه مالك عن عمر بن الخطاب أن الضحاك بن قيس ساق خليجا له من العريض ، فأرادوا أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة ، فأبى محمد ، فقال له الضحاك : أنت تمنعني وهو لك منفعة ، تسقي منه أولاً وآخرًا ولا يضرك ؟ فأبى محمد ، فكلّم فيه الضحاك عمر بن الخطاب ، فدعا عمر محمد بن مسلمة ، فأمره أن يخلي سبيله ، قال محمد : لا ، فقال عمر : لا تمنع أخاك ما ينفعه ولا يضرك ، فقال محمد : لا ، فقال عمر : والله ليمرن به ولو على بطنك ، فأمره عمر أن يمر به ، ففعل الضحاك . وكذلك حديث عمرو بن يحيى المازني عن أبيه أنه قال : كان في حائط جدي ربيع لعبد الرحمن بن عوف ، فأراد أن يحوله إلى ناحية من الحائط ، فمنعه صاحب الحائط ، فكلّم عمر بن الخطاب ، فقضى لعبد الرحمن بن عوف بتحويله ، وقد عدل الشافعي مالكا لإدخاله هذه الأحاديث في موطئه ، وتركه الأخذ بها . وعمدة مالك وأبي حنيفة قوله ﷺ : « لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا عَنْ طِيبٍ نَفْسٍ مِنْهُ »^(١) وعند الغير أن عموم هذا مخصص بهذه الأحاديث ، وبخاصة حديث أبي هريرة . وعند مالك أنها محمولة على الندب ، وأنه إذا أمكن أن تكون مختصة ، وأن تكون على الندب فحملها على الندب أولى ؛ لأن بناء العام على الخاص إنما يجب إذا لم يمكن بينهما جمع ووقع التعارض . وروى أصبغ عن ابن القاسم : أنه لا يؤخذ بقضاء عمر على محمد بن مسلمة في الخليج ، ويؤخذ بقضائه لعبد الرحمن بن عوف في تحويل الربيع ، وذلك أنه رأى أن تحويل الربيع أسير من أن يمر عليه طريق لم يكن قبل ، وهذا القدر كاف بحسب غرضنا .

= (١٦٠٩) ، وأبو داود (٤٩/ ٤ رقم ٣٦٣٤) ، والترمذي (٣ / ٦٣٥ رقم ١٣٥٣) ، وابن ماجه (٢ / ٧٨٣ رقم ٢٣٣٥) ، والبيهقي (٦ / ٦٨) وغيرهم .

(١) تقدم تخريجه في البيوع .

بسم الله الرحمن الرحيم
وصلّى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً

□ ٤٩ - كتاب الغصب □

وفيه بابان :

الأول : في الضمان ، وفيه ثلاثة أركان : الأول : الموجب للضمان .

والثاني : ما فيه الضمان . والثالث : الواجب .

وأما الباب الثاني : فهو في الطوارئ على المغصوب .

○ الباب الاول ○

[في الضمان]

• الركن الأول .

وأما الموجب للضمان ، فهو: إما المباشرة لأخذ المال المغصوب أو لإتلافه ، وإما المباشرة للسبب المتلف ، وإما إثبات اليد عليه . واختلفوا في السبب الذي يحصل بمباشرة الضمان إذا تناول التلف بواسطة سبب آخر هل يحصل به ضمان أم لا ؟ وذلك مثل أن يفتح قفصا فيه طائر فيطير بعد الفتح ، فقال مالك : يضمه هاجه على الطيران أو لم يهجه . وقال أبو حنيفة: لا يضم على حال ، وفرق الشافعي بين أن يهجه على الطيران أو لا يهجه ، فقال : يضم إن هاجه ، ولا يضم إن لم يهجه ، ومن هذا من حفر بئرا فسقط فيه شيء فهلك ، فمالك والشافعي يقولان : إن حفر بحيث أن يكون حفره تعديا ضمن ما تلف فيه وإلا لم يضم ، ويجيء على أصل أبي حنيفة أنه لا يضم في مسألة الطائر ، وهل يشترط في المباشرة العمد أو لا يشترط ؟ فالأشهر أن الأموال تضمن عمداً وخطأً ، وإن كانوا قد اختلفوا في مسائل جزئية من هذا الباب ، وهل يشترط فيه أن يكون مختاراً ؟ فالمعلوم عن الشافعي أنه يشترط أن يكون مختاراً ، ولذلك رأى على المكره الضمان ؛ أعني : المكره على الإتلاف .

• الركن الثاني .

وأما ما يجب فيه الضمان ، فهو كل مال أتلقت عينه أو تلقت عند الغاصب عينه بأمر من السماء أو سلطت اليد عليه وتملك ، وذلك فيما ينقل ويحول باتفاق .

واختلفوا فيما لا ينقل ولا يحول مثل العقار ، فقال الجمهور : إنها تضمن بالغصب ، أعني : أنها إن انهدمت للدار ضمن قيمتها ، وقال أبو حنيفة : لا يضمن .

وسبب اختلافهم هل كون يد الغاصب على العقار مثل كون يده على ما ينقل ويحول ؟ فمن جعل حكم ذلك واحدًا قال بالضمان ، ومن لم يجعل حكم ذلك واحدًا قال : لا ضمان .

• الركن الثالث .

وهو الواجب في الغصب ، والواجب على الغاصب إن كان المال قائما عنده بعينه لم تدخله زيادة ولا نقصان أن يرده بعينه ، وهذا لا خلاف فيه ، فإذا ذهبت عينه ، فإنهم اتفقوا على أنه إذا كان مكيلًا أو موزونًا أن على الغاصب المثل ؛ أعني : مثل ما استهلك صفة ووزنًا .

واختلفوا في العروض فقال مالك : لا يقضى في العروض من الحيوان وغيره إلا بالقيمة يوم استهلك ، وقال الشافعي وأبو حنيفة وداود : الواجب في ذلك مثل ، ولا تلزم القيمة إلا عند عدم المثل . وعمدة مالك حديث أبي هريرة المشهور عن النبي ﷺ : « مَنْ أَعْتَقَ شِقْصًا لَهُ فِي عَبْدٍ قَوْمَ عَلَيْهِ الْبَاقِي قِيمَةَ الْعَدْلِ »^(١) الحديث . ووجه الدليل منه أنه لم يلزمه المثل وألزمه القيمة . وعمدة الطائفة الثانية قوله تعالى : ﴿ فَجَزَاءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ ﴾^(٢) ولأن منفعة الشيء قد تكون هي المقصودة عند المتعدى عليه . ومن الحجة لهم ما أخرجه أبو داود^(٣) من حديث أنس وغيره « أن رسول الله ﷺ كان عند بعض نسائه ، فأرسلت

(١) سيأتي تخريجه في « العتق » إن شاء الله .

(٢) المائدة : الآية (٩٥) .

(٣) في السنن (٣ / ٨٢٦ رقم ٣٥٦٧) واللفظ له .

قلت : وأخرجه البخاري (٩ / ٣٢٠ رقم ٥٢٢٥) ، وأحمد (٣ / ١٠٥) ،

والترمذي (٣ / ٦٤٠ رقم ١٣٥٩) ، وابن ماجه (٢ / ٧٨٢ رقم ٢٣٣٤) .

إحدى أمهات المؤمنين جارية بقصعة لها فيها طعام ، قال : فضربت بيدها فكسرت القصعة ، فأخذ النبي ﷺ الكسرتين فضم إحداهما إلى الأخرى وجعل فيها جميع الطعام ويقول : غارت أُمُكُمْ كُلُّوا كُلُّوا ، حتى جاءت قصعتها التي في بيتها ، وحبس رسول الله ﷺ القصعة حتى فرغوا ، فدفع الصحيفة الصحيحة إلى الرسول ، وحبس المكسورة في بيته ، وفي حديث آخر « أن عائشة كانت هي التي غارت وكسرت الإناء ، وأنها قالت لرسول الله ﷺ : ما كفارة ما صنعتُ ؟ قال : إِنْاءٌ مِثْلُ إِنْاءٍ ، وطَعَامٌ مِثْلُ طَعَامٍ » ^(١) .

(١) أخرجه أبو داود (٣ / ٨٢٧ رقم ٣٥٦٨) واللفظ له .

وأحمد (٣ / ٢٦٣) ، والنسائي (٧ / ٧١ رقم ٣٩٥٧) . من حديث عائشة رضي الله عنها .

قلت : إسناده ضعيف ، لكن لا بأس به في الشواهد والمتابعات ، والصحيح أن صاحبة الطعام هي أم سلمة رضي الله عنها .

○ الباب الثاني ○

[في الطوارئ]

والطوارئ على المغصوب إما بزيادة وإما بنقصان ، وهذان إما من قبل المخلوق ، وإما من قبل الخالق . فأما النقصان الذي يكون بأمر من السماء فإنه ليس له إلا أن يأخذه ناقصاً ، أو يضمّنه قيمته يوم الغصب ، وقيل : إن له أن يأخذ ويضمن الغاصب قيمة العيب . وأما إن كان النقص بجناية الغاصب فالمغصوب مخير في المذهب بين أن يضمّنه القيمة يوم الغصب أو يأخذه ، وما نقصته الجناية يوم الجناية عند ابن القاسم وعند سحنون ما نقصته الجناية يوم الغصب ، وذهب أشهب إلى أنه مخير بين أن يضمّنه القيمة أو يأخذه ناقصاً ، ولا شيء له في الجناية كالذي يصاب بأمر من السماء ، وإليه ذهب ابن المواز .

والسبب في هذا الاختلاف أن من جعل المغصوب مضموناً على الغاصب بالقيمة يوم الغصب ؛ جعل ما حدث فيه من نماء أو نقصان ، كأنه حدث في ملك صحيح ، فأوجب له الغلة ولم يوجب عليه في النقصان شيئاً سواء كان من سببه أو من عند الله ، وهو قياس قول أبي حنيفة . وبالجمله فقياس قول من يضمّنه قيمته يوم الغصب فقط . ومن جعل المغصوب مضموناً على الغاصب بقيمته في كل أوان كانت يده عليه آخذة بأرفع القيم ، وأوجب عليه رد الغلة وضمن النقصان ، سواء كان من فعله أو من عند الله ، وهو قول الشافعي أو قياس قوله . ومن فرق بين الجناية التي تكون من الغاصب ، وبين الجناية التي تكون بأمر من السماء ، وهو مشهور مذهب مالك ، وابن القاسم فعمدته قياس الشبه ؛ لأنه رأى أن جناية الغاصب على الشيء الذي غصبه ، هو غصب ثان متكرر منه ،

كما لو جنى عليه وهو في ملك صاحبه ، فهذا هو نكتة الاختلاف في هذا الباب .
فقف عليه .

وأما إن كانت الجناية عند الغاصب من غير فعل الغاصب ، فالمغصوب
مخير بين أن يضْمَنَ الغاصب القيمة يوم الغصب ويتبع الغاصب الجاني ، وبين
أن يترك الغاصب ويتبع الجاني بحكم الجنايات ، فهذا حكم الجنايات على العين
في يد الغاصب .

وأما الجناية على العين من غير أن يغصبها غاصب ، فإنها تنقسم عند مالك
إلى قسمين : جناية تبطل سيرا من المنفعة ، والمقصود من الشيء باق ، فهذا
يجب فيه ما نقص يوم الجناية ، وذلك بأن يقوم صحيحا ويقوم بالجناية ، فيعطى
ما بين القيمتين .

وأما إن كانت الجناية مما تبطل الغرض المقصود ، فإن صاحبه يكون مخيرا
إن شاء أسلمه للجاني وأخذ قيمته ، وإن شاء أخذ قيمة الجناية ، وقال الشافعي
وأبو حنيفة : ليس له إلا قيمة الجناية .

وسبب الاختلاف الالتفات إلى الحمل على الغاصب ، وتشبيه إتلاف أكثر
المنفعة بإتلاف العين .

وأما التمسك فإنه على قسمين :

أحدهما : أن يكون بفعل الله كالصغير يكبر ، والمهزول يسمن ، والعيب يذهب .
والثاني : أن يكون مما أحدثه الغاصب .

فأما الأول فإنه ليس بفوت وأما التمسك بما أحدثه الغاصب في الشيء
المغصوب ، فإنه ينقسم فيما رواه ابن القاسم عن مالك إلى قسمين :

أحدهما : أن يكون قد جعل فيه من ماله ما له عين قائمة كالصبغ في

الثوب ، والنقش في البناء ، وما أشبه ذلك .

والثاني : أن لا يكون قد جعل فيه من ماله سوى العمل كالخياطة ، والنسج ، وطحن الحنطة ، والخشبة يعمل منها تواييت .

فأما الوجه الأول ، وهو أن يجعل فيه من ماله ما له عين قائمة ، فإنه ينقسم إلى قسمين :

أحدهما : أن يكون ذلك الشيء مما يمكنه إعادته على حاله كالبقعة بينها ، وما أشبه ذلك .

والثاني : أن لا يقدر على إعادته كالثوب يصبغه ، والسويق يلته .

فأما الوجه الأول : فالمغصوب منه مخير بين أن يأمر الغاصب بإعادة البقعة على حالها ، وإزالة ما له فيها مما جعله من نقض أو غيره ، وبين أن يعطي الغاصب قيمة ماله فيها من النقض مقلوعًا بعد حط أجر القلع ، وهذا إذا كان الغاصب ممن لا يتولى ذلك بنفسه ولا غيره ، وإنما يستأجر عليه ، وقيل : إنه لا يحط من ذلك أجر القلع ، هذا إن كانت له قيمة ، وأما إن لم تكن له قيمة لم يكن للغاصب على المغصوب فيه شيء ؛ لأن من حق المغصوب أن يعيد له الغاصب ما غصب منه على هيئته ، فإن لم يطالبه بذلك لم يكن له مقال .

وأما الوجه الثاني : فهو فيه مخير بين أن يدفع قيمة الصبغ وما أشبهه ؛ ويأخذ ثوبه ، وبين أن يضمه قيمة الثوب يوم غصبه ، إلا في السويق الذي يلته في السمن وما أشبه ذلك من الطعام ، فلا يخير فيه لما يدخله من الربا ويكون ذلك فواتًا يلزم الغاصب فيه المثل ، أو القيمة فيما لا مثل له .

وأما الوجه الثاني من التقسيم الأول ، وهو أن لا يكون أحدث الغاصب فيما أحدثه في الشيء المغصوب سوى العمل فإن ذلك أيضًا ينقسم قسمين : أحدهما : أن يكون ذلك يسيرًا لا ينتقل به الشيء عن اسمه ، بمنزلة الخياطة

في الثوب أو الرقعة .

والثاني : أن يكون العمل كثيرًا ينتقل به الشيء المغصوب عن اسمه ؛ كالخشب يعمل منها تابوتًا ، والقمح يطحنه ، والغزل ينسجه ، والفضة يصوغها حلًا أو دراهم ، فأما الوجه الأول : فلا حق فيه للغاصب ، ويأخذ المغصوب منه الشيء المغصوب معمولًا .

أما الوجه الثاني : فهو فوت يلزم الغاصب قيمة الشيء المغصوب يوم غصبه ؛ أو مثله فيما له مثل ، هذا تفصيل مذهب ابن القاسم في هذا المعنى ، وأشهب يجعل ذلك كله للمغصوب ، أصله مسألة البنيان ، فيقول : إنه لا حق للغاصب فيما لا يقدر على أخذه من الصبغ والرفو والنسج والديباغ والطحين . وقد روى عن ابن عباس أن الصبغ تفويت يلزم الغاصب فيه القيمة يوم الغصب ، وقد قيل : إنهما يكونان شريكين ، هذا بقيمة الصبغ ، وهذا بقيمة الثوب إن أئى رب الثوب أن يدفع قيمة الصبغ ، وإن أئى الغاصب أن يدفع قيمة الثوب ، وهذا القول أنكره ابن القاسم في المدونة في كتاب اللقطة وقال : إن الشركة لا تكون إلا فيما كان بوجه شبه جلية . وقول الشافعي في الصبغ مثل قول ابن القاسم إلا أنه يجيز الشركة بينهما ويقول : إنه يؤمر الغاصب بقلب الصبغ إن أمكنه وإن نقص الثوب ، ويضمن للمغصوب مقدار النقصان ، وأصول الشرع تقتضي أن لا يستحل ماله الغاصب من أجل غصبه ، وسواء كان منفعة أو عينًا إلا أن يحتج محتج بقوله صلى الله عليه وسلم : « لَيْسَ لِعِرْقِي ظَالِمٌ حَقٌّ » ^(١) لكن هذا مجمل ، (١) وهو حديث صحيح .

وقد روي عن سعيد بن زيد ، وعائشة ، ورجل من الصحابة ، وسمرة بن جندب ، وغيرهم .

● أما حديث سعيد بن زيد :

فقد أخرجه أبو داود (٤٥٣/ ٣) رقم (٣٠٧٣) ، وعنه البيهقي (١٤٢/ ٦) ، والترمذي (٦٦٢/ ٣) رقم (١٣٧٨) عنه .

ومفهومه الأول أنه ليس له منفعة متولدة بين ماله وبين الشيء الذي غصبه ،
أعني : ماله المتعلق بالمغصوب ، فهذا هو حكم الواجب في عين المغصوب تغير

= عن النبي ﷺ قال : « من أحيا أرضاً ميتةً فهي له ، وليس لعرق ظالم حق » .
قال الترمذي : هذا حديث حسن غريب ، وقد رواه بعضهم عن هشام بن عروة
عن أبيه عن النبي ﷺ مرسلًا .

قلت : أخرجه مالك في الموطأ (٢ / ٧٤٣ رقم ٢٦) عن هشام به مرسلًا . وكذلك
أخرجه أبو عبيد في الأموال (رقم ٧٠٤) ، والبيهقي (٦ / ١٤٢) من طرق أخرى
عن هشام به .

● وأما حديث عائشة :

فقد أخرجه الطيالسي في مسنده (ص ٢٠٣ رقم ١٤٤٠) ، وعنه أخرجه البيهقي
(٦ / ١٤٢) ، والدارقطني (٤ / ٢١٧ رقم ٥٠) عنها قالت : قال رسول الله
ﷺ : « العباد عباد الله ، والبلاد بلاد الله ، فمن أحيا من موات الأرض شيئاً فهو
له ، وليس لعرق ظالم حق » .

قلت : وفي سنده : زمة ، وهو ابن صالح : ضعيف ، وأخرج له مسلم مقروناً
بغيره . وقال ابن أبي حاتم (١ / ٤٧٤) عن أبيه : « هذا حديث منكر » .
وتعقبه الألباني في الإرواء (٥ / ٣٥٤) قائلاً : « لكن له شاهد من حديث فضالة
ابن عبيد مرفوعاً دون الجملة الأخيرة ، قال الهيثمي (٤ / ١٥٧) : « رواه الطبراني ،
ورجاله رجال الصحيح » .

● وحديث الرجل من الصحابة :

أخرجه أبو داود (٣ / ٤٥٤ رقم ٣٠٧٤) ، وأبو عبيد في الأموال (رقم ٧٠٧) ،
والبيهقي (٦ / ١٤٢) عنه .

وقال الألباني في الإرواء (٥ / ٣٥٥) : « وهذا إسناد رجاله ثقات ، لولا أن ابن
إسحاق مدلس ، وقد عنعنه ، ومع ذلك فإن الحافظ ابن حجر قال في « بلوغ
المرام » : « رواه أبو داود وإسناده حسن » .

● وحديث سمرة :

أخرجه البيهقي (٦ / ١٤٢) ، وأبو داود (٣ / ٤٥٦ رقم ٣٠٧٧) ، وابن الجارود
في المنتقى (رقم ١٠١٥) دون الشطر الثاني منه ، وكذا رواه الطيالسي (ص ١٢٢
رقم ٩٠٦) ، وأحمد (٥ / ١٢ ، ٢١) وعنه : عنعنة الحسن البصري .

أو لم يتغير .

وأما حكم غلته ، فاختلف في ذلك في المذهب على قولين :
أحدهما : أن حكم الغلة حكم الشيء المغصوب .
والثاني أن حكمهما بخلاف الشيء المغصوب .

فمن ذهب إلى أن حكمهما حكم الشيء المغصوب ، وبه قال أشهب من أصحاب مالك يقول : إنما تلزمه الغلة يوم قبضها أو أكثر مما انتهت إليه قيمتها ؛ على قول من يرى أن الغاصب يلزمه أرفع القيم من يوم غصبها لا قيمة الشيء المغصوب يوم الغصب .

وأما الذين ذهبوا إلى أن حكم الغلة بخلاف حكم الشيء المغصوب ، فاختلفوا في حكمها اختلافاً كثيراً بعد اتفاقهم على أنها إن تلفت ببينة ، أنه لا ضمان على الغاصب ، وأنه إن ادعى تلفها لم يصدق وإن كان مما لا يغاب عليه . وتحصيل مذهب هؤلاء في حكم الغلة هو أن الغلال تنقسم إلى ثلاثة أقسام : أحدها : غلة متولدة عن الشيء المغصوب على نوعه وخلقته وهو الولد . وغلة متولدة عن الشيء لا على صورته ، وهو مثل الثمر ولبن الماشية وجبنها وصوفها .

وغلال غير متولدة بل هي منافع ، وهي الأكرية والخراجات وما أشبه ذلك .

فأما ما كان على خلقته وصورته فلا خلاف أعلمه أن الغاصب يردده كالولد مع الأم المغصوبة وإن كان ولد الغاصب . وإنما اختلفوا في ذلك إذا ماتت الأم ، فقال مالك : هو مخير بين الولد وقيمة الأم ، وقال الشافعي : بل يرد الولد وقيمة الأم وهو القياس .

وأما إن كان متولداً على غير خلقته الأصل وصورته ففيه قولان :

أحدهما : أن للغاصب ذلك المتولد .

والثاني : أنه يلزمه رده مع الشيء المغصوب إن كان قائماً أو قيمتها إن ادعى تلفها ولم يُعرف ذلك إلا من قوله ، فإن تلف الشيء المغصوب كان خيراً بين أن يضمه بقيمته ولا شيء له في الغلة وبين أن يأخذه بالغلة ولا شيء له من القيمة .

وأما ما كان غير متولد ، فاختلفوا فيه على خمسة أقوال :

أحدها : أنه لا يلزمه رده جملة من غير تفصيل .

والثاني : أنه يلزمه رده من غير تفصيل أيضاً .

والثالث : أنه يلزمه الرد إن أكرى ، ولا يلزمه الرد إن انتفع أو عطل .

والرابع : يلزمه إن أكرى أو انتفع ، ولا يلزمه إن عطل .

والخامس : الفرق بين الحيوان والأصول ، أعني : أنه يرد قيمة منافع الأصول ، ولا يرد قيمة منافع الحيوان ، وهذا كله فيما اغتلت من العين المغصوبة مع عينا وقيامها .

وأما ما اغتلت منها بتصرفها وتحويل عينا كاللدنانير فيغتصبها فيتجر بها فيربح ، فالغلة قولاً واحداً في المذهب ، وقال قوم : الربح للمغصوب ، وهذا أيضاً إذا قصد غصب الأصل . وأما إذا قصد غصب الغلة دون الأصل فهو ضامن للغلة بإطلاق ، ولا خلاف في ذلك سواء عطل أو انتفع أو أكرى ، كان مما يزال به أو بما لا يزال به ، وقال أبو حنيفة : إنه من تعدى على دابة رجل فركبها أو حمل عليها فلا كراء عليه في ركوبه إياها ولا في حملة ؛ لأنه ضامن لها إن تلفت في تعديه ، وهذا قوله في كل ما ينقل ويحوّل ، فإنه لما رأى أنه قد ضمنه بالتعدي وصار في ذمته جازت له المنفعة كما تقول المالكية فيما تجر به من المال المغصوب ، وإن كان الفرق بينهما أن الذي تجر به تحولت عينه ، وهذا لم تتحول

عينه . وسبب اختلافهم في هل يرد الغاصب الغلة أو لا يردها اختلافهم في تعميم قوله ﷺ : « الْخَرَجُ بِالْضَّمَانِ » ^(١) وقوله ﷺ : « لَيْسَ لِعِرْقِ ظَالِمٍ حَقٌّ » ^(٢) وذلك أن قوله ﷺ هذا خرج على سبب ، وهو في غلام قيم فيه بيع ، فأراد الذي صرف عليه أن يرد المشتري غلته ، وإذا خرج العام على سبب هل يقصر على سببه أم يحمل على عمومه ؟ فيه خلاف بين فقهاء الأمصار مشهور . فمن قصر ههنا هذا الحكم على سببه قال : إنما تجب الغلة من قبل الضمان فيما صار إلى الإنسان بشبهة ، مثل أن يشتري شيئاً فيستغله فيستحق منه . وأما ما صار إليه بغير وجه شبهة ، فلا تجوز له الغلة ؛ لأنه ظالم ، وليس لِعِرْقِ ظالمٍ حق . فعمم هذا الحديث في الأصل والغلة ؛ أعني : عموم هذا الحديث وخصص الثاني .

وأما من عكس الأمر فعمم قوله ﷺ : « الْخَرَجُ بِالْضَّمَانِ » ^(٣) على أكثر من السبب الذي خرج عليه ، وخصص قوله ﷺ : « لَيْسَ لِعِرْقِ ظَالِمٍ حَقٌّ » ^(٤) بأن جعل ذلك في الرقبة دون الغلة قال : لا يرد الغلة الغاصب .

وإما من المعنى كما تقدم من قولنا فالقياس أن تجري المنافع والأعيان المتولدة مجرى واحداً ، وأن يعتبر التضمن أو لا يعتبر . وأما سائر الأقاويل التي بين هذين فهي استحسان .

وأجمع العلماء على أن من اغترس نخلاً أو ثمرًا بالجملة ونباتًا في غير أرضه ، أنه يؤمر بالقلع لما ثبت من حديث مالك عن هشام بن عروة عن أبيه أن رسول الله ﷺ قال : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ وَلَيْسَ لِعِرْقِ ظَالِمٍ حَقٌّ » ^(٥) ، والعرق الظالم عندهم هو ما اغترس في أرض الغير .

(١) تقدم تخريجه في البيوع .

(٢) تقدم تخريجه قريباً .

(٣) تقدم تخريجه في البيوع .

(٤) تقدم تخريجه قريباً .

وروى أبو داود^(١) في هذا الحديث زيادة قال عروة : ولقد حدثني الذي حدثني هذا الحديث « أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ غرس أحدهما نخلاً في أرض الآخر ، فقضى لصاحب الأرض بأرضه ، وأمر صاحب النخل أن يخرج نخله منها » قال : فلقد رأيتهما وإنما لتضرب أصولها بالفؤوس ، وإنما لنخل عُم حتى أُخْرِجَتْ منها إلا ما روي في المشهور عن مالك « أن من زرع زرعا في أرض غيره وفات أوان زراعته لم يكن لصاحب الأرض أن يقلع زرعه ، وكان على الزارع كراء الأرض ، وقد روي عنه ما يشبه قياس قول الجمهور ، وعلى قوله : إن كل ما لا ينتفع الغاصب به إذا قلعه وأزاله أنه للمغصوب يكون الزرع على هذا للزارع. وفرق قوم بين الزرع والثمار فقالوا : الزارع في أرض غيره له نفقته وزريعته ، وهو قول كثير من أهل المدينة ، وبه قال أبو عبيد ، وروي عن رافع بن خديج^(٢) أنه قال ﷺ : « مَنْ زَرَعَ فِي أَرْضِ قَوْمٍ بغيرِ إِذْنِهِمْ فَلَهُ نَفَقَتُهُ ، وَلَيْسَ لَهُ مِنَ الزَّرْعِ شَيْءٌ »

(١) في السنن (٣ / ٤٥٥ رقم ٣٠٧٤) وقد تقدم من حديث رجل من الصحابة .
(٢) وهو حديث صحيح بطرقه :

● أخرجه أبو داود (٣ / ٦٩٢ رقم ٣٤٠٣) ، والترمذي (٣ / ٦٤٨ رقم ١٣٦٦) ، وابن ماجه (٢ / ٨٢٤ رقم ٢٤٦٦) ، وأبو عبيد في الأموال (رقم ٧٠٨) ، والطحاوي في شرح المعاني (٤ / ١١٧) ، والطيالسي (١ / ٢٧٨ رقم ١٤٠١ - منحة المعبود) ، والبيهقي (٦ / ١٣٦) ، وأحمد (٣ / ٤٦٥) و (٤ / ١٤١) من طرق عن شريك ، عن أبي إسحاق ، عن عطاء ، عن رافع به .
وقال الترمذي : حديث حسن غريب . قلت : تحسین الترمذي للحديث من أجل طرقه الآتية . وإلا فإن الإسناد ضعيف ، وله ثلاث علل :

- ١ - الانقطاع بين عطاء ورافع .
 - ٢ - اختلاط أبي إسحاق وهو السبيعي وعنفته .
 - ٣ - ضعف شريك بن عبد الله القاضي .
- انظر السنن الكبرى للبيهقي (٦ / ١٣٦ - ١٣٧) فقد أوضح ذلك . =

واختلف العلماء في القضاء فيما أفسدته المواشي والدواب على أربعة أقوال :
أحدها : أن كل دابة مرسله فصاحبها ضامن لما أفسدته .

والثاني : أن لا ضمان عليه .

والثالث : أن الضمان على أرباب البهائم بالليل ، ولا ضمان عليهم فيما أفسدته
بالنهار .

= لكن للحديث طرق أخرى يتقوى بها .

(الأولى) : عن بكير عن عبد الرحمن بن أبي نعيم أن رافع بن خديج أخبره : « أنه
زرع أرضاً أخذها من بني فلان ، فمر به رسول الله ﷺ وهو يسقي زرع ، فسأله
لمن هذا ؟ فقال : الزرع لي ، وهي أرض بني فلان ، أخذتها ، لي الشطر ، ولهم
الشطر ، قال : فقال : انفض يدك من غبارها ورد الأرض إلى أهلها ، وخذ نفقتك ،
قال : فانطلقت فأخبرتهم بما قال رسول الله ﷺ ، قال : فأخذ نفقته ورد
إليهم أرضهم » .

أخرجه أبو داود (٣ / ٦٩٢ رقم ٣٤٠٢) ، والطحاوي في مشكل الآثار
(٣ / ٢٨٢) ، والبيهقي (٦ / ١٣٦) .

قلت : في سنده « بكير بن عامر البجلي » وهو ضعيف . كما قاله الحافظ في التقریب
(١ / ١٠٨ رقم ١٣٦) .

(والأخرى) : عن أبي جعفر الخطمي ، قال : بعثني عمي أنا وغلماً له إلى سعيد بن
المسيب ، قال : فقلنا له : شيء بلغنا عنك في المزارعة ، قال : « كان ابن عمر لا يرى
بها بأساً ، حتى بلغه عن رافع بن خديج حديث ، فأتاه فأخبره رافع أن رسول الله
ﷺ أتى بني حارثة ، فرأى زرعاً في أرض ظهير ، فقال : ما أحسن زرع ظهير ،
قالوا : ليس لظهير ، قال : أليس أرض ظهير ، قالوا : بلى ولكنه زرع فلان ، قال :
فخذوا زرعكم ، وردوا عليه النفقة ، قال رافع : فأخذنا زرعنا ، ورددنا
إليه النفقة » .

أخرجه أبو داود (٣ / ٦٩٠ رقم ٣٣٩٩) ، والطحاوي في مشكل الآثار (٣ / ٢٨١) ،
والبيهقي (٦ / ١٣٦) وإسناده صحيح .

وقال ابن أبي حاتم في العلل (١ / ٤٧٥ - ٤٧٦) : « قال أبي : هذا يقوي حديث
شريك عن أبي إسحاق .. » .

والرابع : وجوب الضمان في غير المنفلت ، ولا ضمان في المنفلت .

ومن قال يضمن بالليل ولا يضمن بالنهار : مالك والشافعي ، وبأن لا ضمان عليهم أصلاً قال أبو حنيفة وأصحابه ، وبالضمان بإطلاق قال الليث ، إلا أن الليث قال : لا يضمن أكثر من قيمة الماشية ، والقول الرابع مروى عن عمر رضي الله عنه .

فعمدت مالك والشافعي في هذا الباب شيئان :

أحدهما : قوله تعالى : ﴿ وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَخُكِّمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَسَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ ﴾^(١) والنفش عند أهل اللغة لا يكون إلا بالليل ، وهذا الاحتجاج على مذهب من يرى أنا مخاطبون بشرع من قبلنا .

والثاني : مرسله عن ابن شهاب « أن ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط قوم فأفسدت فيه ، فقضى رسول الله ﷺ أن على أهل الحوائط بالنهار حفظها ، وأن ما أفسدته المواشي بالليل ضامن على أهلها »^(٢) أي : مضمون .

(١) الأنبياء : الآية (٧٨) .

(٢) وهو حديث صحيح .

أخرجه مالك (٢ / ٧٤٧ رقم ٣٧) عن ابن شهاب عن حرام بن سعد بن محيصة أن ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط رجل .. والباقي سواء .

قلت : وهذا سند مرسل صحيح ، وقد أخرجه الدارقطني (٣ / ١٥٦ رقم ٢٢٢) ، والبيهقي (٨ / ٣٤١) ، وأحمد (٥ / ٤٣٥ - ٤٣٦) من طريق مالك به .

وتابعه الليث بن سعد عن ابن شهاب به مرسلأ .

أخرجه ابن ماجه (٢ / ٧٨١ رقم ٢٣٣٢) .

وتابعهما سفيان بن عيينة عن الزهري ، عن سعيد بن المسيب ، وحرام بن سعد بن محيصة أن ناقة للبراء ..

أخرجه أحمد (٥ / ٤٣٦) ، والبيهقي (٨ / ٣٤٢) .

وتابعهم الأوزاعي ، لكن اختلفوا عليه في سنده . فقال أبو المغيرة : ثنا الأوزاعي عن =

.....
= الزهري عن حرام بن محيصة الأنصاري به مرسلًا .

أخرجه البيهقي (٣٤١/ ٨) .

وقال الفريابي عن الأوزاعي به إلا أنه قال : « عن البراء بن عازب » . فوصله . أخرجه أبو داود (٣/ ٨٢٩ رقم ٣٥٧٠) ، وعنه البيهقي (٣٤١/ ٨) ، والحاكم (٤٨/ ٢) .

وكذا قال محمد بن مصعب ، ثنا الأوزاعي به موصولًا .

أخرجه أحمد (٤/ ٢٩٥) ، والبيهقي (٣٤١/ ٨) ، والدارقطني (٣/ ١٥٥ رقم ٢١٩) .

وكذا قال أيوب بن سويد ، ثنا الأوزاعي به .

أخرجه الدارقطني (٣/ ١٥٥ رقم ٢١٧) ، والبيهقي (٣٤١/ ٨) . فقد اتفق هؤلاء الثلاثة : الفريابي ، ومحمد بن مصعب ، وأيوب بن سويد على وصله عن الأوزاعي ، فهو أولى من رواية أبي المغيرة عنه مرسلًا لأنهم جماعة ، وهو فرد . وتابعهم معمر ، واختلفوا عليه أيضاً ، فقال عبد الرزاق ، ثنا معمر عن الزهري عن حرام بن محيصة عن أبيه أن ناقة للبراء .. الحديث . فزاد في السند « عن أبيه » . أخرجه أبو داود (٣/ ٨٢٨ رقم ٣٥٦٩) ، وابن حبان (ص ٢٨٤ رقم ١١٦٨ - الموارد) ، والدارقطني (٣/ ١٥٤ رقم ٢١٦) ، وأحمد (٥/ ٤٣٦) ، والبيهقي (٨/ ٣٤٢) . وقال : وخالفه وهيب ، وأبو مسعود الزجاج عن معمر ، فلم يقولوا : « عن أبيه » .

قال ابن الترمكاني في الجوهر النقي (٨/ ٣٤٢ - حاشية السنن الكبرى) : وذكر ابن عبد البر بسنده عن أبي داود ، قال : لم يتابع أحد عبد الرزاق على قوله في هذا الحديث : « عن أبيه » . وقال أبو عمر : أنكروا عليه قوله فيه : « عن أبيه » . وقال ابن حزم : « هو مرسل ... » .

وقال المحدث الألباني في « الصحيحة » (١/ ٤٢٥) : (لكن قد وصله الأوزاعي بذكر البراء فيه ، في أرجح الروايتين عنه ، وقد تابعه : عبد الله بن عيسى عن الزهري عن حرام بن محيصة عن البراء به .

أخرجه ابن ماجه (٤/ ٧٨١ رقم ٢٣٣٢) ، والبيهقي (٨/ ٣٤١ - ٣٤٢) وعبد الله =

وعمدة أبي حنيفة قوله صلى الله عليه وسلم : « العجماء جُبارٌ » ^(١) وقال الطحاوي : وتحقيق مذهب أبي حنيفة أنه لا يضمن إذا أرسلها محفوفة ، فأما إذا لم يرسلها محفوفة فيضمن ، والمالكية تقول : من شرط قولنا أن تكون الغنم في المسرح ، وأما إذا كانت في أرض مزرعة لا مسرح فيها فهم يضمنون ليلاً ونهاراً .
وعمدة من رأى الضمان فيما أفسدت ليلاً ونهاراً شهادة الأصول له ، وذلك أنه تعد من المرسل ، والأصول على أن على المتعدي الضمان ، ووجه من فرق بين المنفلت وغير المنفلت بين ، فإن المنفلت لا يملك .

فسبب الخلاف في هذا الباب معارضة الأصل للسمع ، ومعارضة السماع بعضه لبعض ، أعني : أن الأصل يعارض « جرح العجماء جبار » ، ويعارض أيضاً التفرقة التي في حديث البراء ، وكذلك التفرقة التي في حديث البراء تعارض أيضاً قوله : « جرح العجماء جبار » .

= ابن عيسى هو ابن عبد الرحمن بن أبي ليلى ، وهو ثقة محتج به في الصحيحين ، فهي متابعة قوية للأوزاعي على وصله ، فصح بذلك الحديث ، ولا يضره إرسال من أرسله ؛ لأن زيادة الثقة مقبولة ، فكيف إذا كانا ثقتين ؟ وقد قال الحاكم (٢ / ٤٨) عقب رواية الأوزاعي : « صحيح الإسناد ، على خلاف فيه بين معمر والأوزاعي » . ووافقه الذهبي .

كذا قال ، وخلاف معمر مما لا يلتفت إليه لخالفته لروايات جميع الثقات في قوله : « عن أبيه » على أنه لم يتفقوا عليه في ذلك كما سبق ، فلو أنهما أشارا إلى خلاف مالك ، والليث ، وابن عينة في وصله ؛ لكان أقرب إلى الصواب ، ولو أن هذا لا يعمل به الحديث ، لثبوته موصولاً من طريق الثقتين كما تقدم (اهـ) .

(١) أخرجه البخاري (١٢ / ٢٥٤ رقم ٦٩١٢) ، ومسلم (٣ / ١٣٣٤ رقم ٤٥ / ١٧١٠) ، والترمذي (٣ / ٦٦١ رقم ١٣٧٧) ، والنسائي (٥ / ٤٥) ، وأبو داود (٤ / ٧١٥ رقم ٤٥٩٣) ، وابن ماجه (٢ / ٨٩١ رقم ٢٦٧٣) ، وأحمد (٢ / ٢٣٩) وغيرهم من حديث أبي هريرة .

ومن مسائل هذا الباب المشهورة اختلافهم في حكم ما يصاب من أعضاء الحيوان ، فروي عن عمر بن الخطاب أنه قضى في عين الدابة بربع ثمنها ، وكتب إلى شريح فأمره بذلك ، وبه قال الكوفيون ، وقضى به عمر بن عبد العزيز ، وقال الشافعي ومالك : يلزم فيما أصيب من البهيمة ما نقص في ثمنها قياساً على التعدي في الأموال ، والكوفيون اعتمدوا في ذلك على قول عمر رضي الله عنه وقالوا : إذا قال صاحب قولاً ولا يخالف له من الصحابة وقوله مع هذا مخالف للقياس وجب العمل به ؛ لأنه يعلم أنه إنما صار إلى القول به من جهة التوقيف .

فسبب الخلاف إذا : معارضة القياس لقول صاحب . ومن هذا الباب اختلافهم في الجمل الصئول وما أشبهه يخاف الرجل على نفسه فيقتله ، هل يجب عليه غرمه أم لا ؟ فقال مالك والشافعي : لا غرم عليه إذا بان أنه خافه على نفسه ، وقال أبو حنيفة والثوري : يضمن قيمته على كل حال ، وعمدة من لم ير الضمان القياس على من قصد رجلاً فأراد قتله ، فدافع المقصود عن نفسه فقتل في المدافعة القاصد المتعدي أنه ليس عليه قود ، وإذا كان ذلك في النفس كان في المال أخرى ؛ لأن النفس أعظم حرمة من المال ، وقياساً أيضاً على إهدار دم الصيد الحرامي إذا صال وتمسك به حذاق أصحاب الشافعي .

وعمدة أبي حنيفة أن الأموال تضمن بالضرورة إليها ، أصله المضطر إلى طعام الغير ولا حرمة للبعير من جهة ما هو ذو نفس .

ومن هذا الباب : اختلافهم في المكروهة على الزنا ، هل على مكرهها مع الحد صدق أم لا ؟ فقال مالك والشافعي والليث : عليه الصداق والحد جميعاً ، وقال أبو حنيفة والثوري : عليه الحد ولا صداق عليه ، وهو قول ابن شبرمة . وعمدة مالك أنه وجب عليه حقان : حق لله وحق للآدمي ، فلم يسقط أحدهما الآخر ، أصله السرقة التي يجب بها عندهم غرم المال والقطع .

وأما من لم يوجب الصداق ، فتعلق في ذلك بمعنيين :
أحدهما : أنه إذا اجتمع حقان : حق لله وحق للمخلوق ؛ سقط حق المخلوق
لحق الله ، وهذا على رأي الكوفيين في أنه لا يجمع على السارق غرم وقطع .
والمعنى الثاني : أن الصداق ليس مقابل البضع ، وإنما هو عبادة إذ كان
النكاح شرعياً ، وإذا كان ذلك كذلك فلا صداق في النكاح الذي على غير الشرع .
ومن مسائلهم المشهورة في هذا الباب من غصب أسطوانة فبنى عليها بناء
يساوي قائماً أضعاف قيمة الأسطوانة ، فقال مالك والشافعي : يحكم على
الغاصب بالهدم ويأخذ المغصوب منه أسطوانته ، وقال أبو حنيفة : تفوت بالقيمة
كقول مالك فيمن غير المغصوب بصناعة لها قيمة كثيرة ، وعند الشافعي لا يفوت
المغصوب بشيء من الزيادة . وهنا انقضى هذا الكتاب .

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً

□ ٥٠ - كتاب الاستحقاق □

وجل النظر في هذا الكتاب هو في أحكام الاستحقاق ، وتحصيل أصول أحكام هذا الكتاب أن الشيء المستحق من يد إنسان بما تثبت به الأشياء في الشرع لمستحقها إذا صار إلى ذلك الإنسان الذي استحق من يده الشيء المستحق بشراء أنه لا يخلو من أن يستحق من ذلك الشيء أقله أو كله أو جله ، ثم إذا استحق منه كله أو جله فلا يخلو أن يكون قد تغير عند الذي هو بيده بزيادة أو نقصان أو يكون لم يتغير ، ثم لا يخلو أيضاً أن يكون المستحق منه قد اشتراه بضمن أو مضمون . فأما إن كان استحق منه أقله ، فإنه إنما يرجع عند مالك على الذي اشتراه منه بقيمة ما استحق من يده ، وليس له أن يرجع بالجميع . وأما إن كان استحق كله أو جله ، فإن كان لم يتغير أخذه المستحق ورجع المستحق من يده على الذي اشتراه منه بضمن ما اشتراه منه إن كان اشتراه بضمن ، وإن كان اشتراه بالضمن رجع بالضمن بعينه إن كان لم يتغير ، فإن تغير تغيراً يوجب اختلاف قيمته رجع بقيمته يوم الشراء ، وإن كان المال المستحق قد بيع ، فإن للمستحق أن يمضي البيع ويأخذ الثمن أو يأخذه بعينه ، فهذا حكم المستحق . والمستحق من يده ما لم يتغير الشيء المستحق ، فإن تغير الشيء المستحق فلا يخلو أن يتغير بزيادة أو نقصان . فأما إن كان تغير بزيادة فلا يخلو أن يتغير بزيادة من قبل الذي استحق من يده الشيء ، أو بزيادة من ذات الشيء . فأما الزيادة من ذات الشيء

فياخذها المستحق ، مثل أن تسمن الجارية أو يكبر الغلام . وأما الزيادة من قبل المستحق منه ، فمثل أن يشتري الدار فبني فيها فتستحق من يده ، فإنه مخير بين أن يدفع قيمة الزيادة ويأخذ ما استحقه وبين أن يدفع إليه المستحق من يده قيمة ما استحق أو يكونا شريكين ، هذا بقدر قيمة ما استحق من يده ، وهذا بقدر قيمة ما بنى أو غرس ، وهو قضاء عمر بن الخطاب .

وأما أن كانت الزيادة ولادة من قبل المستحق منه ، مثل أن يشتري أمة فيولدها ثم تستحق منه أو يزوجه على أنها حرة فتخرج أمة ، فإنهم اتفقوا على أن المستحق ليس له أن يأخذ أعيان الولد ، واختلفوا في أخذ قيمتهم . وأما الأم فقيل : يأخذها بعينها ، وقيل : يأخذ قيمتها . وأما إن كان الولد بنكاح فاستحققت بعبودية فلا خلاف أن لسيدها أن يأخذها ويرجع الزوج بالصداق على من غره ، وإذا ألزمناه قيمة الولد لم يرجع بذلك على من غره ؛ لأن الغرر لم يتعلق بالولد .

وأما غلة الشيء المستحق ، فإنه إذا كان ضامناً بشبهة ملك فلا خلاف أن الغلة للمستحق منه ، وأعني بالضمان : أنها تكون من خسارته إذا هلكت عنده ، وأما إذا كان غير ضامن ، مثل أن يكون وارثاً فيطراً عليه وارث آخر فيستحق بعض ما في يده فإنه يرد الغلة .

وأما إن كان غير ضامن إلا أنه ادعى في ذلك ثمنًا مثل العبد يستحق بحرية ، فإنه وإن هلك عنده يرجع بالثمن ففيه قولان : أنه لا يضمن إذا لم يجد على من يرجع ، ويضمن إذا وجد على من يرجع . وأما من أي وقت تصح الغلة للمستحق ؟ فقيل : يوم الحكم ، وقيل : من يوم ثبوت الحق ، وقيل : من يوم توقيفه . وإذا قلنا : إن الغلة تجب للمستحق في أحد هذه الأوقات الثلاثة ؛ فإذا كانت أصولاً فيها ثمرة فأدرك هذا الوقت الثمر ولم يقطف بعده ، فقيل : إنها للمستحق ما لم تقطف ، وقيل : ما لم تبيس ، وقيل : ما لم يطب ويرجع عليه

بما سقى وعالج المستحق من يديه ، وهذا إن كان اشترى الأصول قبل الإبار .
وأما إن كان اشتراها بعد الإبار فالثمرة للمستحق عند ابن القاسم إن جذت
ويرجع بالسقي والعلاج ، وقال أشهب : هي للمستحق ما لم تجذ ، والأرض إذا
استحققت ، فالكرء إنما هو للمستحق إن وقع الاستحقاق في إبان زريعة الأرض .
وأما إذا خرج الإبان فقد وجب كراء الأرض للمستحق منه . وأما إن كان بغير
نقصان ، فإن كان من غير سبب المستحق من يديه فلا شيء على المستحق من
يديه . وأما إن كان أخذ له ثمنًا مثل أن يهدم الدار فيبيع نقضها ثم يستحقها من
يده رجل آخر ، فإنه يرجع عليه بثمن ما باع من النقص . قال القاضي : ولم
أجد في هذا الباب خلافاً يعتمد عليه فيما نقلته فيه من مذهب مالك وأصحابه ،
وهي أصولهم في هذا الباب ، ولكن يجيء على أصول الغير أنه إذا كان المستحق
مشتري بعرض ؛ وكان العرض قد ذهب أن يرجع المستحق من يده بعرض مثله
لا بقيمته ، وهم الذين يرون في جميع المتلفات المثل ، وكذلك يجيء على أصول
الغير أن يرجع على المشتري إذا استحق منه قليل أو كثير ؛ لأنه لم يدخل على
الباقى ولا انعقد عليه بيع ولا وقع به تراض . كمل كتاب الاستحقاق بحمد الله .

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً

□ ٥١ - كتاب الهبات □

والنظر في الهبة : في أركانها ، وفي شروطها ، وفي أنواعها ، وفي أحكامها : ونحن إنما نذكر من هذه الأجناس ما فيها من المسائل المشهورة .
فنقول : أما الأركان فهي ثلاثة : الواهب ، والموهوب له ، والهبة . أما الواهب : فإنهم اتفقوا على أنه تجوز هبته إذا كان مالكا للموهوب صحيح الملك ، وذلك إذا كان في حال الصحة وحال إطلاق اليد . واختلفوا في حال المرض وفي حال السفه والفلس .

أما المريض : فقال الجمهور : إنها في ثلثه تشبها بالوصية ، أعني : الهبة التامة بشروطها . وقالت طائفة من السلف وجماعة أهل الظاهر : إن هبته تخرج من رأس ماله إذا مات ، ولا خلاف بينهم أنه إذا صح من مرضه أن الهبة صحيحة . وعمدة الجمهور حديث عمران بن حصين^(١) عن النبي ﷺ « في الذي أعتق ستة أعبد عند موته ، فأمره رسول الله ﷺ فأعتق ثلثهم وأرق الباقي » وعمدة أهل الظاهر استصحاب الحال ؛ أعني : حال الإجماع وذلك أنهم لما اتفقوا على جواز هبته في الصحة وجب استصحاب حكم الإجماع في المرض إلا أن يدل دليل من كتاب أو سنة بيّنة ، والحديث عندهم محمول على الوصية ،

(١) تقدم تخريجه في القسمة .

والأمراض التي يحجز فيها عند الجمهور هي الأمراض المخوفة ، وكذلك عند مالك الحالات المخوفة ، مثل الكون بين الصفين ، وقرب الحامل من الوضع ، وراكب البحر المرتج ، وفيه اختلاف . وأما الأمراض المزمنة فليس عندهم فيها تحجير ، وقد تقدم هذا في كتاب الحجر .

وأما السفهاء والفلسون : فلا خلاف عند من يقول بالحجر عليهم أن هبتم غير ماضية ، وأما الموهوب فكل شيء صح ملكه .

واتفقوا على أن للإنسان أن يهب جميع ماله للأجنبي . واختلفوا في تفضيل الرجل بعض ولده على بعض في الهبة ، أو في هبة جميع ماله لبعضهم دون بعض ، فقال جمهور فقهاء الأمصار بكراهية ذلك له ، ولكن إذا وقع عندهم جاز ، وقال أهل الظاهر : لا يجوز التفضيل فضلاً عن أن يهب بعضهم جميع ماله ، وقال مالك يجوز التفضيل ولا يجوز أن يهب بعضهم جميع المال دون بعض .

ودليل أهل الظاهر حديث النعمان بن بشير ، وهو حديث متفق على صحته ، وإن كان قد اختلف في ألفاظه ، والحديث أنه قال : « إن أباه بشيراً أتى به إلى رسول الله ﷺ فقال : إني نخلت ابني هذا غلاماً كان لي ، فقال رسول الله ﷺ : أَكُلَّ وَلَدِكَ تَحْلَتُهُ مِثْلَ هَذَا ؟ قال لا ، قال رسول الله ﷺ : فَارْتَجِعْهُ » واتفق مالك^(١) والبخاري^(٢) ومسلم^(٣) على هذا اللفظ ، قالوا : والارتجاع يقتضي بطلان الهبة . وفي بعض ألفاظ روايات هذا الحديث أنه

(١) في الموطأ (٢ / ٧٥١ رقم ٣٩) .

(٢) في صحيحه (٥ / ٢١١ رقم ٢٥٨٦) .

(٣) في صحيحه (٣ / ١٢٤١ رقم ٩ / ١٦٢٣) .

قلت : وأخرجه أحمد (٤ / ٢٦٨) ، وأبو داود (٣ / ٨١١ رقم ٣٥٤٢) ، والترمذي

(٣ / ٦٤٩ رقم ١٣٦٧) ، والنسائي (٦ / ٢٥٨ - ٢٥٩) ، وابن ماجه (٢ / ٧٩٥)

رقم ٢٣٧٥) . وغيرهم . وعند بعضهم : ما رده .

قال ﷺ : « هَذَا جَوْرٌ » ^(١) ، وعمدة الجمهور أن الإجماع منعقد على أن للرجل أن يهب في صحته جميع ماله للأجانب دون أولاده ، فإن كان ذلك للأجنبي فهو للولد أخرى . واحتجوا بحديث أبي بكر المشهور أنه كان نخل عائشة جذاذ عشرين وسقا من مال الغابة فلما حضرته الوفاة قال : والله يا بنية ما من الناس أحد أحب إلي غنى بعدي منك ، ولا أعزُّ علي فقراً بعدي منك ، وإني كنت نخلتك جذاذ عشرين وسقا فلو كنت جَذَذْتِه واحتزتيه كان لك ، وإنما هو اليوم مال وارث . قالوا : وذلك الحديث المراد به الندب ، والدليل على ذلك أن في بعض رواياته : « أَلَسْتَ تُرِيدُ أَنْ يَكُونُوا لَكَ فِي الْبَرِّ وَاللُّطْفِ سَوَاءٌ ؟ » قال : نعم ، قال : فَأَشْهَدْ عَلَيَّ هَذَا غَيْرِي » ^(٢) . وأما مالك فإنه رأى أن النهي عن أن يهب الرجل جميع ماله لواحد من ولده هو أخرى أن يحمل على الوجوب ، فأوجب ، عنده مفهوم هذا الحديث النهي عن أن يخص الرجل بعض أولاده بجميع ماله .

فسبب الخلاف في هذه المسألة معارضة القياس للفظ النهي الوارد ، وذلك أن النهي يقتضي عند الأكثر بصيغة التحريم ، كما يقتضي الأمر الوجوب ، فمن ذهب إلى الجمع بين السماع والقياس حمل الحديث على الندب ، أو خصصه

(١) أخرجه البخاري (٢٥٨/ ٥ رقم ٢٦٥٠) ، ومسلم (١٢٤٣/ ٣ رقم ١٦٢٣/ ١٤) من حديث النعمان بن بشير بالقصة . أوفيه : فقال رسول الله ﷺ : « يا بشير ألك ولد سوى هذا ؟ » قال : نعم ، فقال : « أكلهم وهبت له مثل هذا ؟ » قال : لا ، قال : « فلا تشهديني إذا فإني لا أشهد على جور » وفي لفظ البخاري (٢٥٨/ ٥ رقم ٢٦٥٠) ، ومسلم (١٢٤٣/ ٣ رقم ١٦٢٣/ ١٦) ، أيضاً : « فلا تشهديني على جور » .

(٢) أخرجه مسلم (١٢٤٣/ ٣ رقم ١٦٢٣/ ١٧) ، وأبو داود (٨١١/ ٣ رقم ٣٥٤٢) ، والنسائي (٢٦٠/ ٦) ، وابن ماجه (٧٩٥/ ٢ رقم ٢٣٧٥) ، وأحمد (٢٧٠/ ٤) من حديث النعمان بن بشير . ولم يقل : « واللطف » إلا أبو داود .

في بعض الصور كما فعل مالك ، ولا خلاف عند القائلين بالقياس أنه يجوز تخصيص عموم السنة بالقياس ، وكذلك العدول بها عن ظاهرها ؛ أعني : أن يعدل بلفظ النهي عن مفهوم الحظر إلى مفهوم الكراهية . وأما أهل الظاهر فلما لم يجز عندهم القياس في الشرع اعتمدوا ظاهر الحديث وقالوا : بتحريم التفضيل في الهبة .

واختلفوا من هذا الباب في جواز هبة المشاع غير المقسوم ، فقال مالك والشافعي وأحمد وأبو ثور : تصح ، وقال أبو حنيفة : لا تصح .

وعمدت الجماعة أن القبض فيها يصح كالقبض في البيع . وعمدة أبي حنيفة أن القبض فيها لا يصح إلا مفردة كالرهن ، ولا خلاف في المذهب في جواز هبة المجهول والمعدوم المتوقع الوجود ، وبالجمله كل ما لا يصح بيعه في الشرع من جهة الغرر ، وقال الشافعي : ما جاز بيعه جازت هبته كالدين ، وما لم يجز بيعه لم تجز هبته ، وكل ما لا يصح قبضه عند الشافعي لا تصح هبته كالدين والرهن ، وأما الهبة فلا بد من الإيجاب فيها والقبول عند الجميع . ومن شرط الموهوب له أن يكون ممن يصح قبوله وقبضه .

وأما الشروط فأشهرها القبض ؛ أعني : أن العلماء اختلفوا هل القبض شرط في صحة العقد أم لا ؟ فاتفق الثوري والشافعي وأبو حنيفة أن من شرط صحة الهبة القبض ، وأنه إذا لم يقبض لم يلزم الواهب ، وقال مالك : ينعقد بالقبول ويجبر على القبض كالبيع سواء ، فإن تأنى الموهوب له عن طلب القبض حتى أفلس الواهب أو مرض بطلت الهبة ، وله إذا باع تفصيل : إن علم فتوانى لم يكن له إلا الثمن ، وإن قام في الفور كان له الموهوب .

فمالك القبض عنده في الهبة من شروط التمام لا من شروط الصحة ، وهو عند الشافعي وأبي حنيفة من شروط الصحة . وقال أحمد وأبو ثور : تصح الهبة بالعقد ، وليس القبض من شروطها أصلاً ، لا من شرط تمام ولا من شرط

صحة ، وهو قول أهل الظاهر . وقد روي عن أحمد بن حنبل أن القبض من شروطها في المكيل والموزون .

فعمدة من لم يشترط القبض في الهبة تشبيهها بالبيع ، وأن الأصل في العقود أن لا قبض مشترط في صحتها حتى يقوم الدليل على اشتراط القبض .

وعمدة من اشترط القبض أن ذلك مروى عن أبي بكر رضي الله عنه في حديث هبته لعائشة المتقدم ، وهو نص في اشتراط القبض في صحة الهبة . وما روى مالك عن عمر أيضاً أنه قال : ما بال رجال ينحلون أبناءهم نحلًا ثم يمسكونها ، فإن مات ابن أحدهم قال : مالي بيدي لم أعطه أحدًا ، وإن مات قال : هو لابني قد كنت أعطيته إياه فمن نحل نخلة فلم يحزها الذي نحلها للمنحول له وأبقاها حتى تكون إن مات لورثته فهي باطلة ، وهو قول علي ، قالوا : وهو إجماع من الصحابة ؛ لأنه لم ينقل عنهم في ذلك خلاف .

وأما مالك فاعتمد الأمرين جميعًا ؛ أعني : القياس وما روي عن الصحابة ، وجمع بينهما ، فمن حيث هي عقد من العقود لم يكن عنده شرطًا من شروط صحتها القبض ، ومن حيث شرطت الصحابة فيه القبض لسد الذريعة التي ذكرها عمر ، جعل القبض فيها من شرط التمام ، ومن حق الموهوب له ، وأنه إن تراخى حتى يفوت القبض بمرض أو إفلاس على الواهب سقط حقه . وجمهور فقهاء الأمصار على أن الأب يجوز لابنه الصغير الذي في ولاية نظره وللكبير السفية الذي ما وهبه كما يجوز لهما ما وهبه غيره لهم ، وأنه يكفي في الحيازة له إشهاده بالهبة والإعلان بذلك ، وذلك كله فيما عدا الذهب والفضة وفيما لا يتعين .

والأصل في ذلك عندهم ما رواه مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أن عثمان بن عفان قال : من نحل ابنًا له صغيرًا لم يبلغ أن يحوز نخلته

فأعلن ذلك وأشهد عليه فهي حيازة وإن وليها ، وقال مالك وأصحابه : لا بد من الحيازة في المسكون والملبوس ، فإن كانت داراً سكن فيها خرج منها ، وكذلك الملبوس إن لبسه بطلت الهبة ، وقالوا في سائر العروض بمثل قول الفقهاء ؛ أعني : أنه يكفي في ذلك إعلانه وإشهاده . وأما الذهب والورق فاختلفت الرواية فيه عن مالك ، فروي عنه أنه لا يجوز إلا أن يخرج الأب عن يده إلى يد غيره ، وروي عنه أنه يجوز إذا جعلها في ظرف أو إناء وختم عليها بخاتم وأشهد على ذلك الشهود . ولا خلاف بين أصحاب مالك أن الوصي يقوم في ذلك مقام الأب . واختلفوا في الأم ، فقال ابن القاسم : لا تقوم مقام الأب ، ورواه عن مالك ، وقال غيره من أصحابه : تقوم ، وبه قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي : الجد بمنزلة الأب ، والجددة عند ابن وهب أم الأم تقوم مقام الأم ، والأم عنده تقوم مقام الأب .

○ القول في أنواع الهبات ○

والهبة : منها ما هي هبة عين ، ومنها ما هي هبة منفعة . وهبة العين منها ما يقصد بها الثواب ، ومنها ما لا يقصد بها الثواب . والتي يقصد بها الثواب منها ما يقصد بها وجه الله ، ومنها ما يقصد به وجه المخلوق .

فأما الهبة لغير الثواب فلا خلاف في جوازها ، وإنما اختلفوا في أحكامها . وأما هبة الثواب فاختلفوا فيها ، فأجازها مالك وأبو حنيفة ، ومنعها الشافعي ، وبه قال داود وأبو ثور .

وسبب الخلاف هل هي بيع مجهول الثمن أو ليس بيعاً مجهول الثمن ؟ فمن رآه بيعاً مجهول الثمن قال : هو من يبيع الغرر التي لا تجوز . ومن لم ير أنها بيع مجهول قال : يجوز . وكأن مالكاً جعل العرف فيها بمنزلة الشرط ، وهو ثواب مثلها ، ولذلك اختلف القول عندهم إذا لم يرض الوهاب بالثواب ما الحكم ؟ فقليل : تلزمه الهبة إذا أعطاه الموهوب القيمة ، وقيل : لا تلزمه إلا أن يرضيه ، وهو قول عمر على ما سيأتي بعد ، فإذا اشترط فيه الرضا فليس هنالك بيع انعقد ، والأول هو المشهور عن مالك وأما إذا ألزم القيمة فهنالك بيع انعقد ، وإنما يحمل مالك الهبة على الثواب إذا اختلفوا في ذلك ، وخصوصاً إذا دلت قرينة الحال على ذلك مثل أن يهب الفقير للغني ، أو لمن يرى أنه إنما قصد بذلك الثواب .

وأما هبات المنافع فمنها ما هي مؤجلة ، وهذه تسمى عارية ومنحة وما أشبه ذلك ، ومنها ما يشترط فيها ما بقيت حياة الموهوب له ، وهذه تسمى

العمرى ، مثل أن يهب رجل رجلًا سكنى دار حياته ، وهذه اختلف العلماء فيها على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنها هبة مبتوتة ؛ أي : أنها هبة للرقبة ، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأحمد وجماعة .

والقول الثاني : أنه ليس للمعمر فيها إلا المنفعة ، فإذا مات عادت الرقبة للمعمر أو إلى ورثته ، وبه قال مالك وأصحابه ، وعنده أنه إن ذكر العقب عادت إذا انقطع العقب إلى المعمر أو إلى ورثته .

والقول الثالث : أنه إذا قال : هي عمرى لك ولعقبك كانت الرقبة ملكًا للمعمر ، فإذا لم يذكر العقب عادت الرقبة بعد موت المعمر للمعمر أو لورثته ، وبه قال داود وأبو ثور .

وسبب الخلاف في هذا الباب اختلاف الآثار ، ومعارضة الشرط ، والعمل للأثر : أما الأثر ففي ذلك حديثان :

أحدهما : متفق على صحته^(١) ، وهو ما رواه مالك عن جابر أن رسول الله ﷺ قال : « أَيُّمَا رَجُلٍ أَغْمَرَ عُمُرَى لَهُ وَلَعَقِبِهِ فَإِنَّهَا لِلَّذِي يُعْطَاهَا لَا تَرْجِعُ إِلَى الَّذِي أُعْطَاهَا أَبَدًا » ؛ لأنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث .

والحديث الثاني حديث أبي الزبير عن جابر^(٢) قال : قال

(١) أي : أخرجه البخاري (٢٣٨/ ٥ رقم ٢٦٢٥) ، ومسلم (٣/ ١٢٤٥) رقم ٢٠/ ١٦٢٥) قلت : لكن البخاري لم يروه بهذا اللفظ . بل لفظه : عن جابر ، قال : قضى النبي ﷺ إنها لمن وهبت له ، واللفظ المذكور هنا هو لمسلم ، ومالك (٢/ ٧٥٦ رقم ٤٣) ، وأبي داود (٣/ ٨١٩ رقم ٣٥٥٣) ، والترمذي (٣/ ٦٣٢ رقم ١٣٥٠) ، والنسائي (٦/ ٢٧٤- ٢٧٥) .

(٢) أخرجه مسلم (٣/ ١٢٤٦ رقم ١٦٢٥/ ٢٦) ، والنسائي (٦/ ٢٧٤) .

رسول الله ﷺ : « يا مَعْشَرَ الْأَنْصَارِ ائْتِسِكُوا عَلَيْكُمْ أَمْوَالَكُمْ وَلَا تُعْمِرُوهَا فَمَنْ أَعْمَرَ شَيْئًا حَيَاتُهُ فَهُوَ لَهُ حَيَاتُهُ وَمَمَاتُهُ » ، وقد روي عن جابر بلفظ آخر^(١) « لَا تُعْمِرُوا وَلَا تُزِقُوا فَمَنْ أَعْمَرَ شَيْئًا أَوْ أَرْقَبَهُ فَهُوَ لِوَرَثَتِهِ » فحديث أبي الزبير عن جابر مخالف لشرط المعمر .

وحديث مالك عنه مخالف أيضًا لشرط المعمر إلا أنه يخيل أنه أقل في المخالفة ، وذلك أن ذكر العقب يوهم تبئيت العطية ، فمن غلب الحديث على الشرط قال بحديث أبي الزبير عن جابر ، وحديث مالك عن جابر ، ومن غلب الشرط قال بقول مالك ، وأما من قال : إن العمرى تعود إلى المعمر إن لم يذكر العقب ، ولا تعود إن ذكر ، فإنه أخذ بظاهر الحديث .

وأما حديث أبي الزبير عن جابر فمختلف فيه ؛ أعني : رواية أبي الزبير عن جابر ، وأما إذا أتى بلفظ الإسكان فقال : أسكنتك هذه الدار حياتك ، فالجمهور على أن الإسكان عندهم أو الإخدام بخلاف العمرى وإن لفظ بالعقب ، فسوى مالك بين التعمير والإسكان . وكان الحسن وعطاء وقتادة يسوون بين السكنى والتعمير في أنها لا تنصرف إلى المسكن أبدًا على قول الجمهور في العمرى .

والحق أن الإسكان والتعمير معنى المفهوم منهما واحد ، وأنه يجب أن يكون الحكم إذا صرح بالعقب مخالفًا له ، إذا لم يصرح بذكر العقب على ما ذهب إليه أهل الظاهر .

(١) أخرجه أبو داود (٨٢٠/٣) رقم ٣٥٥٦ ، والنسائي (٦/٢٧٣) ، والبيهقي (٦/١٧٥) .

من طريق الشافعي ، عن سفيان بن عيينة ، عن ابن جريج عن عطاء ، عن جابر ، عن النبي ﷺ .

○ القول في الأحكام ○

ومن مسائلهم المشهورة في هذا الباب جواز الاعتصار في الهبة ، وهو الرجوع فيها . فذهب مالك وجمهور علماء المدينة ، أن للأب أن يعتصر ما وهبه لابنه ما لم يتزوج الابن أو لم يستحدث دينًا ، أو بالجملة ما لم يترتب عليه حق الغير ، وأن للأم أيضًا أن تعتصر ما وهبت إن كان الأب حيًا ، وقد روي عن مالك أنها لا تعتصر ، وقال أحمد وأهل الظاهر : لا يجوز لأحد أن يعتصر ما وهبه ، وقال أبو حنيفة : يجوز لكل أحد أن يعتصر ما وهبه إلا ما وهب لذي رحم محرمة عليه .

وأجمعوا على أن الهبة التي يراد بها الصدقة ؛ أي : وجه الله ، أنه لا يجوز لأحد الرجوع فيها .

وسبب الخلاف في هذا الباب تعارض الآثار ، فمن لم ير الاعتصار أصلًا احتج بعموم الحديث الثابت ، وهو قوله ﷺ : « العائِدُ في هِبَتِهِ كَالْكَلْبِ يَعُودُ فِي فَيْئِهِ » ^(١) .

(١) أخرجه البخاري (٢١٦/٥ رقم ٢٥٨٩) ، ومسلم (١٢٤١/٣ رقم ١٦٢٢) ، وأبو داود (٨٠٨/٣ رقم ٣٥٣٨) ، والترمذي (٥٩٢/٣ رقم ١٢٩٨) ، والنسائي (٢٦٥/٦) ، وابن ماجه (٧٩٧/٢ رقم ٢٣٨٧) والطيالسي (٢٨٠/١) رقم ١٤١٩ - منحة المعبود ، وأحمد (٢١٧/١) ، والطحاوي في شرح المعاني (٧٧/٤) ، والبيهقي (١٨٠/٦) ، والقضاعي في مسند الشهاب (١٩٢/١) رقم ٢٨٨) ، وعبد الرزاق في المصنف (١٠٩/٩ رقم ١٦٥٣٦) وغيرهم . من حديث ابن عباس ، بزيادة : « ليس لنا مثل السوء » عند كثير منهم ، بعضهم يذكرها في أوله ، وبعضهم في آخره .

ومن استثنى الأبوين احتج بحديث طاوس^(١) أنه قال ﷺ :
« لَا يَجِلُّ لِوَاهِبٍ أَنْ يَرْجَعَ فِي هَبَّتِهِ إِلَّا الْوَالِدُ » وقاس الأم على الوالد ، وقال
الشافعي : لو اتصل حديث طاوس لقلت به ، وقال غيره : قد اتصل من طريق
حسين المعلم ، وهو ثقة . وأما من أجاز الاعتصار إلا لذوي الرحم المحرمة ،
فاحتج بما رواه مالك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال : من وهب
هبة لصلة رحم أو على جهة صدقة ، فإنه لا يرجع فيها ، ومن وهب هبة يرى
أنه إنما أراد الثواب بها ، فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يُرض منها .

قالوا : وأيضاً فإن الأصل أن من وهب شيئاً عن غير عوض أنه لا يقضي
عليه به كما لو وعد ، إلا ما اتفقوا عليه من الهبة على وجه الصدقة .

وجمهور العلماء على أن من تصدق على ابنه فمات الابن بعد أن حازها ،
فإنه يرثها . وفي مراسلات مالك أن رجلاً أنصاريًا من الخزرج تصدق على أبيه
بصدقة فهل كما فورث ابنهما المال وهو نخل ، فسأل عن ذلك النبي ﷺ فقال :
« قَدْ أُجِرَتْ فِي صَدَقَتِكَ وَخُذْهَا بِمِيرَاثِكَ »^(٢) ، وخرّج أبو داود^(٣) عن عبد الله

= وفي الباب : من حديث عمر بن الخطاب ، وعبد الله بن عمرو بن العاص ،
وأبي هريرة ، وجابر ، انظر تخريجها في كتابنا « إرشاد الأمة الى فقه الكتاب والسنة »
جزء الهبات .

(١) أخرجه الشافعي في ترتيب المسند (٢ / ١٦٨ رقم ٥٨٤) وعبد الرزاق في المصنف
(٩ / ١١٠ رقم ١٦٥٤٢) ، والنسائي (٦ / ٢٦٨) ، والبيهقي (٦ / ١٧٩) وهو
صحيح لغيره .

وقد صححه الألباني في صحيح سنن النسائي (٢ / ٧٨٨ رقم ٣٤٦٥) .

(٢) أخرجه مالك في الموطأ (٢ / ٧٦٠ رقم ٥٤) مرسلًا .

(٣) في السنن (٢ / ٣٠١ رقم ١٦٥٦) .

قلت : وأخرجه مسلم (٢ / ٨٠٥ رقم ١١٤٩ / ١٥٧) ، والترمذي (٣ / ٥٤) رقم
٦٦٧ ، وابن ماجه (١ / ٥٥٩ رقم ١٧٥٩) .

ابن بريدة عن أبيه عن امرأة أتت رسول الله ﷺ فقالت : « كنت قد تصدقت على أمي بوليدة ، وإنها ماتت وتركت تلك الوليدة ، فقال ﷺ : وَجَبَ أَجْرُكِ وَرَجَعْتَ إِلَيْكَ بِالْمِيرَاثِ » ، وقال أهل الظاهر : لا يجوز الاعتصار لأحد لعموم قوله ﷺ لعمر : « لا تَشْتَرِهْ - في الفَرَسِ الَّذِي تَصَدَّقَ بِهِ - فَإِنَّ الْعَائِدَ فِي هَبْتِهِ كَالْكَلْبِ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ » والحديث متفق على صحته ^(١) .

قال القاضي : والرجوع في الهبة ليس من محاسن الأخلاق ، والشارع ﷺ إنما بعث ليتمم محاسن الأخلاق ^(٢) ، وهذا القدر كاف في هذا الباب .

(١) أخرجه البخاري (٢٣٥/ ٥) ، ومسلم (١٢٣٩/ ٣) ، ومالك في الموطأ (٢٨٢/ ١) ، وابن سعد في الطبقات (١٩٢/ ١) ، والبخاري في الأدب المفرد (رقم ٢٧٣) ، والحاكم (٦١٣/ ٢) ، والقضاعي في مسند الشهاب (١٩٢/ ٢) ، من حديث أبي هريرة ، قال : قال رسول الله ﷺ : « إِنَّمَا يُعْثُثُ لِأَتْمَمِ مَكَارِمِ الْأَخْلَاقِ » .

(٢) قال الحاكم : صحيح على شرط مسلم ووافقه الذهبي . قلت : ابن عجلان ، إنما أخرج له مسلم مقروناً بغيره ، وقال الألباني في « الصحيحة » (رقم ٤٥) « وهذا إسناد حسن ، ... » .

والخلاصة أن الحديث صحيح .

بسم الله الرحمن الرحيم
وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً

□ ٥٢ - كتاب الوصايا □

والنظر فيها ينقسم أولاً قسمين :
القسم الأول : النظر في الأركان .
الثاني : في الأحكام . ونحن فإنما نتكلم من هذه فيما وقع فيها من المسائل المشهورة .

○ القول في الأركان ○

والأركان أربعة : الموصي ، والموصى له ، والموصى به ، والوصية .

أما الموصي فاتفقوا على أنه كل مالك صحيح الملك ، ويصح عند مالك وصية السفیه والصبي الذي يعقل القرب ، وقال أبو حنيفة : لا تجوز وصية الصبي الذي لم يبلغ ، وعن الشافعي القولان وكذلك وصية الكافر تصح عندهم إذا لم يوص بمحرم .

وأما الموصى له فإنهم اتفقوا على أن الوصية لا تجوز لو ارث ، لقوله ﷺ : « لا وَصِيَّةَ لَوَارِثٍ » ^(١) واختلفوا هل تجوز لغير القرابة ؟ فقال جمهور العلماء :

(١) أخرجه أبو داود (٢٩٠/ ٣ رقم ٢٨٧٠) ، والترمذي (٤٣٣/ ٤ رقم ٢١٢٠) ، وابن ماجه (٩٠٥/ ٢ رقم ٢٧١٣) ، وأحمد (٢٦٧/ ٥) ، والطيالسي في المسند (ص ١٥٤ رقم ١١٢٧) والدولابي في الكنى (٦٤/ ١) ، والبيهقي (٢٦٤/ ٦) ، وسعيد بن منصور (١٢٥/ ١ رقم ٤٢٧) عن أبي أمامة قال : « سمعت رسول الله ﷺ يقول في خطبته عام حجة الوداع : إن الله تبارك وتعالى قد أعطى كل ذي حق حقه ، فلا وصية لوارث .. » الحديث .

وقال الترمذي : حديث حسن صحيح . وقد روي عن أبي أمامة عن النبي ﷺ من غير هذا الوجه .

قلت : أخرجه ابن الجارود (رقم ٩٤٩) ، وأبو داود (٤٨٩/ ٢ رقم ١٩٥٥) مختصراً . من طريق الوليد بن مسلم ، ثنا جابر ، وحدثني سليم بن عامر وغيره ، عن أبي أمامة وغيره رضي الله عنهم ممن شهد خطبة رسول الله ﷺ يومئذ ، فكان فيما تكلم به ، فذكره .

وهذا سند صحيح على شرط مسلم . وابن جابر ، اسمه : عبد الرحمن بن يزيد بن جابر الأزدي .

إنها تجوز لغير الأقربين مع الكراهية ، وقال الحسن وطاوس : ترد الوصية على القرابة ، وبه قال إسحق ، وحجة هؤلاء ظاهر قوله تعالى : « الْوَصِيَّةُ لِلْوَالدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ »^(١) والألف واللام تقتضي الحصر .

واحتج الجمهور بحديث عمران بن حصين المشهور وهو « أن رجلاً أعتق ستة أعبد له في مرضه عند موته ، لا مال له غيرهم ، فأقرع رسول الله ﷺ بينهم ، فأعتق اثنين وأرق أربعة »^(٢) والعبيد غير القرابة : وأجمعوا - كما قلنا - أنها لا تجوز لو ارث إذا لم يجزها الورثة . واختلفوا - كما قلنا - إذا أجازتها الورثة ، فقال الجمهور : تجوز ، وقال أهل الظاهر والمزني : لا تجوز .

وسبب الخلاف هل المنع لعللة الورثة أو عبادة ؟ فمن قال عبادة قال : لا تجوز وإن أجازها الورثة ، ومن قال بالمنع لحق الورثة أجازها إذا أجازها الورثة ، وتردد هذا الخلاف راجع إلى تردد المفهوم من قوله ﷺ : « لا وصية لو ارث » هل هو معقول المعنى أم ليس بمعقول ؟

واختلفوا في الوصية للميت ، فقال قوم : تبطل بموت الموصى له ، وهم الجمهور ، وقال قوم : لا تبطل .

وفي الوصية للقاتل خطأ وعمداً وفي هذا الباب فرع مشهور ، وهو إذا أذن الورثة للميت هل لهم أن يرجعوا في ذلك بعد موته ؟ فقليل : لهم ، وقيل :

= وفي الباب من حديث : عمرو بن خارجة ، وعبد الله بن عباس ، وأنس بن مالك ، وعبد الله بن عمرو بن العاص ، وجابر ، وعبد الله بن عمر ، وعلي ، ومعل بن يسار ، وزيد بن أرقم مع البراء بن عازب ، ومجاهد مرسلًا .
انظر تخريجها في كتابنا « إرشاد الأمة إلى فقه الكتاب والسنة » جزء الوصايا .
وخلاصة القول : أن الحديث صحيح .

(١) البقرة : الآية (١٨٠) .

(٢) تقدم تخريجه في القسمة .

ليس لهم ، وقيل : بالفرق بين أن يكون الورثة في عيال الميت أولا يكونوا ،
أعني : أنهم إن كانوا في عياله كان لهم الرجوع ، والثلاثة الأقوال في المذهب .

○ القول في الموصى به : النظر في جنسه وقدره ○

أما جنسه فإنهم اتفقوا على جواز الوصية في الرقاب ، واختلفوا في المنافع فقال جمهور فقهاء الأمصار : ذلك جائز ، وقال ابن أبي ليلى وابن شبرمة وأهل الظاهر : الوصية بالمنافع باطلة .

وعمدة الجمهور أن المنافع في معنى الأموال . وعمدة الطائفة الثانية أن المنافع منتقلة إلى ملك الوارث ؛ لأن الميت لا ملك له فلا تصح له وصية بما يوجد في ملك غيره ، وإلى هذا القول ذهب أبو عمر بن عبد البر .

وأما القدر فإن العلماء اتفقوا على أنه لا تجوز الوصية في أكثر من الثلث لمن ترك ورثة .

واختلفوا فيمن لم يترك ورثة وفي القدر المستحب منها ، هل هو الثلث أو دونه ؟ وإنما صار الجميع إلى أن الوصية لا تجوز في أكثر من الثلث لمن له وارث ، بما ثبت عنه عليه السلام : « أنه عاد سعد بن أبي وقاص^(١) فقال له : يا رسول الله ؛ قد بلغ مني الوجع ما ترى ، وأنا ذو مال ولا يرثني إلا ابنة لي ، أفأتصدق بثلاثي مالي ؟ فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا ، فقال له سعد : فالشطر ؟

(١) أخرجه البخاري (٣/ ١٦٤ رقم ١٢٩٥) ، ومسلم (٣/ ١٢٥٠ رقم ١٦٢٨) ، وأبو داود (٣/ ٢٨٤ رقم ٢٨٦٤) ، والترمذي (٤/ ٤٣٠ رقم ٢١١٦) ، والنسائي (٦/ ٢٤١-٢٤٢) ، وابن ماجه (٢/ ٩٠٣ رقم ٢٧٠٨) ، والدارمي (٢/ ٤٠٧) ، وأحمد (١/ ١٧٩) ، والطيالسي (١/ ٢٨٢ رقم ١٤٣٣ - منحة المعبود) ، ومالك (٢/ ٧٦٣ رقم ٤) وغيرهم . وللحديث عندهم ألفاظ .

قال : لا ، ثم قال رسول الله ﷺ : **الثُّلُثُ ؛ وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ ، إِنَّكَ أَنْ تَذَرَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَذَرَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ** « فصار الناس لمكان هذا الحديث إلى أن الوصية لا تجوز بأكثر من الثلث .

واختلفوا في المستحب من ذلك ، فذهب قوم إلى أنه ما دون الثلث ، لقوله ﷺ في هذا الحديث : « **والثلث كثير** » وقال بهذا كثير من السلف .

قال قتادة : أوصى أبو بكر بالخمسة ، وأوصى عمر بالربع ، والخمس أحب إلي . وأما من ذهب إلى أن المستحب هو الثلث فإنهم اعتمدوا على ما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « **إِنَّ اللَّهَ جَعَلَ لَكُمْ فِي الْوَصِيَّةِ ثُلْثَ أَمْوَالِكُمْ زِيَادَةً فِي أَعْمَالِكُمْ** » ^(١) .

(١) وهو حديث حسن .

روي من حديث أبي هريرة ، وأبي الدرداء ، ومعاذ بن جبل ، وأبي بكر الصديق ، وخالد بن عبيد السلمي .

١ - أما حديث أبي هريرة . فقد أخرجه ابن ماجه (٢ / ٩٠٤ رقم ٢٧٠٩) ، والبيهقي (٦ / ٢٦٩) ، والخطيب في تاريخ بغداد ، والبخاري في مسنده - كما في نصب الراية (٤ / ٤٠٠) ، وتلخيص الحبير (٣ / ٩١ رقم ١٣٦٣) ، وفي سننه « طلحة ابن عمرو » متروك كما في التقريب (١ / ٣٧٩ رقم ٣٧) ، وقال البوصيري في « مصباح الزجاجة » (٢ / ٩٨ رقم ٩٦٢) : « هذا إسناد ضعيف .. » .

٢ - وأما حديث أبي الدرداء . فقد أخرجه أحمد (٦ / ٤٤٠ - ٤٤١) ، والبخاري (٢ / ١٣٩ رقم ١٣٨٢ - كشف الأستار) ، والطبراني في الكبير كما في « مجمع الزوائد » (٤ / ٢١٢) ، وأبو نعيم في الحلية (٦ / ١٠٤) .

وقال الهيثمي : « وفيه أبو بكر بن أبي مریم ، وقد اختلط » .
وقال البخاري : « وقد روي هذا الحديث من غير وجه ، وأعلى من رواه أبو الدرداء ، ولا نعلم عن أبي الدرداء طريقاً غيره ، وأبو بكر بن أبي مریم ، وضمة معروفان ، وقد احتمل حديثهما » .

٣ - وأما حديث معاذ بن جبل . فقد أخرجه الدارقطني (٤ / ١٥٠ رقم ٣) ، =

وهذا الحديث ضعيف^(١) عند أهل الحديث . وثبت عن ابن عباس^(٢) أنه قال : لو غض الناس في الوصية من الثلث إلى الربع لكان أحب إلي ؛ لأن رسول الله ﷺ قال : « الثلث والثلث كثير » .

وأما اختلافهم في جواز الوصية بأكثر من الثلث لمن لا وارث له ، فإن مالكا لا يميز ذلك والأوزاعي ، واختلف فيه قول أحمد ، وأجاز ذلك أبو حنيفة

= والطبراني في الكبير - كما في « مجمع الزوائد » (٢١٢/ ٤) .

وقال : « وفيه عتبة بن حميد الضبي ، وثقه ابن حبان وغيره ، وضعفه أحمد » .

وقال عنه الحافظ في التقریب (٢/ ٤ رقم ١٣) : صدوق له أوهام .

٤ - ● وأما حديث أبي بكر الصديق . فقد أخرجه العقيلي في الضعفاء (١/ ٢٧٥) ،

وابن عدي في الكامل (٢/ ٧٩٤) .

وفيه : حفص بن عمر بن ميمون : متروك .

قال العقيلي : « وحفص بن عمر هذا يحدث عن شعبة ، ومسعر ، ومالك بن مغول ،

والأئمة بالبواطيل » اهـ .

وقال ابن عدي : « وحفص هذا عامة حديثه غير محفوظ ، وأخاف أن يكون ضعيفاً

كما ذكره النسائي » اهـ .

٥ - ● وأما حديث خالد بن عبيد السلمي . فقد أخرجه الطبراني في الكبير كما

في « مجمع الزوائد » (٢١٢/ ٤) وقال : إسناده حسن وليس كما قال .

وقال المحدث الألباني في الإرواء (٦/ ٧٩) بعد ما أورد طرق الحديث : « وخلاصة

القول : إن جميع طريق الحديث ضعيف شديد الضعف إلا الطريق الثانية والثالثة

والخامسة ، فإن ضعفها يسير ، ولذلك فإني أرى أن الحديث بمجموع هذه الطرق

الثلاث يرتقي إلى درجة الحسن ، وسائر الطرق إن لم تزده قوة ، لم تضره ، وقد

أشار إلى هذا الحافظ ، فقد قال في « بلوغ المرام » : « رواه الدارقطني يعني عن

معاذ ، وأحمد ، والبخاري عن أبي الدرداء وابن ماجه عن أبي هريرة وكلها ضعيفة ،

لكن يقوي بعضها بعضاً » اهـ .

(١) قلت : بل هو حسن كما تقدم آنفاً .

(٢) أخرجه البخاري (٥/ ٣٦٩ رقم ٢٧٤٣) ، ومسلم (٣/ ١٢٥٣ رقم ١٠/ ١٦٢٩) .

وإسحق ، وهو قول ابن مسعود .

وسبب الخلاف هل هذا الحكم خاص بالعلة التي علله بها الشارع أم ليس
بخاص ، وهو أن لا يترك ورثته عالة يتكففون الناس ؛ كما قال ﷺ : « إنك
أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس »^(١) فمن جعل
هذا السبب خاصاً وجب أن يرتفع الحكم بارتفاع هذه العلة ، ومن جعل الحكم
عبادة وإن كان قد علل بعلة ، أو جعل جميع المسلمين في هذا المعنى بمنزلة الورثة
قال : لا تجوز الوصية بإطلاق بأكثر من الثلث .

(١) تقدم تخريجه قريباً .

○ القول في المعنى الذي يدل عليه لفظ الوصية ○

والوصية بالجملة هي: هبة الرجل ماله لشخص آخر أو لأشخاص بعد موته، أوعتق غلامه سواء صرح بلفظ الوصية أو لم يصرح به ، وهذا العقد عندهم هو من العقود الجائزة باتفاق ، أعني : أن للموصي أن يرجع فيما أوصى به ، إلا المدبر فإنهم اختلفوا فيه على ما سيأتي في كتاب التدبير ، وأجمعوا على أنه لا يجب للموصى له إلا بعد موت الموصي .

واختلفوا في قبول الموصى له : هل هو شرط في صحتها أم لا ؟ فقال مالك : قبول الموصى له إياها شرط في صحة الوصية ؛ وروي عن الشافعي أنه ليس القبول شرطاً في صحتها ، ومالك شبهها بالهبة .

○ القول في الأحكام ○

وهذه الأحكام منها لفظية ، ومنها حسابية ، ومنها حكمية . فمن مسائلهم المشهورة الحكمية اختلافهم في حكم من أوصى بثلث ماله لرجل وعين ما أوصى له به في ماله مما هو الثلث ، فقال الورثة : ذلك الذي عين أكثر من الثلث ، فقال مالك : الورثة مخيرون بين أن يعطوه ذلك الذي عينه الموصي أو يعطوه الثلث من جميع مال الميت ؛ وخالفه في ذلك أبو حنيفة والشافعي وأبو ثور وأحمد وداود . وعمدتهم أن الوصية قد وجبت للموصى له بموت الموصي وقبوله إياها باتفاق ، فكيف ينقل عن ملكه ما وجب له بغير طيب نفس منه وتغير الوصية . وعمدة مالك إمكان صدق الورثة فيما ادعوه ، وما أحسن ما رأى أبو عمر بن عبد البر في هذه المسألة ، وذلك أنه قال : إذا ادعى الورثة ذلك كلفوا بيان ما ادعوا ، فإن ثبت ذلك أخذ منه الموصى له قدر الثلث من ذلك الشيء الموصى به وكان شريكاً للورثة ، وإن كان الثلث فأقل جبروا على إخراجه ، وإذا لم يختلفوا في أن ذلك الشيء الموصى به هو فرق الثلث ، فعند مالك أن الورثة مخيرون بين أن يدفعوا إليه ما وصى له به ، أو يفرجوا له عن جميع ثلث مال الميت ، إما في ذلك الشيء بعينه ، وإما في جميع المال على اختلاف الرواية عن مالك في ذلك ؛ وقال أبو حنيفة والشافعي : له ثلث تلك العين ويكون بباقيه شريكاً للورثة في جميع ما ترك الميت حتى يستوفي تمام الثلث . وسبب الخلاف أن الميت لما تعدى في أن جعل وصيته في شيء بعينه ، فهل الأعدل في حق الورثة أن يخيروا بين إمضاء الوصية أو يفرجوا له إلى غاية ما يجوز للميت أن يخرج عنهم من ماله أو يبطل التعدي ويعود ذلك الحق مشتركاً ، وهذا هو الأولى إذا قلنا إن التعدي

هو في التعيين لكونه أكثر من الثلث ، أعني أن الواجب أن يسقط التعيين . وإما أن يكلف الورثة أن يمضوا التعيين أو يتخلوا عن جميع الثلث فهو حمل عليهم . ومن هذا الباب اختلافهم فيمن وجبت عليه زكاة فمات ولم يوص بها وإذا وصى بها فهل هي من الثلث ، أو من رأس المال ؟ فقال مالك : إذا لم يوص بها لم يلزمه الورثة إخراجها ، وقال الشافعي : يلزم الورثة إخراجها من رأس المال ، وإذا وصى بها ؛ فعند مالك يلزم الورثة إخراجها وهي عنده من الثلث ، وهي عند الشافعي في الوجهين من رأس المال شبهها بالدين لقول رسول الله ﷺ : « فَذَيْنُ اللَّهِ أَحَقُّ أَنْ يُقْضَى »^(١) وكذلك الكفارات الواجبة والحج الواجب عنده ، ومالك يجعلها من جنس الوصايا بالتوصية بإخراجها بعد الموت ، ولا خلاف أنه لو أخرجها في الحياة أنها من رأس المال ولو كان في السياق ، وكأن مالكا اتهمه هنا على الورثة ، أعني : في توصيته بإخراجها ، قال : ولو أجزى هذا لجاز للإنسان أن يؤخر جميع زكاته طول عمره إذا دنا من الموت وصى بها فإذا زاحمت الوصايا الزكاة قدمت عند مالك على ما هو أضعف منها ؛ وقال أبو حنيفة : هي وسائر الوصايا سواء ، يريد في الخاصة . واتفق مالك وجميع أصحابه على أن الوصايا التي يضيق عنها الثلث إذا كانت مستوية أنها تتحصص في الثلث ، وإذا كان بعضها أهم من بعض قدم الأهم . واختلفوا في الترتيب على ما هو مسطور في كتبهم . ومن مسائلهم الحسابية المشهورة في هذا الباب إذا أوصى لرجل بنصف ماله ولآخر بثلثيه وردّ للورثة الزائد ، فعند مالك والشافعي أنهما يقتسمان الثلث بينهما أخماسا ؛ وقال أبو حنيفة : بل يقتسمان الثلث بالسوية .

وسبب الخلاف هل الزائد على الثلث الساقط هل يسقط الاعتبار به في

(١) أخرجه البخاري (١٩٢/ ٤) رقم ١٩٥٣ ، ومسلم (٨٠٤/ ٢) رقم ١٥٥ / (١١٤٨) . من حديث ابن عباس رضي الله عنهما .

القسمة كما يسقط في نفسه بإسقاط الورثة ؟ فمن قال يبطل في نفسه ولا يبطل الاعتبار به في القسمة إذ كان مشاعاً قال : يقتسمون المال أخماساً ؛ ومن قال يبطل الاعتبار به كما لو كان معيناً قال : يقتسمون الباقي على السواء . ومن مسائلهم اللفظية في هذا الباب إذا أوصى بجزء من ماله وله مال يعلم به ومال لا يعلم به ، فعند مالك أن الوصية تكون فيما علم به دون ما لم يعلم ، وعند الشافعي تكون في المالين .

وسبب الخلاف هل اسم المال الذي نطق به يتضمن ما علم وما لم يعلم ، أو ما علم فقط ؟ والمشهور عن مالك أن المدبر يكون في المالين إذا لم يخرج من المال الذي يعلم . وفي هذا الباب فروع كثيرة وكلها راجعة إلى هذه الثلاثة الأجناس ، ولا خلاف بينهم أن للرجل أن يوصي بعد موته بأولاده وأن هذه خلافة جزئية كالخلافة العظمى الكلية التي للإمام أن يوصي بها .