

كتاب الحوالة⁽¹⁾

مسألة⁽²⁾ [123]:

[في المُحِيلِ إِذَا أَحَالَ عَلَى مَلِيٍّ، هَلْ تَبْرَأُ ذِمَّتُهُ مِنَ الدِّينِ أَمْ لَا؟]

إذا صححت الحوالة، ورضي المحال باتباع ذمة المحتال عليه، وهو مليء⁽³⁾، ولم يغره بفلس⁽⁴⁾، برئت ذمة المحيل من الدين⁽⁵⁾. وبه قال الشافعي⁽⁶⁾.

(1) الحَوَالَةُ: «نقل الدين وتحويله من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه». التعريفات 93، وانظر: حلية الفقهاء 142، والمغرب 134، والطلبية 285، وشرح الحدود 316، والأنيس 224، ولغة الفقهاء 187.

(2) ليست في الأصل ويقتضيها السياق.

(3) المليء: الغني الكثير المال، الواسع الثراء. ن: (ت ث للمجموع 13 / 424).

(4) في الأصل: من فلس.

(5) قال في الموطأ 532: «قال مالك: الأمر عندنا في الرجل يحيل الرجل على الرجل بدين له عليه، أنه إن أفلس الذي احتيل عليه، أو مات فلم يدع وفاء، فليس للمحتال على الذي أحاله شيء، وأنه لا يرجع على صاحبه الأول. قال مالك: وهذا الأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا». وقال في التفرع 2 / 288: «ومن كان له على رجل مال فأحاله به على غيره، فقبله، ورضي، ثم أفلس المحال عليه، أو مات، فليس له أن يرجع على المحيل بشيء، إلا أن يكون المحال عليه مفلساً، لا يعلم بفلسه». وقال في الإشراف 2 / 19: «إذا أحاله بحقه على رجل له عليه دين، وهو مليء في الظاهر، لا يعلم المحيل منه فلساً، فإنه يصير كالقابض، ولا يرجع على المحيل بحال، وقال أبو حنيفة: يرجع عليه إذا كان المحال عليه مفلساً، أو جحد الحق وحلف، ولم يكن للمحتال بينة، وزاد أبو يوسف ومحمد: أو يحجر الحاكم عليه للفلس». وانظر: المنتقى 5 / 67، والبداية 2 / 224.

(6) قال في الأم 3 / 233: «... أخبرنا الشافعي في إملاء قال: والقول عندنا والله تعالى أعلم: ما قال مالك بن أنس: إن الرجل إذا أحَالَ الرجل على الرجل بحق له، ثم أفلس المحال عليه، أو مات، لم يرجع المحال على المحيل أبداً...». وقال في (ت ث للمجموع 13 / 434 - 435): «إذا أحَالَ بالحق انتقل من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، وبرئت ذمة المحيل، وهو قول العلماء كافة... وبه قال مالك والليث وأحمد رضي الله عنهم، =

وقال أبو حنيفة: إذا أفلس المحال، أو مات مفلسًا، فلرب الدين الرجوع على المحيل⁽¹⁾.

واحتج أصحابه بقوله ﷺ: «مطل الغني ظلم، وإذا أحيل أحدكم على مليء فليتبع»⁽²⁾.

قالوا: فأمر عليه السلام باتباعه، إلا⁽³⁾، مع وجود الملاء⁽⁴⁾، فدل ذلك على أنه إن أعدم لم يجب اتباعه.

قالوا: ولأن المحال إنما نقل حقه من ذمة إلى ذمة أخرى، ليستوفي حقه منها، فإذا لم يتم له ذلك، رجع إلى ذمة غريمه الذي أحاله، فكان كمن استأجر دارًا ليسكنها، وقد نقد أجرتها، فانهدمت، فإنه يرجع بما دفع على رب الدار.

= وروي ذلك عن علي كرم الله وجهه. وقال أبو حنيفة: يرجع إليه في حالين: إذا مات المحال عليه مفلسًا، وإذا جحد الحق وحلف، وقال أبو يوسف ومحمد: يرجع إليه في هذين الحالين، وفي حالة ثالثة: إذا أفلس المحال عليه، وحجر عليه»

(1) قال في البدائع 6 / 18: «وأما بيان ما يخرج به المحال عليه من الحوالة، فنقول وبالله التوفيق: إنه يخرج من الحوالة بانتهاء حكم الحوالة، وحكم الحوالة ينتهي بأشياء منها . . . ، ومنها التوى (وهو هلاك المال) عند علمائنا، وعند الشافعي رحمه الله: حكم الحوالة لا ينتهي بالتوى، ولا تعود المطالبة إلى المحيل، واحتج . . . ولنا ما روى عن سيدنا عثمان رضي الله عنه أنه قال في المحال عليه إذا مات مفلسًا، عاد الدين إلى ذمة المحيل، وقال: «لا توى على مال امرئ مسلم». وعن شريح مثله.

(2) قال في طريق الرشد 2 / 105 - 106: «حديث مطل الغني ظلم . . . إلى آخره، متفق عليه من حديث مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة رضي الله عنه، أن رسول الله ﷺ قال: «مطل الغني ظلم، وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع». ورواه أصحاب السنن إلا الترمذي من حديث أبي الزناد أيضًا، وأخرجوه من طريق همام عن أبي هريرة. ورواه أحمد والترمذي من حديث ابن عمر نحوه . . . وفي لفظ أحمد: ومن أحيل على مليء فليحتل». وانظر: نصب الراية 4 / 59، وت ث للمجموع 13 / 424.

(3) هكذا في الأصل، والظاهر أنها زائدة.

(4) هكذا في الأصل، ولعل الصواب الملاءة والملاءة: الغنى وكثرة المال. ن: لغة الفقهاء

.457

والدليل على صحة ما قلناه: قوله ﷺ: «مَطْلُ (1) الغني ظلمٌ، وإذا أُحيل أحدكم على مليء فليتبِع»، فجعل عليه السلام المطل ظلمًا، ثم أمر بدفع ذلك الظلم بالحوالة. قالوا (2): لأن الحوالة تقوم مقام قضاء (3) الدين [فلو] (4) لم يرفع الظلم عن الغريم المحيل، لكان (5) ظالمًا بعد الحوالة، كما كان ظالمًا قبلها. وهذا ما لا يقوله أحد.

ولأن قوله عليه السلام: «إذا أُحيل أحدكم على مليء فليتبِع» يفيد براءة ذمة المحيل إن كان المحتمل عليه مليئًا، ولو كان للغريم الرجوع عند خراب المحتمل عليه، لم يكن لاشتراطه عليه السلام ملاءة (6) المحتمل عليه فائدة، وهذا ما يجب أن يتنزه عنه كلامه ﷺ.

فإذا قالوا: فقد روي عن عثمان رضي الله عنه أنه قال: «لا توى (7) على مال امرئ مسلم (8)» فالجواب عن ذلك أنه حديث ضعيف رواه معاوية (9) بن

(1) المَطْلُ: منع قضاء ما استحق عليه قضاؤه. فلا يكون منع ما لم يحل أجله من الديون مطلقاً، وإنما يكون مطلقاً بعد حلول أجله. ن: المنتقى 5 / 66، والنظم المستعذب بهامش المذهب 337 / 1.

(2) هكذا في الأصل، ويحتمل أنها زائدة.

(3) في الأصل: قضى.

(4) تكملة يقتضيها السياق.

(5) في الأصل: سلامة. وهو خطأ.

(6) في الأصل: سلامة. وهو خطأ.

(7) في الأصل: يولى.

(8) ذكره الشافعي في الأم 3 / 233 بلفظ: «لا توى على مال مسلم»، والكاساني في البدائع 6 / 18 بلفظ: لا توى على مال امرئ مسلم، وقال: وعن شريح مثله. وانظر: الأم 3 / 233.

(9) هو أبو إياس معاوية بن قره بن إياس المزني البصري. روى عن علي مرسلًا، وابن عباس، وابن عمر، وعنه: قتادة، وشعبة، وأبو عوانة، وخلق. وثقه ابن معين، وأبو حاتم، والعجلي والنسائي. قال خليفة: مات سنة 113 ومولده يوم الجمل. أخرج له مسلم، وأبو داود، والنسائي.

ترجمته في الخلاصة 382.

قرة، وهو لم⁽¹⁾ يلق عثمان بن عفان، وقال: لا أدري هل قال ذلك في الحوالة أم في الحماله؟

ولأن الحوالة مشتقة من تحويل الحق من ذمة إلى ذمة، فإذا حول حق الطالب من ذمة المطلوب إلى ذمة المحتال عليه، ورضي رب الدين، فلا رجوع على الذي أحاله بعد ذلك، دليله: ما إذا كان قائم الذمة غير مفلس. ولأن الأصول مبنية على أنه من له حق معجل على رجل، فإن المطالبة لا تسقط عنه إلا بأحد⁽²⁾ أمرين: إما بالأداء، وإما بالإبراء.

ولأن ذمة المحتال عليه صارت كالشيء المقبوض حكمًا في يد المحتال، فإذا كان ذلك كذلك، لم يكن له الرجوع على من أحاله [في]⁽³⁾ شيء.

والدليل على أن ذمة المحال عليه كالشيء المقبوض حكمًا، جواز تصرف المحال في ذمته إما بالأخذ منه، أو بالتترك، وليس للمحتال عليه الامتناع من ذلك، لأنه لا يعتبر رضاه في المحال عليه، ولا خلاف في ذلك.

ولأن للمحال أن يأخذ منه عن الذهب وورقًا وعن الورق ذهبًا، وهذا يؤيد ما قلناه: إن ذمة المحال عليه كالشيء المقبوض حكمًا لجواز تصرف المحال فيها بجميع ما ذكرناه. فصح ذلك، واتضح ما أردناه.

فإذا ثبت هذا. فما احتجوا به من قوله ﷺ: «مطل الغني ظلم»، فقد جعلناه دليلًا لنا، وأريناهم ألا حجة لهم فيه جملة. وما ذكروه عن عثمان فقد أجبناه عنه.

وقياسهم على من اكترى دارًا، فانهدمت، غير لازم لأن الإجارة هي: المعاوضة على منافع الأعيان، والحوالة: تحويل الحق من ذمة إلى ذمة، فلا جمع بينهما، وإذا انهدمت الدار قبل تمام أمد السكنى، لزمه بحساب ما سكن، ورجع بالبقية، كأنه لم يأخذ عنه عوضًا. والله أعلم.

(1) في الأصل: ويقولهم في محل ما أثبتناه، وهو: وهو لم.

(2) في الأصل: بإحدى.

(3) تكملة يقتضيهما السياق.

مسألة [124] :

[في المحيل إذا أغر المحال بفلس المحال عليه أو عُدّمه .
هل يرجع المحال بحقه أم لا؟]

إذا أغر المحيل المحال بفلس المحتال عليه أو عُدّمه ، رجح المحال على
المحيل بحقه⁽¹⁾ . وبه قال أبو حنيفة⁽²⁾ .
وقال الشافعي : لا رجوع له عليه⁽³⁾ .
واحتج أصحابه فقالوا : حوالة صحيحة ، فلا يصح الرجوع فيها . دليله :
إذا لم يغره .
قالوا : ولأن الغبن⁽⁴⁾ في البياعات لا يوجب الرد ، فوجب أن يكون

-
- (1) قال في الإشراف 2 / 19 : «وإذا أحاله على مفلس ، والمحال (ربما الصواب : والمحيل) يعلم بفلسه ، كان له الرجوع خلافاً للشافعي» . وقال في المنتقى 5 / 68 : «ولو غر المحيل المحال عليه ، وقد علم بإفلاسه ، كان للمحال الرجوع عليه خلافاً للشافعي» . وقال في البداية 2 / 225 : «وأما أحكامها فإن جمهور العلماء على أن الحوالة ضد الحالة ، في أنه إذا أفلس المحال عليه ، لم يرجع صاحب الدين على المحيل بشيء . قال مالك وأصحابه : إلا أن يكون المحيل غره فأحاله على عديم .
- (2) قال في (ت ت) للمجموع 13 / 437 : «فإن أحاله على رجل ولم يشترط أنه مليء أو معسر ، فبان أنه معسر ، لم يرجع المحتال على المحيل ، سواء علم بإعساره أو لم يعلم . وبه قال أبو حنيفة . . .» .
- (3) قال في (ت ت) للمجموع 13 / 437 : «قال الشيخ أبو حامد ، فإن قال : أحلتك على فلان الموسر ، أو على فلان وهو موسر ، فقبل الحوالة ، ثم بان أنه معسر ، فقد روى المزني عن الشافعي : أنه لا يرجع على المحيل أبداً ، سواء كان المحال عليه غنياً أو فقيراً ، أفلس أو مات معدماً ، غره أو لم يغره ، واختلف أصحابنا فيه : فقال أبو العباس بن سريج : له أن يرجع على المحيل كما لو باعه سلعة بشرط أنها سليمة من العيب ، فبان بخلافها . قال : وما نقله المزني فلا أعرفه للشافعي رحمه الله في شيء من كتبه . وقال أكثر أصحابنا : ليس له أن يرجع كما نقله المزني .
- (4) في الأصل : العين . والغبن هو : النقص ، وهو في البيع نوعان : يسير ، وهو ما لا يدخل تحت تقوم المقومين ، وفاحش : وهو ما يدخل تحت تقويمهم . ن : التعريفات 161 ، =

الغبين⁽¹⁾ في الحوالة كذلك .
والدليل على صحة ما قلناه: قوله ﷺ: «وإذا أحيل أحدكم على مليء فليتبع»، وهذا⁽²⁾ لم يحله على مليء، فوجب له الرجوع على غريمه، ولا يلزمه اتباع ذمة فاسدة .
ولأن من اشترى سلعة على أنها سليمة من العيوب، فوجدها معيبة، أن له الرد بغير خلاف . فوجب أن تكون كذلك مسألتنا .
ولأن الغبن⁽³⁾ في البيوع، يوجب⁽⁴⁾ الرد عندنا، على تفاصيل قد عرفت في المذهب فيجب أن تكون الحوالة كذلك .
فإذا ثبت هذا . فقولهم: إنها حوالة صحيحة، غير مسلم، لقوله عليه السلام: «فإذا أحيل على مليء فليتبع». وهذا غير مليء، فجاز له أن يرد بالعيب الذي وجب بالمحال عليه، دليله: البيع .
واحتجاجهم بالمغابنة في البيوع . غير لازم⁽⁵⁾، لأن هذا من باب التدليس بالعيوب، لا من باب المغابنة، [والمغابنة]⁽⁶⁾ عندنا ترد، كما يرد⁽⁷⁾ البيع بالتدليس، على ما علم من تفاصيل المذهب .

= والأنيس 206، ولغة الفقهاء 328 .

(1) نفس الحاشية السابقة .

(2) في الأصل: هذا .

(3) في الأصل: العين .

(4) في الأصل: توجب .

(5) في الأصل: لازمة .

(6) تكملة لازمة .

(7) في الأصل: ترد .

كتاب الحمالة⁽¹⁾

مسألة⁽²⁾ [125]:

[في رب الدّين هل يطالب بدينه الحميل أم المحمول عنه؟]

إذا تحمل رجل عن رجل بدين عليه، فلرب الدين أن يطالب أيهما شاء⁽³⁾، وبه قال أبو حنيفة⁽⁴⁾ والشافعي⁽⁵⁾.

(1) الحمالة: «ما يحمل عن الغير من الغرم إصلاحًا لذات البين» لغة الفقهاء 186، وتعرف أيضًا بالكفالة، والزعامة، والضمان، ويقال للمتحمل بالشيء: حميل وكفيل، وضامن، وزعيم. ن: المسالك 995.

(2) ليست في الأصل، ويقتضيها السياق.

(3) قال في التفریع 2 / 286: «ومن ضمن عن رجل مالا بإذنه، فلرب المال أن يطالب الضامن والمضمون عنه، فإذا أداه المضمون عنه، سقط عن الضامن، وإن أداه الضامن رجع به عن المضمون عنه. وقد قيل: ليس لرب المال أن يطالب الضامن إلا أن يغيب المضمون عنه، أو يموت، أو يفلس». وقال في البداية 2 / 223: «واختلفوا إذا حضر الضامن والمضمون وكلاً موسر، فقال الشافعي وأبو حنيفة، وأصحابهما، والثوري، والأوزاعي، وأحمد وإسحاق: للطالب أن يؤاخذ من شاء من الكفيل أو المكفول، وقال مالك في أحد قوليّه: ليس له أن يؤاخذ الكفيل مع وجود المتكفل عنه، وله قول آخر مثل قول الجمهور. والذي استظهره ابن رشد في المقدمات 2 / 379: أن الكفالة لا تلزم الكفيل مع ملء المكفول عنه، وحضوره، واستوائهما في اللدد، وذكر أنه قول مالك الذي اختاره ابن القاسم. وانظر: المسالك 998، والمنتقى 6 / 86.

(4) قال في البدائع 6 / 10: «فأما براءة الأصيل (أي الغريم)، فليس حكم الكفالة عند عامة العلماء. والطالب بالخيار إن شاء طالب الأصيل، وإن شاء طالب الكفيل، إلا إذا كانت الكفالة بشرط براءة الأصيل، لأنها حوالة معني، أو كانت مقيدة بما عليه من الدين، لأنها في معنى الحوالة أيضًا. وقال ابن أبي ليلى: إن الكفالة توجب براءة الأصيل، والصحيح قول العامة.»

(5) قال في المهذب 1 / 341: «ويجوز للمضمون له مطالبة الضامن والمضمون عنه، لأن الدين ثابت في ذمتها، فكان له مطالبتها.»

وقال ابن أبي (1) ليلي، وزفر (2) بن الهذيل، وأبو (3) ثور، وداود (4) بن علي، والطبري (5): الحمالة كالحوالة، ولا رجوع لرب الدين على الغريم، وإنما يتوجه طلبه على الحميل (6).

واحتجوا بقوله عز وجل: ﴿وَلَمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: 72]، قالوا: وقد قال عليه السلام: «الزَّعِيمُ غَارِمٌ» (7)، قالوا: وقد

- (1) تقدمت ترجمته .
- (2) هو زفر بن الهذيل بن قيس العنبري البصري، صاحب أبي حنيفة، كان أبو حنيفة يفضله، ويقول: هو أقيس أصحابي. قال ابن معين: ثقة مأمون مات بالبصرة سنة 158هـ. ترجمته في الانتقاء 173، وتاج التراجم 28، والفوائد الهية 75.
- (3) هو أبو ثور إبراهيم بن خالد الكلبي، صاحب الشافعي، وأخذ عنه له كتب كثيرة يذكر فيها الاختلاف، ويحتج لاختياره، توفي ببغداد سنة 240هـ. ترجمته في الانتقاء 107، وطبقات الشيرازي 101، 102.
- (4) تقدمت ترجمته .
- (5) هو أبو جعفر محمد بن جرير الطبري، صاحب التفسير، والتاريخ، والمصنفات الكثيرة في القراءات والحديث واختلاف الفقهاء، نزل ببغداد، مات سنة 310هـ. ترجمته في طبقات الشيرازي 93، وطبقات العبادي 52، 53.
- (6) قال في البداية 2 / 223: وقال أبو ثور: الحمالة والكفالة واحدة. ومن ضمن عن رجل مالاً لزمه. وبرئ المضمون، ولا يجوز أن يكون مال واحد عن اثنين، وبه قال ابن أبي ليلي وابن شبرمة.
- (7) قال في طريق الرشد 2 / 104: «حديث الزعيم غارم» قال الزيلعي في نصب الراية: «رواه أبو داود في أواخر البيوع، والترمذي فيه، وفي الوصايا عن إسماعيل بن عياش بن شرحبيل بن مسلم، عن أبي أمامة رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث، لا تنفق المرأة شيئاً من بيتها إلا بإذن زوجها، فقيل: يارسول الله، ولا الطعام؟ قال: ذلك أفضل أموالنا. ثم قال: العارية مؤداة، والمنحة مردودة، والدين مقضي، والزعيم غارم». زاد الترمذي في الوصايا: الولد للفراش، وللعاهر الحجر، وحسابهم على الله، ومن ادعى إلى غير أبيه، أو انتسب إلى غير مواليه فعليه لعنة الله متتابعة إلى يوم القيامة. وقال: حديث حسن، ورواه بتجامة أحمد وأبو داود، والطيالسي، وأبو يعلى الموصلي في مسانيدهم. والدارقطني في سننه، ورواه ابن أبي شيبه، وعبد الرزاق في مصنفيهما. حدثنا إسماعيل بن عياش به: «العارية مؤداة، والزعيم =

كان عليه السلام يمتنع من الصلاة على الميت إذا كان عليه دين، وإن ميتاً كان عليه درهم⁽¹⁾، فامتنع من الصلاة عليه، حتى ضمنه عليه علي رضي الله عنه [هـ 224]، ثم صلى [عليه]⁽²⁾ حينئذ عليه السلام.

قالوا: فصح من هذا أن ذمة المحتمل عنه تبرأ من الدين، ويتوجه الطلب على المحيل كالحوالة سوى.

قالوا: وقد ضمن أبو قتادة⁽³⁾ عن ميت دينارين، فقال له النبي ﷺ: «الدَيْنَارُ عَلَيْكَ، وَالْمَيْتُ مِنْهَا بَرِيءٌ»⁽⁴⁾، قالوا: وهذا منه ﷺ نص لا يحتمل تأويلاً بأن⁽⁵⁾ ذمة الغريم [قد برئت]⁽⁶⁾، ويتوجه الطلب على الحميل.

والدليل على صحة ما قلناه، قوله ﷺ: «المَيْتُ مُرْتَهَنٌ بِدَيْنِهِ حَتَّى يُقْضَى عَنْهُ»⁽⁷⁾ وهذا على عمومه، قبل الحماله وبعدها، وقوله لأبي قتادة حين قضى

= غارم . . . زاد ابن أبي شيبة يعني الكفيل».

(1) في الأصل: درهما.

(2) تكملة يقتضيها السياق.

(3) هو أبو قتادة الحارث بن ربعي بن بلذمة الأنصاري السلمي، شهد أحدًا وما بعدها. أخرج له الستة، روى عنه ابنه عبد الله، وابن المسيب، ومولاه نافع، وخلق. مات بالمدينة سنة 54هـ على الأصح.

ترجمته في الخلاصة 457 - 458، والرياض 273 - 274.

(4) هذا الحديث أخرجه أبو داود في سننه في كتاب البيوع. باب في التشديد في الدين بلفظ هذا نصه: «عن جابر قال: كان رسول الله ﷺ لا يصلي على رجل مات وعليه دين، فأتي بميت، فقال: أعلية دين؟ قالوا: نعم، ديناران. قال: صلوا على صاحبكم، فقال أبو قتادة الأنصاري: هما علي يا رسول الله، قال: فصلي عليه رسول الله ﷺ، فلما فتح الله على رسول الله ﷺ قال: «أنا أولى بكل مؤمن من نفسه، فمن ترك ديناً فعلي قضاؤه، ومن ترك مالا فلورثته»، وبنحوه ذكره في المنتقى 6 / 84 من حديث سلمة بن الأكوع، ولم أقف عليه باللفظ الوارد في المتن. وبنحو حديث جابر أيضاً، روي عن أبي سعيد الخدري. ن: عيون الأدلة 100.

(5) في الأصل: إن.

(6) تكملة لازمة.

(7) هذا الحديث أخرجه الترمذي في سننه 2 / 271، في أبواب الجنائز، باب ما جاء أن نفس =

عن المضمون عليه الدين الذي كان عليه: «الآن برّدت عليه مَضَجَعُهُ»⁽¹⁾، فدل هذا على أن مضجعه قبل قضاء الدين لم يبرد، وأن الحق عليه بحاله، وأنه مطالب به، ولأن اختصاص الضمان باسمه، يدل على اختصاصه بمعنى، وأيضاً⁽²⁾ فإن⁽³⁾ الضمان يصح بغير إذن المضمون عنه، بدليل أن علياً وأبا قتادة رضي الله عنهما ضمنا عن الميتين مع عدم إذنهما⁽⁴⁾، وذلك يؤذن بأن الحق منتقل عن ذمة المضمون عنه كالرهن يجوز بغير إذن الذي عليه الدين.

وقد أجمعنا على أن الدين لا ينتقل عن ذمة المرهون عنه إلى ذمة الراهن، فوجب أن تكون الحماله كذلك، والعلة الجامعة بينهما أن كل واحد منهما وثيقة بالحق، ويصحان جميعاً بغير إذن الذي عليه الدين.

ويدل على صحة هذه العلة عكسها، وهو أن الحماله لا ينتقل بها الحق عن ذمة الذي عليه إلا بإذن الذي له الحق.

فإذا ثبت هذا. ففيما ذكرناه الجواب عن جميع ما قالوه. والآية والأحاديث التي احتجوا بها نحن قائلون بها، وإنما اختلفنا في ذمة الغريم هل تبرأ⁽⁵⁾ من الدين أم لا؟ والله أعلم.

= المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه، عن أبي هريرة رضي الله عنه بلفظ قريب هذا نصه: «نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه». وقال: «هذا حديث حسن».

(1) لم أقف عليه بهذا اللفظ، وهو في المقدمات 2 / 378، محكي بمعناه عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه، وهذا نصه: «روى جابر بن عبد الله أن رجلاً مات وعليه دين، فلم يصل عليه النبي عليه السلام، حتى قال أبو اليسر أو غيره: هو إلي، فصل عليه، فجاءه من الغد فتقاضاه، فقال: إنما كان أمس، ثم أتاه من بعد الغد، فأعطاه، فقال: «الآن بردت عليه جلده».

(2) في الأصل: وأيضى.

(3) في الأصل: وإن.

(4) انظر: البدائع 6 / 2.

(5) في الأصل: تبرى.

[في حكم الحمالة عن الميت]

تصح الحمالة عن الميت، خَلَّفَ وَفَاءَ بما عليه من الدين أم لا⁽¹⁾. وبه قال الشافعي⁽²⁾.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز ذلك إلا إذا خلف وفاء بالحق⁽³⁾.

واحتج أصحابه فقالوا: الحمالة في هذه الصورة إنما تتوجه إلى مال متروك. وإذا لم يخلف شيئاً، صارت حمالة بمعدوم، فلم تصح. قالوا: ويدل على صحة هذا، أن الحمالة بنجوم المكاتب غير جائزة، وإنما لم تجز لأنها حمالة مصروفة إلى معدوم.

والدليل على صحة ما قلناه: هو أن النبي عليه السلام كان في أول الإسلام يمتنع من الصلاة على من مات، وعليه دين، ولم يخلف وفاء حتى يضمن، وإذا ضَمِنَ عنه، صلى عليه، عليه السلام⁽⁴⁾. وهذا دليل على جواز صحة الحمالة بالمعدوم. وبه يبطل كل ما قالوه.

(1) قال في الإشراف 2 / 21: «يصح ضمان الدين عن الميت، سواء خلف وفاء به، أو لم يخلف، خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يلزم إذا لم يترك وفاء»، وقال في المنتقى 6 / 84: «والحمالة بما على الميت جائزة، وإن لم يترك وفاء، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: لا يجوز ذلك إذا لم يترك وفاء».

وانظر المقدمات 2 / 378، وعيون الأدلة 28 / 98 - 99.

(2) قال في المهذب 1 / 339: «ويصح ضمان الدين عن الميت، لما روى أبو قتادة قال: أقبل بجنازة على عهد رسول الله ﷺ، فقال: «هل على صاحبكم من دين؟» فقالوا: عليه ديناران. فقال ﷺ: «صلوا على صاحبكم»، فقال أبو قتادة: هما علي يا رسول الله، فصلى عليه رسول الله ﷺ».

(3) قال في البدائع 6 / 6: «وأما الذي يرجع إلى الأصيل فنوعان: أحدهما أن يكون قادراً على تسليم المكفول به، إما بنفسه، وإما بنائبه عند أبي حنيفة، فلا تصح الكفالة بالدين عن ميت مفلس عنده. وعند أبي يوسف ومحمد تصح».

(4) تقدم تخريج هذا الحديث.

وقد أجاز عليه السلام ضمان علي وأبي قتادة، حين ضمن كل واحد منهما عن ميت ما عليه⁽¹⁾.

وكان [المسلمون]⁽²⁾ في أول الإسلام على ما علم من الفقر والحاجة، ولما اتسعت أموال المسلمين، وكثرت من السببي، والغنائم⁽³⁾، والخراج⁽⁴⁾، والجزية، وأخذ الزكوات، إلى غير ذلك. قال عليه السلام حينئذ: «مَنْ مَاتَ وَخَلَّفَ مَالًا فَهُوَ لَوَرَثَتِهِ، وَمَنْ خَلَّفَ كَلًّا فَهُوَ عَلَيَّ»⁽⁵⁾، ثم صلى بعد ذلك على كل من مات من المسلمين.

ولأن من تحمل⁽⁶⁾ عن معسر بدين عليه، ثم مات الذي عليه الدين معسراً، فإن رب الدين يطالب الحميل وإن لم يترك الميت شيئاً. ولو كانت الحماله لا تتوجه إلا على موجود، ولا تتوجه إلى معدوم - كما زعموا -، لتبرأ الحميل من الحماله في هذه المسأله، ولم يلزمه شيء، لأن المحتمل عنه مات، ولم يخلف وفاء.

فإذا ثبت هذا. فقولهم: إن الضمان إذا لم يتوجه إلى مال متروك، كان ضماناً بمعدوم، خطأ، لأن الضمان عن الغريم المعسر لا يتوجه إلى مال موجود، ومع ذلك تجوز الحماله بما عليه من الدين. وقد ذكرنا فيما تقدم أن ذمه من عليه الدين مرتهنة بالدين الذي عليه،

(1) انظر: البدائع 2 / 6.

(2) تكمله يقتضيها السياق.

(3) الغنيمه: «اسم لما يؤخذ من أموال الكفرة بقوة الغزاه» التعريفات 162، وانظر: حليه الفقهاء 160، والطلبه 167، والمغرب 346.

(4) الخراج: ما تأخذه الدوله من الضرائب على الأرض المفتوحة عنوة، أو الأرض التي صالح أهلها عليها، والخراج على نوعين، خراج وظيفه أو الخراج الموظف، وهو الضريبه المقطوعه المفروضه على الأرض. وخراج مقاسمه، وهو الضريبه المأخوذه من إنتاج الأرض بنسبه معينه. ويطلق الخراج أيضاً على ربع عين معينه، كالأرض والخادم ونحوهما. ن: الطلبه 167، والمغرب 346، والتعريفات 98، ولغة الفقهاء 194.

(5) تقدم تخريجه.

(6) في الأصل: يحمل.

خلف وفاء بما عليه أم لا .
 واستشهادهم بنجوم الكتابة، غير لازم، لأنها ليست بدين ثابت من
 الذمة . وإنما لم تجز الحماله بها، لأنه قد يعجز فيعود رقيقاً، فلا ينتفع الحميل
 بشيء مما ودى⁽¹⁾، ولا يكون للمكاتب بعد العجز ذمة تتبع⁽²⁾، فيودي [إلى
 ضياع]⁽³⁾ حق الحميل فيما ودى⁽⁴⁾ وكل ذلك ممنوع⁽⁵⁾ شرعاً، والشرع نهيه
 عليه السلام عن إضاعة المال⁽⁶⁾ .

(1) في الأصل : ودا .

(2) في الأصل : يتبع .

(3) تكملة يقتضيها السياق .

(4) في الأصل : ودا .

(5) في الأصل : ممنوعاً .

(6) حديث نهى الرسول ﷺ عن إضاعة المال، أخرجه الإمام مسلم في كتاب الأفضية : باب
 النهي عن كثرة المسائل من غير حاجة . . . عن أبي هريرة، والمغيرة بن شعبة رضي الله
 عنهما من طرق متعددة وبألفاظ متقاربة، هذا أحدها : عن وراذ قال : كتب المغيرة إلى
 معاوية : سلام عليك، أما بعد، فإني سمعت رسول الله ﷺ يقول : «إن الله حرم ثلاثاً،
 ونهى عن ثلاث : حرم عقوق الوالد، ووأد البنات، ولا وهات، ونهى عن ثلاث : قيل وقال،
 وكثرة السؤال، وإضاعة المال» .

[في الحمالة بالوجه، هل تجوز أم لا؟]

الحمالة بالوجه جائزة⁽¹⁾. وبه قال أبو حنيفة⁽²⁾.
 وقال الشافعي في الجديد: لا يجوز الحمالة بالوجه على حال⁽³⁾. وقال
 في القديم كقول مالك وأبي حنيفة.
 واحتج أصحابه لقوله الجديد، بقوله عز وجل: ﴿مَعَاذَ اللَّهِ أَنْ نَأْخُذَ إِلَّا
 مَنْ وَجَدْنَا مَتَّعِنَا بِهِ﴾ [يوسف: 79]. قالوا: وهذا المحتمل، ليس لأحد
 عنده متاع، فيجب أن [لا]⁽⁴⁾ يؤخذ منه شيء، لأن الذمم في وضع الشرع على
 البراءة⁽⁵⁾. ﴿وَلَا (6) نَزِرُ وَازِرَةٌ وَرُزُّ أُخْرَى﴾ [الأنعام: 164، والإسراء: 15،
 وفاطر: 18، والزمر: 7]. ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا﴾ [الأنعام: 164].
 قالوا: ولأنها كفالة ببدن، فأشبهت الكفالة بالحدود؛ إذ الكفالة بها لا

- (1) قال في الإشراف 2 / 22: «تصح كفالة الأبدان، خلافاً للشافعي»، وقال في المنتقى
 6 / 80: «فأما الحمالة بالوجه فهي جائزة، خلافاً للشافعي في منعه من ذلك»، وقال في
 المقدمات م 2 / 399 - 400: «وأما الحمالة بالوجه فإنها جائزة إذا كان المتحمل به مطلوباً
 بالمال. ولم يكن مطلوباً بشيء يجب عليه في بدنه من قتل، أو حد، أو قصاص، أو تعزير.
 هذا مذهب مالك رحمه الله وجميع أصحابه.»
- (2) قال في البدائع 6 / 8: «... ثم ما ذكرنا من الكفالة بالنفس والعين والفعل إنها صحيحة وما
 ذكرنا من التفريعات عليها، مذهب أصحابنا. وقال الشافعي رحمه الله: إنها غير
 صحيحة...». وانظر: المسبوط 19 / 176، واختلاف الفقهاء 26.
- (3) قال في المهذب 1 / 342: «وتجوز كفالة البدن على المنصوص في الكتب، وقال في
 الدعوي والبيئات: إن كفالة البدن ضعيفة... ومن أصحابنا من قال: فيه قولان: أحدهما
 أنها لا تصح، لأنه ضمان عين في الذمة بعقد، فلم يصح كالسلم في ثمرة نخلة بعينها.
 والثاني: يصح، وهو الأظهر...». وانظر: الأم 3 / 234 - 235.
- (4) تكملة لازمة.
- (5) في الأصل: المرأة وهو خطأ.
- (6) في الأصل: لا. وهو خطأ.

تجوز بإجماع⁽¹⁾.
ولأنها⁽²⁾ ضمان بعين على غير معاوضة، فوجب ألا تكون جائزة.
دليله: الودیعة إذا أخذت⁽³⁾ على ضمان.
والدليل على صحة ما قلناه: قوله ﷺ: «الزَّعِيمُ غَارِمٌ»⁽⁴⁾، فأطلق،
وقوله ﷺ: «لَا كَفَالَةَ فِي حَدِّ، وَلَا فِي لِعَانٍ»⁽⁵⁾، فدل ذلك على أن غير الحدود
واللعان من الحقوق، يجوز فيها الكفالة.
ولأن ابن⁽⁶⁾ عمر رضي الله عنه كان له على رجل دين، فلزمه، فتكفلت
به أمُّ كلثوم⁽⁷⁾، فلم ينكر ذلك أحد من الصحابة⁽⁸⁾.
ولأنه عَقْدٌ عَقْدٌ تَوْثِقًا لاستيفاء حق، فوجب أن يكون جائزاً⁽⁹⁾. دليله:
الرهن.
ولأن في إجازة ذلك مصلحة عامة للناس، ورفقاً بهم لحاجتهم إليه،
فابتغى⁽¹⁰⁾ أن يجوز ذلك. دليله: سائر ما اتفق عليه من المصالح الدينية.

-
- (1) قوله: «لا تجوز بإجماع» فيه نظر. قال في المقدمات م 2 / 400: «ومن أهل العلم من يرى الكفالة في الحدود والقصاص والجراح»، ونقل عن عثمان البتي قوله: «إذا تكفل بنفس أو جراح، فإن لم يجئ به لزمته الدية وأرش الجراحة...».
- (2) في الأصل: ولأن.
- (3) في الأصل: خذت.
- (4) تقدم تخريجه في ص 505.
- (5) لم أقف عليه.
- (6) تقدمت ترجمته في ص 8.
- (7) المسميات من الصحابييات بهذا الاسم كثر، والتي يشبه أن تكون هي المرادة - والله أعلم - هي: أم كلثوم بنت علي بن أبي طالب، زوج عمر رضي الله عنه، وأم ولديه: رقية، وزيد، ماتت وولدها زيد في يوم واحد، فصلى عليها ابن عمر رضي الله عنه.
- (8) ترجمتها في الاستيعاب بهامش الإصابة 13 / 278 - 282، والإصابة 13 / 280 - 281.
- (8) لم أقف عليه.
- (9) في الأصل: جائز.
- (10) في الأصل: فابتغى.

فإذا ثبت هذا. فما احتجوا به من الآية، غير لازم، لأنه وارد في شرع من كان قبلنا⁽¹⁾.

وما ذكروه من الحدود، فغير لازم، لأن الحدود حق الله تعالى، فلا يقاس عليها حقوق⁽²⁾ الخلق: إذ يجوز في أحد الحقيين ما لا يجوز في الآخر من العفو والترك، والإسقاط وغير ذلك.

وما ذكروه من الوديعة، فالمعنى فيه: ضمان ما لم يستقر ثبوته، فلذلك لم يجز.

ولأن شرط الضمان فيه من باب أكل المال بالباطل لا عن عوض؛ وقد حرم الله سبحانه ذلك بقوله: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ [البقرة: 188]. والله أعلم. [هـ 225].

-
- (1) قوله هذا يشعر بأنه لا يرى العمل بشرع من قبلنا على حال، مع أن ابن العربي في أحكامه 1 / 24: يصرح بأن العمل بشرع من قبلنا إذا حكى في شرعنا، هو صريح مذهب مالك في أصوله كلها. هذا بالإضافة إلى أن المؤلف نفسه، يحتج بهذا الشرع في المسألة الأولى من كتاب الجراحات، على إثبات مشروعية اللوث الموجب للقسامة للأولياء كما سنرى!!.
- (2) في الأصل: حدود، وهو خطأ.

كتاب الوكالات (1)

مسألة (2) [128]:

[في الوكيل على بيع سلعة، هل له أن يبيعها بأقل من ثمن المثل؟]

إذا وَكَّلَ رَجُلٌ رَجُلًا عَلَى بَيْعِ سَلْعَةٍ، فَبَاعَهَا وَغَبَنَ فِيهَا مَغَابِنَةً لَا يَتَغَابَنُ النَّاسَ (3) بِمِثْلِهَا، فَالْبَيْعُ مُرَدُّودٌ (4). وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ (5). وَالْقَاضِي أَبُو يُونُسَ (6) وَمُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ (7).

وقال أبو حنيفة: البيع صحيح، ويمضى ولا يرد (8).

واحتج أصحابه فقالوا: اسم البيع يتناول ما فعله الوكيل، وقد أمره أن يبيع فافتضى مجرد أمره الإطلاق. فيجب أن يصح بيعه ولا يرد. أصله: ما لو

(1) الوكالة: «أن يوكل المرء أمره إلى غيره ممن يقوم مقامه»، حلية الفقهاء 145، وانظر: الطلبة 28، والمغرب 493، والأئيس 238 - 239، ولغة الفقهاء 509.

(2) ليست في الأصل، ويقتضيها السياق.

(3) في الأصل: للناس.

(4) قال في الإشراف 2 / 28: «إذا وكله في بيع سلعة وكالة مطلقة، لم يجز إلا أن يبيع بثلث مثله نقدًا، لا نساء، بنقد البلد، وقال أبو حنيفة: يجوز له أن يبيع إلى أجل، وبغير نقد البلد، وبنقصان من ثمن المثل، ووافق في التوكيل في شراء عبد، أنه لا يجوز له أن يشتري بأكثر من ثمنه، مما لا يتغابن الناس بمثله، ولا إلى أجل». وانظر: البداية 2 / 227، والتفريع 2 / 318.

(5) قال في المهذب 1 / 354: «ولا يجوز للوكيل في البيع أن يبيع بدون ثمن المثل، فيما لا يتغابن الناس به من غير إذن».

(6) تقدمت ترجمته.

(7) تقدمت ترجمته.

(8) قال في البدائع 6 / 27: «... هذا إذا كان التوكيل بالبيع مقيدًا، فأما إذا كان مطلقًا، فيراعى فيه الإطلاق عند أبي حنيفة، فيملك البيع بالقليل والكثير، وعندهما (أي أبو يوسف ومحمد) لا يملك البيع إلا بما يتغابن الناس في مثله، وروى الحسن عن أبي حنيفة مثل قولهما...». وانظر: المبسوط 19 / 36.

باع بغير مغابنة .

والدليل على صحة ما قلناه : هو أن إطلاق البيع يقتضي ألا يبيع إلا بضمن المثل، كما يقتضي ألا يبيع إلا بنقد أهل البلد الذي باع فيه، فإذا باع بما لا يتغابن الناس بمثله؛ فقد حَابَى⁽¹⁾، والمُحَابَاةُ⁽²⁾ في مال الغير مردودة، لأنها جارية مجرى الهبات، فقد وهب الوكيل ما لا يملك . فيجب أن يكون مردودًا . ألا ترى أن محاباة المريض مقصورة على ثلثه كهفته سوى؟ وأن محاباة المكاتب مردودة⁽³⁾ كهفته إلا أن يجيز السيد ذلك؟ فيجب [أن يكون]⁽⁴⁾ ما اختلفنا فيه كذلك .

فإذا ثبت . فما احتجوا به من إطلاق البيع، غير لازم، لأن الإطلاق لا يوجب الخروج عن العادة الجارية بين الناس، ولا عن نقد البلد، والعرف والعادة بين الناس كالشرط .

ولأنه لو وكل على شراء عبد، فاشتراه بأكثر من ثمن المثل، أو بغير نقد البلد، فإنه لا يجوز بإجماع منا ومنهم⁽⁵⁾ .

(1) في الأصل : حابا .

(2) المحاباة : هي المسامحة في البيع بزيادة المشتري شيئًا على الثمن، أو حط البائع شيئًا منه .
ن : لغة الفقهاء 407 .

(3) في الأصل : مردود .

(4) تكملة يقتضيها السياق .

(5) انظر : البداية 2 / 227 .

كتاب الوديعة⁽¹⁾

مسألة⁽²⁾ [129]:

[في من أودع وديعة. فتصرف فيها، ثم رد مثل وزنها،
ثم هلكت هل يضمن أم لا؟]

ومن أودع وديعة ذهباً أو فضة، فاستقرضها، وتصرف فيها، ثم رد مثل وزنها، فهلكت عنده بعد رده إياها، فلا ضمان عليه⁽³⁾ وبه قال أبو حنيفة⁽⁴⁾.

(1) الوديعة: «أمانة تركت عند الغير للحفظ قصداً». التعريفات 251، وانظر: حلية الفقهاء 159، والطلبة 202، والمغرب 479، وشرح الحدود 335 - 340، والأنيس 248، والنظم المستعذب بهامش المهذب 1 / 358، ولغة الفقهاء 501.

(2) ليست في الأصل والسياق يقتضيها.

(3) قال في التفریع 2 / 271: «ومن استودع وديعة، فأنفق بعضها، ضمن ما أتلفه، ولم يضمن باقيها. وإذا رد ما أنفقه إلى مكانه ثم تلف، سقط ضمانه عنه، وقيل: إنه لا يسقط ضمانه عنه حتى يشهد على ردها من حيث أخذها، وقيل أيضاً: لا يسقط عنه ضمانها حتى يردها إلى ربها». وقال في الإشراف 2 / 41: «إذا أنفق الوديعة، ثم رد مثلها، أو أخرجها لينفقها، ثم ردها، فقد سقط الضمان عند مالك فيما له مثل، فإذا رد مثلها ضمن. وقال عبدالمك والشافعي: يضمن في الموضوعين»، وانظر: البداية 2 / 234.

(4) قال في المبسوط 11 / 112: «فإن كان أخذ بعض الوديعة لينفقه في حاجته، ثم بدا له فرده إلى موضعه ثم ضاعت الوديعة، فلا ضمان عليه...»، وقال في البدائع 6 / 213: «ولو أخذ بعض دراهم الوديعة لينفقها، فلم ينفقها، ثم ردها إلى موضعها بعد أيام، فضاعت لا ضمان عليه عندنا، وعند الشافعي رحمه الله يضمن»، وقال في الإفصاح 2 / 25: «واختلفوا فيما إذا أخرج المودع من الوديعة شيئاً بنية الخيانة، فأنفقه، ثم تاب إليه إيمانه، فأعاد مثله، ثم تلفت الوديعة، فقال أبو حنيفة: إن ردها بعينها لم يضمن، وإن رد مثلها وهي تتميز من الباقي فتلفت الوديعة كلها، ضمن بمقدار ما كان أخذ، وإن كان الذي أعاده لا يتميز من الباقي فتلفت الوديعة ضمن الجميع، وقال مالك: إن ردها بعينها، أو مثلها إن كان لها مثل، لم يضمن وعنه أنه يضمن. وقال الشافعي: يضمن على كل حال، وقال أحمد فيما رواه الخرقى: يضمن قدر ما أخذ، وإن كان رده أو مثله». وانظر: إيثار الإنصاف: 263.

وقال الشافعي: هو ضامن⁽¹⁾، وبه قال عبد⁽²⁾ الملك بن الماجشون. واحتج أصحاب الشافعي فقالوا: قد وجب عليه ضمانها بنفس وضع اليد عليها، ولا يرتفع عنه ذلك الضمان الذي وجب عليه بالرد، دليله: ما لو كان المردود قيمة⁽³⁾.

قالوا: ولأنها وديعة مر عليها بعد تصرفه فيها زمن لو تلفت فيه، لكان ضامناً لها بإجماع، فوجب ألا يرتفع عنه ضمانها إلا بوصولها إلى ربها، أو بإبراءه إياه منها. دليله: ما إذا جردها، ثم أقر بها، ثم ادعى⁽⁴⁾ أنها تلفت؛ حيث يجب عليه ضمانها.

والدليل على صحة ما قلناه: هو أنه لما أخرجها من موضعها، كان حكم الضمان فيها مراعى⁽⁵⁾، فإن ردها، يسقط عنه ضمانها، وإن تلفت وجب عليه ضمانها. دليله: المحرم إذا صاد صيداً فتلف في يده، فإنه يضمه، فإن أرسله بعدما صاده لم يضمه، فكذلك ما اختلفنا [فيه]⁽⁶⁾.

ولأنها وديعة تلفت في يد المودع من غير اعتداء ولا جحود كان منه عليها في حال التلف؛ فوجب ألا يكون ضامناً. دليله: ما إذا تلفت من غير أن يخرجها من حرزها⁽⁷⁾ بأمر من الله؛ حيث لا يجب عليه ضمانها بإجماع.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من أن الضمان وجب بوضع اليد، فلا

(1) قال في المهذب 1 / 362: «وإن تعدى في الوديعة فضمنها، ثم ترك التعدي في الوديعة لم يبرأ من الضمان لأنه ضمن العين بالعدوان، فلم يبرأ بالرد إلى المكان...»، وانظر: الإشراف 2 / 41، والبداية 2 / 234، والإفصاح 2 / 25.

(2) تقدمت ترجمته.

(3) في الأصل: فيه وهو خطأ.

(4) في الأصل: ادعا.

(5) في الأصل: مراعا.

(6) تكملة يقتضيها السياق.

(7) الحرز بكسر الحاء «ما يحفظ فيه المال عادة، وهو يختلف باختلاف الشيء المحرز». لغة الفقهاء 178.

يرتفع عنه ذلك الضمان الذي وجب عليه بالرد، لا معنى⁽¹⁾ له، لأن ربها قد ائتمنه عليها في الابتداء، وهو سبب براءة ذمته منها إذا ردها، ثم تلفت على أصلنا، لأنه على استمرار حال الأمانة، حتى نعلم منه الخيانة والتفريط، ولم يوجد منه شيء من ذلك حين رد الوزن والعدد الذي⁽²⁾ اقترضه إلى موضع حرز، وصيانة، لكن حين أخرجها من حرزها كان مخالفاً لأمر ربها فيها، فإذا ردها إلى حرزها، وموضع حفظها، فقد راجع أمر ربها فيها، وعادت أمانة كما كانت، فوجب ألا يضمناها إن تلفت بعد ذلك.

وليس كذلك إذا جردها، ثم أقر بها، لأن⁽³⁾ جحوده خارج عن حكم الأمانة، فلا يقبل قوله إن ادعى تلفها بعد ذلك، ويضمناها على كل حال. وقولهم: دليله: ما إذا كان المردود قيمة، غير لازم، لأن المردود إذا كان قيمة لا يرتفع الضمان عندنا. لأن القيمة تحتاج إلى نظر الحاكم واجتهاده⁽⁴⁾ بخلاف العين، والله أعلم.

(1) في الأصل: معنا.

(2) في الأصل: التي.

(3) في الأصل: لأنه.

(4) في الأصل: واجتهاد.

[في الذي دفعت إليه الوديعة بيينة .
هل يقبل قوله في الرد بدون بيينة؟]

ومن دفعت إليه وديعة بيينة، لم يقبل قوله في الرد إلا بيينة⁽¹⁾.
وقال أبو حنيفة والشافعي: القول قوله مع يمينه في الرد، إن لم يقر له بيينة.

واحتج أصحابهما فقالوا: هذه الوديعة قد حصلت في يد المودع على وجه الأمانة لمنفعة صاحبها خاصة، فوجب أن يكون مصدقاً، كما لو دفعها إليه ابتداءً بغير بيينة⁽²⁾.

قالوا: ولأنه لو قبضها بيينة، ثم ادعى⁽³⁾ تلفها لقبيل منه، وكان القول قوله بغير خلاف فيجب أن يكون ما اختلفنا فيه كذلك.

والدليل على ما قلناه: هو أن صاحبها لم يأت منه عليها، ولا على ردها إليه إلا بيينة، ولهذا أشهد عليه عند الدفع، وإلا فما فائدة الإشهاد؟ ولا يوجد

(1) قال في التفرع 2 / 270: «ومن استودع وديعة، فادعى تلفها، أو ردها على ربها، فالقول في ذلك قوله مع يمينه، إلا أن يكون قبضها بيينة، فلا يقبل قوله في ردها على ربها إلا بيينة...»، وقال في الإشراف 2 / 41: «إذا قبض وديعة بيينة وادعى ردها، لم يقبل منه إلا بيينة، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي». وقال في البداية 2 / 233: «... قالوا: إلا أن يدفعها إليه بيينة، فإنه لا يكون القول قوله قالوا: لأنه إذا دفعها إليه بيينة، فكأنه ائتمنه على حفظها، ولم يأت منه 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 وأبي حنيفة. وهو القياس...»، وانظر: المقدمات م 2 / 460 - 461.

(2) قال في الإفصاح 2 / 23: «اختلفوا فيما إذا كان المودع قبضها بيينة، فهل يقبل قوله في ردها بغير بيينة؟ فقال أبو حنيفة والشافعي: يقبل قوله بغير بيينة...»، وانظر: الإشراف 2 / 41، والبداية 2 / 633، والمبسوط 11 / 113، والبداية 6 / 211، والمهذب 1 / 362.

(3) في الأصل: ادعى.

له فائدة إلا ما قلناه، لأنه لو رضي بائتمانه على الإطلاق، لم يشهد عليه عندما دفعها إليه .

ولأنه لو ادعى⁽¹⁾ أنه دفعها إلى من يوصلها إلى ربها، فأنكر المدفوع إليه ذلك، لو يقبل قوله إلا ببينة، والمعنى في ذلك: أنه أمين ادعى⁽²⁾ إيصال ما أوْتُمِن عليه إلى غير من⁽³⁾ ائتمنه، فلم يقبل قوله إلا ببينة .

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من أن الوديعة⁽⁴⁾ حصلت في يده على وجه الأمانة، فقد أجبنا عنه .

وما استشهدوا به من مسألة التلف، غير لازم، لأن إقامة البينة على التلف متعذرة⁽⁵⁾ لا يقدر عليها، وإقامة البينة على الرد غير متعذرة⁽⁶⁾ ولا مشقة عليه في ذلك . فصح مجموع هذا⁽⁷⁾ ما قلناه وأوردناه . والله أعلم .

(1) في الأصل: ادعا .

(2) في الأصل: ادعا .

(3) في الأصل: ما .

(4) في الأصل: المدفوع، وهو خطأ بدليل ما في أول المسألة .

(5) في الأصل: معتذرة .

(6) في الأصل: معتذرة .

(7) هكذا في الأصل، والظاهر أنها زائدة .

كتاب العارية⁽¹⁾

مسألة⁽²⁾ [131]:

[في المستعير يدعي هلاك ما يغاب عليه .
هل يضمن أم لا يضمن؟]

إذا ادعى المستعير هلاك ما يغاب⁽³⁾ عليه من العارية . لم يصدق . وكان ضامناً على كل حال ، ولا يضمن ما ظهر هلاكه إلا أن يتعدى⁽⁴⁾ .
وقال أبو حنيفة : هي غير مضمونة على كل حال ، كانت مما يغاب عليه ، أو مما لا يغاب عليه⁽⁵⁾ .

-
- (1) العارية : «تمليك منفعة مؤقتة لا بعوض» ، شرح الحدود 344 ، وانظر : الطلبة 203 - 204 ، والأنيس : 251 ، ولغة الفقهاء 300 .
 - (2) ليست في الأصل ، ويقتضيها السياق .
 - (3) ما يغاب عليه هو ما كان : كالثياب والأواني والكتب وما أشبه ذلك مما يخفى هلاكه ، فلا يطلع عليه الناس ، وعكسه ما لا يغاب عليه كالدرور ، والدواب ، والسيارات وما أشبه ذلك .
 - (4) قال في الإشراف 2 / 39 : «سبيل العارية سبيل الرهن ، يضمن منها ما يغاب عليه ، قال أبو حنيفة : لا يضمن على كل وجه ، وقال الشافعي : يضمن على كل وجه» ، وقال في البداية 2 / 235 : «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» . انظر : المقدمات م 2 / 471 ، والتفريع 2 / 267 - 268 ، ومسائل الخلاف 124 و : 2 .
 - (5) قال في البدائع 6 / 217 : «وأما بيان حال المستعار ، فحاله أنه أمانة في يد المستعير في حال الاستعمال بالإجماع ، فأما في غير حال الاستعمال ، فكذلك عندنا ، وعند الشافعي رحمه الله مضمون . . .» ، وقال في الإفصاح 2 / 21 : «ثم اختلفوا في ضمانها ، فقال أبو حنيفة : هي أمانة غير مضمونة ، ما لم يتعد مستعيرها كالوديعة ، وقال مالك : هي كالرهن ، فما كان =

وقال الشافعي: هي مضمونة على كل حال، كانت مما يغاب عليه أو مما لا يغاب عليه⁽¹⁾.

واحتج أصحاب أبي حنيفة، فقالوا: عارية هلكت في يد مستعيرها، لا في عقد معاوضة، مع تسليط صاحبها المستعار عليها، فلم يجب عليه ضمان. دليله: العبد الموصى بخدمته لرجل، إذا تلف في يد الموصى له؛ حيث لا يضمه بإجماع.

قالوا: ولأن هذه العارية لو تشعثت أو بليت في يد المستعير، لم يكن عليه ضمان ما نقصها البلي⁽²⁾، فلو كانت مضمونة، لكان بعض أجزائها مضموناً، وهو الذي تشعث وبلي، والبعض الآخر غير مضمون كالقصب سوى، إذا هلك بعضه وبقي البعض، وأنتم لا تقولون ذلك.

والدليل على صحة ما قلناه من أن ما يغاب عليه من العارية مضمون قوله ﷺ لصفوان بن أمية⁽³⁾؛ وقد استعار منه أدرعاً [هـ-226]، [فقال له]⁽⁴⁾: أغضباً يا محمد؟ فقال: «لَا بَلْ عَارِيَةٌ مُؤَدَّاةٌ»⁽⁵⁾، وهذا الحديث صحيح، وهو حجتنا

= منها مما يغاب عنه، ويخفى هلاكه كالثياب والأثمان ضمن، وما كان مما لا يخفى هلاكه كالدواب والحيوان لم يضم. وقال الشافعي: هي مضمونة بكل وجه». وانظر: إنبار الإنصاف: 266.

(1) قال في المهذب 1 / 363: وإذا قبض العين ضمنها لما روى صفوان أن النبي ﷺ استعار منه أدرعاً يوم حنين، فقال: أغضباً يا محمد؟ قال: «بل عارية مضمونة».

(2) في الأصل: البلا.

(3) هو أبو وهب صفوان بن أمية بن خلف بن وهب الجمحي القرشي حضر مع رسول الله ﷺ حنين والطائف وهو كافر، وزوجته مسلمة، ثم آمن بالله بعد ذلك، وكان من المؤلفات قلوبهم، أعار النبي ﷺ يوم حنين سلاحاً كثيراً. أخرج له مسلم، والأربعة، والبخاري تعليقاً، توفي مقتل عثمان رضي الله عنه، وقيل: سنة 41هـ، وقيل: غير ذلك.

ترجمته في الاستيعاب بهامش الإصابة 5 / 128 - 137، والإصابة 5 / 145 - 147، والخلاصة 174.

(4) تكملة يقتضيها السياق.

(5) قال في طريق الرشيد 2 / 110: «حديث صفوان بن أمية رواه أبو داود والنسائي عن شريك عن عبد العزيز بن رفيع، عن أمية بن صفوان بن أمية عن أبيه صفوان بن أمية: أن النبي ﷺ =

ومعتمدنا في ضمان ما يغاب عليه، والأدراع⁽¹⁾ مما يغاب عليه .
ولأن المستعير أخذها لمصلحة نفسه منفردًا بها من غير استحقاق له على ربها فوجب تضمينه إياها . أصله القرض .
واحتج أصحاب الشافعي بقوله ﷺ لصفوان بن أمية : «بَلْ عَارِيَةٌ مُؤَدَّاةٌ» ،
قالوا : وهذا لفظ عموم ، فيجب حمله على عمومه فيما يغاب عليه ، وفيما لا يغاب عليه .
قالوا : ولأنه أخذها لمنفعة نفسه منفردًا بها من غير استحقاق له على ربها . فوجب تضمينه إياها . دليله : القرض .
والدليل على صحة ما قلناه : من أن ما لا يغاب عليه من العواري غير مضمون : هو أنه عارية هلكت في يد مستعيرها لا عن عقد معاوضة ، مع تسليط صاحبها إياه عليها ، فلم يجب عليه ضمان . دليله : العبد الموصى بخدمته لرجل ، إذا تلف في يد الموصى به ؛ حيث لا يجب عليه ضمانه بإجماع .
واحتجاجهم بالعموم مخصص بما أوردناه من القياس⁽²⁾ الجلي . وذلك بين إن شاء الله .

= استعار منه دروعًا يوم حنين ، فقال : أغضبًا يا محمد؟ قال : «بل عارية مضمونة» . رواه أحمد في مسنده ، والحاكم في المستدرک وسكت عنه ، وإنما قال : وله شاهد صحيح ، انتهى من نصب الراية للزليعي . وأخرج هذا الحديث غير من ذكر ، وقال الحاكم فيه في إحدى رواياته عن ابن عباس رضي الله عنه : حديث صحيح على شرط مسلم . ن : نصب الراية 4 / 116 .
(1) في الأصل : الأراع .
(2) القياس الجلي : هو قياس العلة ، وما قطع فيه بنفي الفارق ، وما تبادرت علة إلى الفهم عند سماع الحكم . ن : لغة الفقهاء 372 .

كتاب الحُبْس (1)

مسألة⁽²⁾ [132]:

[في الحُبْس . هل يحتاج في لزومه إلى حكم حاكم أم لا؟]

الحُبْس جائز، وهو لازم لموجبه على نفسه، وهو من أفعال البر وأخلاق المسلمين، ويلزم بمجرد القول، وسواء قارنه حكم أم لم يقارنه⁽³⁾. وبه قال الشافعي⁽⁴⁾.

وقال أبو حنيفة: لا يلزم من ذلك إلا ما اقترن بحكم حاكم، فإذا لم يقترن به لم يلزم، إلا أن يخرج المحبس مخرج الوصايا، ويسعه الثلث، ولا يكون عليه دين، فيلزم ويصير وفقاً مؤبداً حبساً محرماً⁽⁵⁾.

- (1) الحبس بضمين جمع حبس، وهو «كل ما وقفته لوجه الله تعالى حيواناً كان أو أرضاً، أو داراً». المغرب 111، وانظر: حلية الفقهاء 153، وشرح الحدود 410، ولغة الفقهاء 174.
- (2) ليست في الأصل، ويقتضيها السياق.
- (3) قال في الإشراف 2 / 79: «الوقف يصح ويلزم في الحياة والممات من غير افتقار إلى حكم حاكم له والمشهور عن أبي حنيفة منعه، وأنه غير جائز ولا لازم، إلا بأحد أمرين: إما أن يحكم به حاكم، أو بأن يوصي في مرضه أن يوقف بعد موته فيصح ويكون من ثلثه كالوصية، إلا أن يكون مسجداً أو سقاية، فإن وقف ذلك يصح، ولا يحتاج إلى حكم حاكم»، وانظر: التفرع 2 / 307، والمقدمات م 2 / 414 - 419.
- (4) انظر: الأم 4 / 60 - 61، وقال في الإفصاح 2 / 52: «ثم اختلفوا (في الأصل اتفقوا، وهو خطأ) هل يلزم (أي الوقف) من غير أن يتصل به حكم، أو يخرج مخرج الوصايا؟ فقال مالك والشافعي وأحمد: يصح بغير هذين الوصفين ويلزمه، وقال أبو حنيفة: لا يصح إلا بوجود أحدهما».
- (5) قال في المبسوط 12 / 27 - 28: «وظن بعض أصحابنا رحمهم الله أنه غير جائز على قول أبي حنيفة، وإليه يشير في ظاهر الرواية، فنقول: أما أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه، فكان لا يجيز ذلك، ومراده لا يجعله لازماً، فأما أصل الجواز ثابت عنده، لأنه يجعل الواقف حابساً للعين على ملكه، صارفاً المنفعة إلى الجهة التي سماها، فيكون بمنزلة العارية، والعارية جائزة غير لازمة. ولهذا قال: لو أوصي به بعد موته يكون لازماً بمنزلة الوصية بالمنفعة بعد الموت... فأما أبو يوسف ومحمد رحمهما الله، قالوا: الوقف يزيل ملكه، وإنما يحبس =

واحتج أصحابه بقول شريح⁽¹⁾؛ جاء محمد ﷺ بإطلاق الحُبس⁽²⁾، وبحديث عكرمة⁽³⁾ عن ابن عباس⁽⁴⁾ أن النبي ﷺ قال: «لا حَبَسَ عن فرائض الله عز وجل»⁽⁵⁾، وبحديث

= العين عن الدخول في ملك غيره، وليس من ضرورة ذلك امتناع زوال ملكه، فلزوال الملك في حقه يلزم حتى لا يورث عنه بعد وفاته، لأن الوارث يخلف المورث في ملكه. وكان أبو يوسف رحمه الله يقول أولاً بقول أبي حنيفة رحمه الله، ولكنه لما حج مع الرشيد رحمه الله، فرأى وقوف الصحابة رضوان الله عليهم بالمدينة ونواحيها رجع فأفتى بلزوم الوقف . . . وقد استبعد محمد رحمه الله قول أبي في الكتاب لهذا، وسماه تحكماً على الناس من غير حجة، فقال: ما أخذ الناس بقول أبي حنيفة وأصحابه، إلا بتركهم التحكم على الناس، فإذا كانوا هم الذين يتحكمون على الناس بغير أثر ولا قياس، لم يقلدوا هذه الأشياء، ولو جاز التقليد كان من مضى قبل أبي حنيفة مثل الحسن البصري وإبراهيم النخعي رحمهم الله أخرى أن يقلدوا، ولم يحمد على ما قال، وقال في البدائع 6 / 218: «واختلفوا في جوازهم مزيلاً لملك الرقبة إذا لم توجد الإضافة إلى ما بعد الموت، ولا اتصل به حكم حاكم، قال أبو حنيفة عليه الرحمة: لا يجوز، حتى كان للواقف بيع الموقوف، وهبته وإذا مات يصير ميراثاً لورثته، وقال أبو يوسف ومحمد وعمامة العلماء رضي الله تعالى عنهم: يجوز حتى لا يباع ولا يوهب، ولا يورث . . . وروى الطحاوي عنه أنه إذا وقف في حالة المرض جاز عنده ويعتبر من الثلث . . .».

- (1) تقدمت ترجمته .
(2) قال في المحلى 9 / 177: «واحتج من لم ير الحبس جملة بما روينا من طريق سفيان بن عيينة، عن مسعر بن كدام عن أبي عون هو محمد بن عبيد الله الثقفي قال: قال علي: هذا منقطع، بل الصحيح خلافه، وهو أن محمد ﷺ جاء بإثبات الحبس نصاً . . .» .
(3) هو أبو عبد الله عكرمة مولى ابن عباس المدني، أصله من البربر من أهل المغرب، كان فقيهاً، قال أبو الشعثاء: عكرمة أعلم الناس، وقيل لسعيد بن جبيرة: هل أحد تعلم أعلم منك؟ قال: عكرمة. مات سنة 105 أو 106 أو 107هـ.

ترجمته في طبقات الشيرازي 70، وطبقات الحفاظ 43 - 44.

- (4) تقدمت ترجمته .
(5) أخرجه الدارقطني في سننه 4 / 68، في كتاب الفرائض، بسند هذا نصه: «نا عبيد الله بن عبد الصمد بن المهتدي بالله، نا محمد بن عبد الرحيم بن موسى الصدفي، نا عمرو بن خالد، نا ابن لهيعة عن أخيه عيسى بن لهيعة، عن عكرمة، عن ابن عباس، قال: قال رسول=

عبد⁽¹⁾ الله بن زيد ابن⁽²⁾ عبد ربه بن⁽³⁾ سعيد: أنه أتى⁽⁴⁾ النبي ﷺ فقال: يارسول الله، حائطي هذا صدقة، وهي إلى الله ورسوله، فجاء أبواه⁽⁵⁾ فقالا⁽⁶⁾: لا إنه كان قوامَ عيشنا فرده رسول الله ﷺ إليهما، فلما ماتا، ورثه عنهما⁽⁷⁾ عبد الله بن زيد⁽⁸⁾.

قالوا: ولأن لفظ الوقف ليس فيه ما يدل على زوال الملك، وإنما الوقف بمعنى الحبس، والحبس لا يدل على زوال الملك.

= الله ﷺ: «لا حبس عن فرائض الله عز وجل». ثم قال: «لم يسنده غير ابن لهيعة عن أخيه وهما ضعيفان». وأورده ابن حزم في المحلى 9 / 177 بسنده من قول شريح بلفظ: «لا حبس عن فرائض الله»، ثم قال: «فقول فاسد، لأنهم يختلفون في جواز الهبة والصدقة في الحياة، والوصية بعد الموت، وكل هذه مسقطه لفرائض الله».

(1) هو أبو محمد عبد الله بن زيد بن عبد ربه بن الحارث الأنصاري الخزرجي الذي أرى الأذان في النوم، فأمر به رسول الله ﷺ بلالاً، لا يعرف له شيء يصح عن النبي ﷺ، غير حديث الأذان، روى عنه سعيد بن المسيب، وعبدالرحمن بن أبي ليلي، وابنه محمد بن عبد الله بن زيد. توفي سنة 32هـ.

ترجمته في الاستيعاب بهامش الإصابة 6 / 207 - 209، والإصابة 6 / 90 - 91، والخلاصة 198.

(2) في الأصل: عن، وهو خطأ.
(3) في الأصل: ابن سعيد، ولم أقف عليه عند رواة الحديث، ولعله زائد.
(4) في الأصل: إتا.
(5) في الأصل: أبوه، والصواب ما أثبتناه بدليل وروده كذلك في كتب الحديث، وبدليل ما بعده.

(6) في الأصل: فقال، والصواب ما أثبتناه بدليل وروده كذلك في كتب الحديث، وبدليل ما بعده.
(7) في الأصل: عنهم.

(8) هذا الحديث رواه ابن حزم في المحلى 9 / 178 بسنده من حديث أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن عبد الله بن زيد بن عبد ربه مرفوعاً، ثم قال: «... إنه منقطع لأن أبا بكر لم يلق عبد الله بن زيد قط».

وأبو بكر الذي لم يلق عبد الله بن زيد هو أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم.

ولأن جواز الحبس بالوقف أدى⁽¹⁾ إلى تعطيل الأملاك، فلا يجوز، كما لا يجوز [حبس]⁽²⁾ سوائب الجاهلية [التي]⁽³⁾ في قوله عز وجل: ﴿ مَا جَعَلَ اللَّهُ مِنْ بَحِيرَةٍ (4) وَلَا سَائِبَةٍ (5) وَلَا وَصِيلَةٍ (6) وَلَا حَامِرٍ (7) ﴾ [المائدة: 103].
والدليل على صحة ما قلناه: حديث نافع⁽⁸⁾ عن ابن عمر⁽⁹⁾، أن عمر قال: «يارسول الله. انني أصبت أرضاً بخيبر، ما أصبت مالا قط هو أنفسي عندي منها، وإنني أريد أن أتصدق بها، فما تأمرني به؟ فقال رسول الله ﷺ: «أن أحبس الأصل، وسبب الثمرة» ففعل عمر، وكتب في شروطها: هذا ما تصدق به عمر بن الخطاب صدقة لا يباع أصلها، ولا يوهب، ولا يورث، وتكون ثمرتها بين الفقراء، وذوي القربى⁽¹⁰⁾، وفي الرقاب، وفي سبيل الله، وابن السبيل، ولا جناح على من وليها أن يأكل بالمعروف، أو يطعم صديقاً غير متمول له⁽¹¹⁾». وهذا حديث صحيح أخرجه البخاري من طريق

-
- (1) في الأصل: أدا.
 - (2) تكملة يقتضيها السياق.
 - (3) تكملة يقتضيها السياق.
 - (4) البحيرة: الناقة تشق أذنها، وتخلي للطواغيت إذا ولدت خمسة أبطن آخرها ذكر، ن: (كلمات القرآن 83).
 - (5) في الأصل: سائمة. والسائبة: الناقة تسيب للأصنام لنحو براء من مرض، أو نجاة من حرب. ن: (كلمات القرآن 83).
 - (6) الوصيلة: الناقة تترك للطواغيت إذا بكرت بأنثى، ثم ثنت بأنثى. ن: (كلمات القرآن 84).
 - (7) الحام: الفحل لا يركب، ولا يحمل عليه إذا لقح ولدٌ ولده. ن: (كلمات القرآن 84).
 - (8) تقدمت ترجمتهما ص: 45، 8 على التوالي.
 - (9) نفس الحاشية السابقة.
 - (10) في الأصل: القربا.
 - (11) هذا الحديث أخرجه البخاري في كتاب الوصايا، باب الوقف كيف يكتب، ومسلم في كتاب الوصية، باب الوقف، معاً عن ابن عون وعن نافع عن ابن عمر، ولفظه في البخاري: «عن ابن عمر رضي الله عنهما، قال: أصاب عمر بخيبر أرضاً، فأتى النبي، فقال: أصبت أرضاً لم أصب مالا قط أنفسي منه، فكيف تأمرني به؟ قال: «إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها»=

حماد⁽¹⁾ بن زيد عن أيوب⁽²⁾ عن نافع عن ابن عمر: أن عمر أصاب أرضاً من أرض يهود⁽³⁾ . . . الحديث .

[والحديث]⁽⁴⁾ فيه أدلة:

أحدهما: أن قوله: «حبس الأصل» يقتضي منع بيعه وهبته .

والثاني: أن عمر إنما قصد القرية .

والثالث: ما كتبه بعلم رسول الله عليه السلام، وأنه لا يباع ولا يوهب .

وقد أجمع الصدر الأول على صحة الوقف؛ وقد وقف رسول

الله ﷺ، والصحابة: أبو بكر، وعمر، وعثمان، وعلي، وطلحة⁽⁵⁾،

= فتصدق عمر: أنه لا يباع أصلها، ولا يوهب، ولا يورث، في الفقراء، والقربى، والرقاب، وفي سبيل الله، والضيف، وابن السبيل، لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف، أو يطعم صديقاً، غير متمول» .

(1) هو أبو إسماعيل حماد بن زيد بن درهم الأزدي البصري الحافظ، أحد الأعلام، روى عن أنس بن سيرين، وثابت، وعاصم بن بهدلة، وابن واسع، وأيوب، وخلق، وعنه إبراهيم بن علية، والثوري وابن مهدي، وخلق. توفي سنة 197، وقيل 179 هـ. خرج له الجماعة. ترجمته في طبقات الحفاظ 103، والخلاصة 92.

(2) هو أبو بكر أيوب بن أبي تميمة كيسان السخيتاني البصري الفقيه، أحد الأئمة الأعلام، روى عن عمر بن سلمة، والحسن وعطاء، وأبي قلابة، وخلق. وعنه ابن سيرين من شيوخه، وشعبة، والسفيانان، والحمادان، وخلق. توفي سنة 131.

ترجمته في تاريخ أسماء الثقات 55 - 56، وطبقات الشيرازي 89، وطبقات الحفاظ 59 - 60، والخلاصة 42.

(3) لم أجده في البخاري مخرجاً من طريق حماد بن زيد عن أيوب كما ذكر المؤلف، وإنما من طريق يزيد بن زريع عن ابن عون عن نافع عن ابن عمر .

(4) تكملة يقتضيها السياق .

(5) هو أبو محمد طلحة بن عبيد الله بن عثمان التيمي المدني الفياض، أحد العشرة المبشرين بالجنة، وأحد الستة أصحاب الشورى، وأحد الثمانية الذين سبقوا إلى الإسلام. أخرج له الجماعة. قتل يوم الجمل سنة 36 هـ.

ترجمته في الاستيعاب بهامش الإصابة 5 / 235 - 249، والإصابة 5 / 232 - 235، والخلاصة 180.

والزبير⁽¹⁾، وعبد⁽²⁾ الرحمن بن عوف، وأبو⁽³⁾ مسعود الأنصاري، وابن⁽⁴⁾ عمر، وابن⁽⁵⁾ عباس، وعائشة، وحفصة، وفاطمة، وغيرهم رضي الله عنهم .
وأما من جهة المعنى، فإنه لا خلاف أنه يجوز للرجل أن يبني أرضه مسجداً، يقفه حبساً، والحبس بمثابة ذلك . لأنه إذا جعل أرضه مسجداً، فإنما وقف أصلها على نفع عائد على جميع المسلمين .

ولأن الصدقة الجارية بعد الموت مطلوبة من جهة الشرع، بدليل قوله ﷺ: «إِذَا مَاتَ ابْنُ آدَمَ انْقَطَعَ عَمَلُهُ إِلَّا مِنْ ثَلَاثٍ: وَلَدٌ صَالِحٌ يَدْعُو لَهُ، أَوْ عِلْمٌ عَلَّمَهُ النَّاسَ، أَوْ صَدَقَةٌ جَارِيَةٌ»⁽⁶⁾ . ولا يوجد له صدقة جارية بعد موته

(1) هو الزبير بن العوام بن خويلد بن أسد بن عبد العزى، حوارى رسول الله ﷺ، وابن عمته صفية بنت عبد المطلب، وأحد العشرة السابقين، وأحد البدرين، وأول من سل سيفاً في سبيل الله . هاجر الهجرتين، وشهد المشاهد كلها، خرج له الجماعة، قتل سنة 36هـ، بعد منصرفه من وقعة الجمل .

ترجمته في الاستيعاب بهامش الإصابة 3 / 309 - 320، والإصابة 4 / 7 - 9، والخلاصة 121، والرياض 74 - 79 .

(2) هو أبو محمد عبد الرحمن بن عوف بن عبد عوف بن عبد بن الحارث الزهري المدني، شهد بدرًا والمشاهد كلها، وهو أحد العشرة، وأحد الستة، هاجر الهجرتين، مات سنة 32هـ، وقيل سنة 33هـ، ودفن بالقيح .

ترجمته في الاستيعاب بهامش الإصابة 6 / 68 - 82، والإصابة 6 / 311 - 313، والخلاصة 232، والرياض 176 - 181 .

(3) هو أبو مسعود عقبة بن عمرو بن ثعلبة الأنصاري، مشهور بكنيته، ويعرف بأبي مسعود البدرى، أحدث من شهد العقبة سنًا، لم يشهد بدرًا، وشهد أحدًا وما بعدها، اختلف في سنة وفاته، قيل: قبل الأربعين للهجرة، وقيل بعدها، وهو الذي صححه ابن حجر في الإصابة . خرج له الجماعة .

ترجمته في الاستيعاب بهامش الإصابة 8 / 102 - 103، والإصابة 7 / 24 - 25، والخلاصة 269 .

(4) تقدمت ترجمته .

(5) تقدمت ترجمته .

(6) أخرجه مسلم في كتاب الوصية، باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته، عن أبي هريرة =

إلا الحُبْس .

ولأن الإنسان لما جاز له أن يتصدق بجميع ماله في حال صحته، أو يشتري به أرضاً يجعلها مقبرة للمسلمين للدفن فيها، وأن ذلك جائز بإجماع، فكذلك ما اختلفنا فيه؛ إذ لا فرق بين ذلك في الحقيقة .

فإذا ثبت ذلك هنا، فما احتجوا به من كلام شريح، وأن النبي ﷺ جاء بإطلاق الحُبْس، فمعناه: الحبس الذي كانت تفعله الجاهلية من البحيرة، والسائبة والوصيلة والحام، وغير ذلك . فجاز رسول الله ﷺ بإطلاقها، وردها إلى أصحابها، فلا ينبغي أن يتأول الحديث على غير هذا⁽¹⁾، لأن قوله بإطلاق الحبس يقتضي حبساً معهوداً، لأن الألف واللام فيه للعهد، والذي كان معهوداً هو ما كانت الجاهلية تفعله .

وأما الحديث الثاني⁽²⁾ وهو قوله ﷺ: « لا حبس عن فرائض الله عز وجل، فرواه ابن⁽³⁾ لهيعة عن أخيه عيسى⁽⁴⁾؛ وقد أجمع أهل العلم بالرجال أنهما ضعيفان⁽⁵⁾، فيجب ألا يقوم بروايتهما حجة .

= رضي الله عنه مرفوعاً، بلفظ: هذا نصه: «إذا مات الإنسان انقطع عنه عمله، إلا من ثلاثة: إلا من صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له» .

(1) انظر: الأم 60 / 4، 64، والمقدمات م 2 / 416 - 418 .

(2) في الأصل: النا .

(3) هو أبو عبد الرحمن المصري، عبد الله بن لهيعة بن عقبة الحضرمي الغافقي، قاضي مصر ومسندها وعالمها، روى عن عطاء والأعرج وعكرمة، وعنه شعبة . والليث وابن وهب وخلق . خرج له مسلم، وأبو داود والترمذي، وابن ماجه، اختلف في توثيقه: قال أحمد: احترقت كتبه، وهو صحيح الكتاب ومن كتب عنه قديماً فسماعه صحيح، وقال يحيى بن معين: ليس بالقوي، وقال: تركه وكيع ويحيى القطان وابن مهدي . مات سنة 174هـ . ترجمته في تاريخ أسماء الثقات 185، وطبقات الحفاظ 107، والخلاصة 211 .

(4) لم أقف على ترجمته .

(5) قال في المحلى 9 / 177: «وابن لهيعة لا خير فيه، وأخوه مثله»، غير أنه مع هذا فإن دعوى الإجماع على ضعف ابن لهيعة التي ادعاها المؤلف تبقى محل نظر . خاصة في حق عبد الله . فقد أخرج له مسلم، وأبو داود والترمذي، وابن ماجه، وثقته ابن شاهين، وقال عنه أحمد: فسماعه صحيح، وترجمه السيوطي في طبقاته . ن: تاريخ أسماء الثقات 185، =

ولأن إيقاف الوقف في حال الصحة ليس فيه حبس عن فرائض الله جملة .

وأما الحديث الثالث فرواه محمد⁽¹⁾ ابن عمرو بن حزم عن عبد الله بن زيد، وهو لم يلتق⁽²⁾ عبد الله بن زيد، فإن صح فيحتمل أن يكون [جعل]⁽³⁾ أمر الصدقة إلى رسول الله ﷺ، فلما جاء أبواه⁽⁴⁾ وقالوا⁽⁵⁾ ما قالوا⁽⁶⁾، أبقى⁽⁷⁾ رسول الله ﷺ، عليهما ذلك .

وقولهم: إن لفظ الوقف لا يدل على زوال الملك إلى آخر ما ذكروه، فلا ثبوت لشيء مما ذكروه مع السنة المشهورة المتواترة. إن المعاني إذا كابت النصوص، وخرجت عنها، كانت باطلة مردودة. وهذا بين لمن تأمله إن شاء الله .

= وطبقات الحفاظ 107، والخلاصة 211.

- (1) هو محمد بن عمرو بن حزم بن زيد الأنصاري البخاري، روى عن أبيه، وعنه ابنه أبو بكر، خرج له النسائي ووثقه، وأبو داود في مراسيله . قال ابن سعد: قتل يوم الحرة . ترجمته في الخلاصة 353 .
- (2) انظر: المحلى 9 / 178 .
- (3) تكملة يقتضيها السياق .
- (4) في الأصل: أبوه، ولعل الصواب ما أثبتناه بدليل ما بعده .
- (5) في الأصل: قال . ولعل الصواب ما أثبتناه بدليل ما بعده .
- (6) في الأصل: قال . ولعل الصواب ما أثبتناه بدليل ما بعده .
- (7) في الأصل: أتفا . ولعل الصواب ما أثبتناه بدليل ما بعده .

كتاب الهبة⁽¹⁾

مسألة⁽²⁾ [133]:

[في الهبة للثواب، هل للواهب الرجوع فيها أم لا؟]

ومن وهب هبة⁽³⁾ للثواب، فهو أحق بها ما لم يُتْب منها⁽⁴⁾. وبه قال أبو حنيفة⁽⁵⁾.

وقال الشافعي: لا رجوع للواهب فيها بعد عقد الهبة، ويملكها الموهوب له بنفس العقد⁽⁶⁾.

واحتج أصحابه بقوله ﷺ: «لا يحلُّ لرجلٍ أن يُعطيَ عطيةً أو يهبَ هبةً، ثمَّ يرجعُ فيها إلا الوالد فيما يهبُ لولده»⁽⁷⁾.

(1) الهبة: «تمليك ذي منفعة لوجه المعطي بغير عوض». شرح الحدود 421، وانظر: الطلبة 221، والمغرب 496، والتعريفات 256، والأنيس 255 - 256، ولغة الفقهاء 492.

(2) ليست في الأصل، ويقتضيها السياق.

(3) الهبة للثواب هي: «عطية قصد بها عوض مالي» شرح الحدود 427.

(4) قال في المقدمات م 2 / 442: وأما من أراد بهبته الثواب من الموهوب له. فله ما أراد من هبته، وله أن يرجع فيها ما لم يشب منها بقيمتها على مذهب ابن القاسم، أو ما لم يرض منها بأزيد من قيمتها على ظاهر قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

(5) قال في البدائع 1 / 447: «أما ثبوت حق الرجوع، فحق الرجوع في الهبة ثابت عندنا، خلافاً للشافعي رحمه الله . . .».

(6) قال في المهذب 1 / 447: «فإن وهب لغير الولد وولد الولد شيئاً، وأقبضه، لم يملك الرجوع فيه».

(7) قال في نصب الراية 4 / 124: «أخرجه أصحاب السنن الأربعة عن حسين المعلم، عن عمرو بن شعيب، عن طاوس، عن ابن عمر، وابن عباس، عن النبي ﷺ، قال: «لا يحل لرجل أن يعطي عطية، أو يهب هبة فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي لولده، ومثل الذي يعطي العطية ثم يرجع فيها، كمثل الكلب يأكل، فإذا شبع قاء، ثم عاد في قيئه» انتهى. قال الترمذي: حديث حسن صحيح، ورواه ابن حبان في صحيحه في النوع الثالث والثمانين من القسم الثاني، والحاكم في المستدرک في كتاب البيوع، وقال: حديث حسن صحيح =

قالوا: وهذا نص .

قالوا: ولأن الهبة عقد تمليك، وإذا تم العقد لم يكن للمالك⁽¹⁾ فيه رجوع [هـ 227]. دليله: البيع، فإذا كان عقد تمليك، كان مفيداً لحكمه، وإذا كان مفيداً لحكمه، فلا يجوز لأحد المتعاقدين فسخه إلا بسبب، ولا سبب يوجب ذلك سوى العقد، والعقد لا يكون سبباً للنقض، بل هو سبب للتمليك .

والدليل على صحة ما قلناه: حديث أبي هريرة⁽²⁾ أن النبي ﷺ قال: «الْوَاهِبُ أَحَقُّ بِهَبَّتِهِ مَا لَمْ يَثْبُ مِنْهَا»⁽³⁾، فقله ﷺ: «أَحَقُّ يَقْتَضِي ثُبُوتَ»⁽⁴⁾ حق الواهب⁽⁵⁾، وثبوت حق الموهوب له، ثم إن حق الواهب مقدم على حق الموهوب له .

ولأن الهبة للأجنبي إذا كانت للثواب، فلم يثب، فات الغرض المقصود، وإذا فات الغرض المقصود، ثبت حق الفسخ للعاقدة⁽⁶⁾ إذا كان العقد يقبل الفسخ. دليله: المشتري إذا وجد بالمبيع عيباً، لأن سلامة المبيع لما كان⁽⁷⁾ مقصوداً⁽⁸⁾، وفات ذلك المقصود بوجود العيب، ثبت حق الفسخ، فإذا ثبت هذا، صح ما قلناه، لأن العوض مقصود في هبة الثواب، كما أن السلعة مقصودة في الشيء المبيع، فإذا فات الغرض المقصود في الموضوعين

= الإسناد. ولا أعلم خلافاً في عدالة عمرو بن شعيب، إنما اختلفوا في سماع أبيه من جده . . . ورواه أحمد في مسنده، والطبراني في معجمه، والدارقطني في سننه .
(1) هذه الكلمة كأنها مضروب عليها في الأصل، ولعل ذلك أولى بها. والله أعلم.
(2) تقدمت ترجمته .

(3) قال في نصب الراية 4 / 125: «أخرجه ابن ماجه في الأحكام عن إبراهيم بن إسماعيل بن مجمع بن جارية عن عمرو بن دينار عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله ﷺ: «الرجل أحق بهبته ما لم يثب منها» انتهى. وأخرجه الدارقطني في سننه، وابن أبي شيبة في مصنفه، وإبراهيم بن إسماعيل بن جارية ضعفوه .

(4) في الأصل: حديث، وهو خطأ .

(5) في الأصل: الواجب، وهو خطأ .

(6) في الأصل: العاقدة .

(7) هكذا في الأصل، ولعل الصواب: كانت .

(8) هكذا في الأصل، ولعل الصواب مقصودة .

ثبت حق الفسخ، وهذا ظاهر لا إشكال فيه على من أنصف واعترف⁽¹⁾.
ولأن بائع السلعة بنقد إذا امتنع المشتري من إعطاء الثمن، فللبائع أخذ
سلعته، فيجب أن يكون الواهب كذلك، ولا فرق بينهما.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من قوله ﷺ: «لَا يَحِلُّ لِرَجُلٍ أَنْ يُعْطِيَ
عَطِيَّةً أَوْ يَهَبَ هَبَةً، ثُمَّ يَرْجِعُ فِيهَا، إِلَّا الْوَالِدُ فِيمَا يَهَبُ لِوَلَدِهِ»، غير لازم،
لأن الحديث رواه حسين⁽²⁾ المعلم عن عمرو⁽³⁾ بن شعيب، وكان حسين
المعلم مُدَلِّسًا⁽⁴⁾، فلا يقوم بروايته حجة؛ وقد رواه ابن⁽⁵⁾ جريج عن
الحسن⁽⁶⁾ بن مسلم عن طاوس⁽⁷⁾ مرسلاً⁽⁸⁾، وهم لا يقولون

(1) في الأصل: اعرف.

(2) هو حسين أو الحسن بن ذكوان العوزي المعلم البصري، روى عن عطاء، وعمرو بن
شعيب، وقتادة، وعنه شعبة وابن المبارك، وإبراهيم بن طهمان، وخلق. أخرج له
الجماعة، ووثقه ابن معين، فتعقبه الذهبي في الميزان قائلاً: ضعفه العقيلي بلا حجة. مات
سنة 145هـ.

ترجمته في: تاريخ أسماء الثقات 95، وطبقات الحفاظ 83، والخلاصة 82 - 83.

(3) تقدمت ترجمته.

(4) هذا الحكم فيه نظر، فالرجل - كما سبق - خرج له الجماعة، وكاد إجماع أهل الخبرة
بالرجال أن ينعقد على توثيقه. والمدلس: «من يروي عن لقيه ما لم يسمعه موهماً أنه
سمعه، أو عن عاصره ولم يلقه، موهماً أنه قد لقيه، وسمعه منه...». ن: علوم الحديث
66، وتدريب الراوي 1 / 224.

(5) هو عبد الملك بن عبد العزيز بن جريج الأموي أبو الوليد وأبو خالد المكي الفقيه أحد
الأعلام.

ترجمته في الخلاصة 244.

(6) هو الحسن بن مسلم بن يثاق المكي، أخرج له الجماعة، روى عن صفية بنت شيبه،
ومجاهد، وطاوس، ومات قبله. وعنه عمرو بن مرة، وإبراهيم بن نافع. ووثقه ابن معين،
والنسائي وأبو زرعة، وابن شاهين، وابن سعد، وقال أبو حاتم: صالح الحديث. مات قبل
أبيه.

ترجمته في تاريخ أسماء الثقات 92، والخلاصة 81.

(7) تقدمت ترجمته.

=

(8) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه. ن: نصب الراية 4 / 1240.

بالمراسيل⁽¹⁾.

وقولهم: إن الهبة عقد تمليك⁽²⁾، إلى آخر ما ذكروه، قد تقدم الجواب عنه، وهو أن الغرض المقصود في الهبة بالثواب وجود العوض، وأن⁽³⁾ الغرض المقصود في الشيء المبيع سلامته، فإذا فات الغرض المقصود، ثبت الفسخ. والله أعلم.

= والمرسل هو: ما أسقط فيه الصحابي من السند، ومن أمثلته مراسيل: ابن المسيب، وعبد الله بن غدي بن الخيار، وقيس بن أبي حازم. ن: شرح التنقيح 380، ومعرفة علوم الحديث 21، وتدريب الراوي 1 / 195.

(1) هذا الحكم ليس على إطلاقه، بل هم يقولون بها إذا توافرت فيها الشروط الآتية:

1- أن يكون ظاهر حال مرسلها، أن ما يرسله يسنده غيره

2- أن يكون ما أرسله، قال به بعض الصحابة.

3- أن يفتي بما أرسل عامة العلماء.

4- أن يعلم من حال المرسل أنه إذا سمى، لا يسمى مجهولاً، ولا من فيه علة تمنع

قبول حديثه.

ن: شرح تنقيح الفصول 380، هذا إلى أنهم يقبلون مراسيل ابن المسيب.

(2) في الأصل: يملك.

(3) في الأصل: فإن.

[في المشاع . متى تجوز هبته؟]

هبة المشاع صحيحة كانت مما يحتمل القسمة، أو مما لا يحتملها⁽¹⁾.
وبه قال الشافعي⁽²⁾.
وقال أبو حنيفة: تجوز في المشاع الذي لا يحتمل القسمة، ولا تجوز⁽³⁾
في المشاع الذي يحتمل القسمة⁽⁴⁾.
واحتج أصحابه بقول أبي بكر رضي الله عنه لعائشة رضي الله عنها،
حين وهبها أو ساقاً⁽⁵⁾ من تمر بالعالية⁽⁶⁾: «لَوْ كُنْتُ حُزْتِيهِ أَوْ

- (1) قال في الإشراف 2 / 81: «هبة المشاع والتصدق به جائزة، كان مما ينقسم كالعقار، أو مما لا ينقسم كالعبيد والحيوان. وقال أبو حنيفة: يجوز فيما لا ينقسم، ولا يجوز فيما ينقسم»، وقال في البداية 2 / 246 - 247: «واختلفوا من هذا الباب في جواز هبة المشاع غير المقسوم، فقال مالك والشافعي وأحمد وأبو ثور: تصح، وقال أبو حنيفة: لا تصح». وانظر: اختصار عيون الأدلة 228.
- (2) قال في الأم 4 / 65: «قال الشافعي: وإذا وهب الرجل لرجلين بعض دار لا تنقسم، أو طعاماً، أو ثياباً، أو عبداً لا ينقسم، فقبضاً جميعاً الهبة، فالهبة جائزة، كما يجوز البيع، وكذلك لو وهب اثنان داراً بينهما تنقسم أو لا تنقسم أو عبداً لرجل، وقبض جازت الهبة، وإن كانت الدار لرجلين، فوهب أحدهما حصته لصاحبه، ولم يقسمه له، فإن أبا حنيفة كان يقول: الهبة في هذا باطلة، ولا تجوز، وبهذا يأخذ». وانظر: اختلاف العلماء 276.
- (3) في الأصل: يجوز.
- (4) قال في المبسوط 12 / 64: «وإذا وهب الرجل للرجل نصيباً مسمى من دار مقسومة، وسلمه إليه مشاعاً، أو سلم إليه جميع الدار، لم يجز، يعني لا يقع الملك للموهوب له بالقبض قبل القسمة عندنا، وقال الشافعي: يقع الملك، وتمم الهبة»، وقال في البدائع 6 / 119: «فلا تجوز هبة المشاع فيما يقسم وتجاوز فيما لا يقسم كالعبد والحمام والذن، ونحوها. وهذا عندنا، وعند الشافعي رحمه الله ليس بشرط، وتجاوز هبة المشاع فيما يقسم، وفيما لا يقسم عنده»، وانظر: إيثار الإنصاف 280.
- (5) الأوساق: مفردا وسق بفتح الواو وكسرهما وسكون السين: مكيال قدره حمل بعير، أو ستون صاعاً. ن: لغة الفقهاء 502.
- (6) العالية: وتجمع على عوال: «مواضع وقرى بقرب مدينة رسول الله ﷺ من جهة الشرق» =

قَبْضَتِيهِ (1) كَانَ لَكَ، فَإِنَّمَا هُوَ الْيَوْمَ مَالٌ وَارِثٌ (2). قالوا: والحيازة إنما هي عبارة عن القسمة.

قالوا: وروي عن جماعة من الصحابة أن الهبة لا تصح إلا في محوز مقبوض (3).

والدليل على صحة ما قلناه: هو أن الشيء المشاع قابل لعقود (4) المعاوضات، في صحيح البياعات والإجازات، وما أشبه ذلك من أنواع المَرَاضِة (5)، فوجب أن تكون الهبة بامن (6) لأجزاء المشاعات كذلك، ولا فرق بين الموضوعين.

ولأن من أصل مذهبهم أن من باع من إنسان شقصاً من أرض أو من دار بيعاً فاسداً أو سلمه إليه، فإنه يملكه عندهم بنفس القبض، فكيف ملك في البيع الفاسد، ولا يملك في الهبة الصحيحة؟ ولا خلاف ببطلان هذا.

فإذا ثبت هذا. فما احتجوا به من قول أبي بكر لعائشة مع ما ذكره عن الصحابة رضوان الله عليهم من لفظ الحيازة، فالمراد من جميعه القبض؛ وقد يوجد القبض في المشاع كما يوجد [في المقسوم] (7) المقدر (8)، لأن (9) التسليم

= وأقرب العوالي إلى المدينة على أربعة أميال، وقيل: على ثلاثة، وأبعدها ثمانية». تهذيب الأسماء واللغات / العالية.

(1) في الأصل: قضيته، وهو خطأ، وحزته وقبضته بدون ياء بعد تاء الخطاب هو الرواية الصحيحة الفصيحة. ن: الطلبة 222.

(2) أخرجه مالك في الموطأ 533 في كتاب الأفضية باب ما لا يجوز من النحل، بلفظ هذا نصه: «... فلو كنت جدديته واحتزته كان لك، وإنما هو اليوم مال وارث...»، وانظر: طريق الرشد 2 / 115.

(3) لم أقف عليه.

(4) في الأصل: العقود.

(5) في الأصل: المراضات.

(6) هكذا في الأصل ولا معنى لها، والظاهر أنها زائدة.

(7) تكملة يقتضيهما السياق.

(8) في الأصل: المقرر.

(9) في الأصل: لا.

إذا وجد في المشاع، فقد صح القبض حسًا وحكمًا، بدليل ما لو قال رجل لرجل: قد وهبتك نصف هذا الثوب، أو نصف نصفه، وسلم إليه جميع الثوب، فقبضه الموهوب له، فإن الجزء المشاع الموهوب⁽¹⁾، قد صار مقبوضًا حسًا، والمنازعة في مثل هذا هوس⁽²⁾.

وقولهم: الحيازة عبارة عن القسمة. فليس كذلك؛ بل الحيازة قبض، والقسمة تمييز الحق. والله أعلم.

(1) في الأصل: للموهوب.
(2) الهوس بفتح الهاء والواو، «طرف من الجنون، كذا قاله الجوهري في صحاحه». تهذيب الأسماء واللغات / هوس.