

كتاب الودیعة

قال : الودیعة أمانة فی ید المودع إذا هلكت لم یضمنها لقوله علیه السلام : « ليس علی المستعیر غیر المغل ضمان ، ولا علی المستودع غیر المغل ضمان » .

م : (كتاب الودیعة)

ش : ذكرها عقیب كتاب المضاربة ، لأن مبناها علی الأمانة وهي فعيلة بمعنى مفعولة من الودع ، وهو الترك ، وشرعاً هي تسلیط الغير علی حفظ المال أي مال كان بشرط أن يكون قابلاً لإثبات الید علیه ، حتی لو أودع الأبق أو الساقط فی البحر أو الطیر فی الهواء لا یصح . وركنها : الإیجاب والقبول ، فإذا وضع عند آخر ثوباً مثلاً ولم یقل شيئاً فذهب وذهب الآخر وضاع یضمن ، لأن هذا إیداع عرفاً .

وكذا لو قال : هذا وديعة عندك بخلاف ما إذا قال الجالس لا أقبل فذهب وضاع حیث لا یضمن لأنه صرح بالرد . ولو ألقاه فی بیته كان قابلاً بالسكوت ، فإذا ضاع یضمنه . وكذا لو قال لصاحب المال أين أضع ثیابی فقال ثمة فوضعه فسرق یضمن .

م : (قال) ش : أي القدوري : م : (الودیعة أمانة فی ید المودع) ش : بفتح الدال ، ویقال للمال أيضاً مودع بالفتح كما یقال وديعة . وما قیل إن الودیعة والأمانة لفظان مترادفان فلا یرتفعان علی الابتداء والخبریة إلا بطریق التفسیر ، كما یقال : اللیث أسد ، والحبس منع ، وليس المراد هنا التفسیر .

فجوابه : أن هذا من باب الإخبار بالعام عن الخاص وهو جائز إلا أن الأمانة أعم من الودیعة .

وقال السغناقي - رحمه الله - : الأولى أن یقال : إن لفظ الأمانة صار علماً لما هو غیر مضمون ، فكان معنی قوله أمانة غیر مضمون علیه ، وتبعه علی ذلك الكاكي - رحمه الله - . وفيه ما فيه لأن العلم ما وضع لشيء بعینه وغیر مضمون ليس كذلك ، ولیت شعري أنى علم هذا من أقسام الأعلام .

م : (إذا هلكت لم یضمنها) ش : لأن المودع متبرع والتبرع لا یوجب ضمان حق لو سرقت عنده ، وإن لم یسرق معها ماله لم یضمن عند أكثر أهل العلم إلا عند مالك - رحمه الله - فإنه یضمن للتهمة إذا لم یسرق معه مال له .

م : (لقوله علیه السلام ليس علی المستعیر غیر المغل ضمان ، ولا علی المستودع غیر المغل ضمان)

ولأن بالناس حاجة إلى الاستيداع فلو ضمناه يمتنع الناس عن قبول الودائع فتتعطل مصالحهم .

ش: أخرجه الدارقطني ثم البيهقي في « سننهما » عن عمرو بن عبد الجبار عن عبيدة ابن حسان عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ ولكن يتقدم المستودع على المستعير^(١) .

فإن قلت : هذا الحديث ضعيف ، لأن الدارقطني قال : عمرو وعبيدة ضعيفان ، وإنما يروي هذا من قول شريح غير مرفوع ، ثم أخرجه من قول شريح ، ورواه عبدالرزاق في مصنفه من قول شريح . وقال ابن حبان في كتاب « الضعفاء » : عبيدة يروي الموضوعات عن الثقات .

قلت : قول الدارقطني عمرو وعبيدة ضعيفان جرح مبهم فلا يقبل . أما عمرو بن عبد الجبار فهو ابن أخ عبيدة لم يضعفه أحد فيما نعلم ، غير أن ابن أخيه ذكره ولم يزد على قوله له مناكير . وأما عبيدة : فهو بفتح العين وكسر الباب الموحدة ابن حسان البخاري وذكره البخاري في تاريخه ولم يذكر فيه جرحاً ، ويؤيده ما رواه ابن ماجه عن المثني بن الصباح عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ قال : « من أودع ودبعة فلا ضمان عليه »^(٢) .

ورواه ابن حبان من حديث ابن لهيعة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده به ، وأعله بابن لهيعة وهو عبد الله بن لهيعة المصري وثقه أحمد وأثنى عليه ، والعجب من شراح الهداية كيف سكتوا عن بيان حال هذا الحديث ولا سيما الأترازي الذي يدعي بدعوى عريضة في الحديث ، ولم يزد في شرحه على قوله فيه نظر ، لأن أبا عبيدة جعله من كلام شريح في غريب الحديث وكذلك الزيلعي الذي أخرج أحاديث الهداية حيث نسب هذا الحديث إلى مخرجه وذكر ما قالوا فيه من الطعن وسكت .

قوله : غير المغل من الإغلال بالغين المعجمة وهو الخيانة والمعنى غير الخائن ، وكذلك الغلول الخيانة ولكنه يستعمل في الغنم ، والإغلال عام .

م: (ولأن بالناس حاجة إلى الاستيداع) ش: وهو طلب ترك الوديعة عند غيره ، يقال أودعت فلاناً ما لا واستودعته إياه إذا لم يدفعه إليه ليكون عنده فأنت مودع ومستودع بكسر الدال فيهما ، وزيد مودع ومستودع بفتح الدال فيهما م: (فلو ضمناه) ش: أي المودع بفتح الدال م: (يمتنع الناس عن قبول الودائع فتتعطل مصالحهم) ش: لأن كل واحد يمتنع عن قولها ، فلو ضمناه أي المودع

(١) ضعيف : رواه الدارقطني في البيوع (٣/ ٤١) ، والبيهقي في السنن (٦/ ٩١) ، من طريق عمرو بن عبد الجبار عن عبيدة بن حسان عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً . قال الدارقطني : عمرو وعبيدة ضعيفان وإنما يروي عن شريح القاضي غير مرفوع .

(٢) حسن : أخرجه ابن ماجه في الأحكام - باب الوديعة (٢٤٠١) من طريق المثني بن الصباح عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده .

قال : وللمودع أن يحفظها بنفسه وبمن هو في عياله ؛ لأن الظاهر أنه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه ، ولأنه لا يجد بداً

بفتح يمتنع الناس عن قبول الودائع فتتعطل مصالحهم ، لأن كل واحد يمتنع عن قبولها خوفاً من الضمان ، والناس محتاجون إلى ذلك فيؤدي إلى ضرر بهم .

م : (قال) ش : أي القدوري م : (وللمودع أن يحفظها بنفسه وبمن هو في عياله) ش : نحو زوجه وولده ووالديه وأجيريه الخاص وهو الأجير مشاهرة أو مشابهة ، وعبدته وأمه ، وبه قال مالك وأحمد - رحمهما الله - وقال الشافعي وأشهب المالكي - رحمهما الله - : يضمن بالدفع المبهم .

وفي « الكافي » : العبرة في هذا الباب للمساكنة لا للنفقة ، حتى لو أودعت المرأة وديعتها إلى زوجها لا تضمن ، وإن لم يكن الزوج في نفقتها والابن الكبير إذا كان يسكن مع المودع ولم يلزمه نفقته فخرج وترك المنزل على الابن لا يضمن الوديعة ولم يشترط في التحفة الحفظ بالعيال ، بل قال يحفظه على الوجه الذي يحفظ مال نفسه بحرزه من كان ماله في يده .

ثم قال : يعني به الأجير مشاهرة بنفقته وكسوته والعبد المأذون الذي في يده مال والشريك المفاوض والعنان وإن لم يكونوا في عياله .

وفي « الذخيرة » : الدفع إلى العيال إنما يجوز إذا كان في عياله أميناً وإلا فلا يجوز ، وفي « فتاوى أبي الليث » : رجل غاب وخلف امرأته في منزله الذي فيه ودائع الناس ثم رجع وطلب الوديعة فلم يجدها فإن كانت المرأة أمينة فلا ضمان على الزوج ، وإن كانت غير أمينة وعلم الزوج بذلك ومع هذا ترك الوديعة معها فهو ضامن .

وذكر أبو الليث أيضاً في « خزانة الفقه » : لا ضمان على المودع إلا في ثلاثة أشياء التقصير في حفظها وخلطها بماله ومنعها عن مالها بعد الطلب ثم قال : فيها أربعة نفر يجوز للمودع دفع الوديعة إليهم ولا يضمن عند تلفها الزوجة والولد والمملوك والأجير ، ثم قال : فيها شيان لا يوجبان الضمان مع الخلاف إذا قال لا تدفع إلى زوجتك فدفع إليها وقال احفظها في هذا البيت فحفظها في بيت آخر في تلك الدار ، وقال في آخر شرحه الجامع الكبير المودع أو دفع الوديعة إلى عامله يعني إلى الذي المودع في عياله لم يضمن .

وقال الإمام الزاهد العتابي : هذه الرواية لم توجد إلا في هذا الكتاب يعني في الجامع الكبير .

م : (لأن الظاهر أنه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه ولأنه لا يجد بداً) ش :

من الدفع إلى عياله ، لأنه لا يمكنه ملازمة بيته ، ولا استصحاب الوديعة في خروجه فكان المالك راضياً به . فإن حفظها بغيرهم أو أودعها عند غيرهم ضمن ؛ لأن المالك رضي بيده لا بيد غيره ، والأيدي تختلف في الأمانة ، ولأن الشيء لا يتضمن مثله كالوكيل لا يوكل غيره والوضع في حرز غيره إيداع

أي فراقاً ، وهو اسم من يده بدأ إذا فرقه والمصدر بفتح الباء ، نقول بده بدأ م : (من الدفع) ش : أي دفع الوديعة م : (إلى عياله ، لأنه لا يمكنه ملازمة بيته) ش : في جميع الأوقات ، لأنه يخرج في قضاء حوائجه وأداء ما عليه من الواجبات م : (ولا استصحاب الوديعة في خروجه) ش : أي ولا يمكنه أن يأخذ الوديعة عند خروجه من بيته م : (فكان المالك) ش : أي صاحب الوديعة م : (راضياً به) ش : أي يحفظها بمن في عياله دلالة ، وإن لم يكن صريحاً ، وفي «الاختيار» : ولهذا لا يصح نهي ، يعني إذا نهى المالك أن يحفظها بمن في عياله لا يصح نهي لما ذكرنا .

وقال أيضاً : ولو قال : لا تدفعها إلى شخص عينه في عياله ممن لا بد له منه فإن لم يكن له عيال سواه لم يضمن وإن كان له سواه يضمن ، لأن من العيال من لا يؤتمن على المال .

م : (فإن حفظها بغيرهم) ش : أي فإن حفظ المودع الوديعة منه غيرهم أي عند غير من هو في عياله بأن يخرج من بيته وترك الوديعة واستحفظها بغيره م : (أو أودعها عند غيرهم) ش : أي عند غير من في عياله بأن نقلها من بيته وترك الوديعة فيه ودفعها إلى أجنبي وديعة م : (ضمن) ش : في الوجهين جميعاً وما قيل إن كان ينبغي أن لا يضمن بالإيداع ، لأنه ذكر فيها .

قيل : لأن الظاهر أنه يلتزم حفظ مال غيره في الوجه الذي يحفظ مال نفسه بنفسه فكان له استحفاظها في استحفاظ مال نفسه فجوابه يخرج من قوله ، لأن المالك رضي بيده لا بيد غيره والأيدي مختلفة في الأمانة .

وأما المراد عن كلامه الأول أن يحفظ مال نفسه غالباً ، فإن الغالب هذا م : (لأن المالك رضي بيده) ش : أي بيد المودع لتوثقه به م : (لا بيد غيره والأيدي تختلف في الأمانة) ش : فرب يد يتوثق بها المودع ولا يتوثق بها المالك ، وكذا على العكس .

م : (ولأن الشيء لا يتضمن مثله) ش : أي لا يستتبع مثله م : (كالوكيل لا يوكل غيره) ش : نوقض هذا بالمستعير والعبد المأذون والمكاتب حيث يجوز للمستعير الإعارة وللمأذون أن يأذن لعبد ، وللمكاتب أن يكاتب عبداً حتى أجاز ابن أبي ليلى إيداع المودع قياماً على هذا .

واجيب : بأن تصرف هؤلاء بالملك لأن المستعير مالك للمنفعة ، وكذا المأذون والمكاتب وكلاهما منافي غيره .

م : (والوضع) ش : أي وضع المودع الوديعة م : (في حرز غيره إيداع) ش : أي إيداع المودع

إلا إذا استأجر الحرز فيكون حافظاً بحرز نفسه . قال : إلا أن يقع في داره حريق فيسلمها إلى جاره أو يكون في سفينة فخاف الغرق فيلقبها إلى سفينة أخرى ؛ لأنه تعين طريقاً للحفظ في هذه الحالة فيرتضيه المالك ولا يصدق على ذلك إلا بيينة ؛ لأنه يدعي ضرورة مسقط للضمان بعد تحقق السبب فصار كما إذا ادعى الإذعان . قال : فإن طلبها صاحبها فممنعها وهو يقدر على تسليمها ضمنها لأنه متعد بالمتع ، وهذا لأنه لما غالبه لم يكن راضياً بإمساكه بعده

الوديعة وهو مصدر مضاف إلى فاعله والمفعول محذوف وارتفاعه على أنه خبر عن المبتدأ ، أعني قوله والوضع ، وإنما كان إيداعاً لأن الحرز في يد غيره فصار بالوضع فيه مسلماً إليه وهو إيداع ، فإذا كان إيداعاً يكون ضامناً كالإيداع الحقيقي م : (إلا إذا استأجر الحرز فيكون حافظاً بحرز نفسه) ش : لأنه بالاستئجار صار الحرز له ، وإن كان الملك لغيره وقد تستأجر البيوت لحفظ الأمتعة .

م : (قال) ش : الاستثناء من قوله فإن حفظها بغيرهم ضمنه م : (إلا أن يقع في داره حريق) ش : أي نار ، كذا فسره البعض ، والصحيح أنه اسم للاحتراق ولم يذكر أهل اللغة أنه اسم النار م : (فيسلمها إلى جاره) ش : بنصب اللام ، أي فإن يسلمها ، لأنه عطف على أن يقع .

قال الحلواني : هذا إذا أحاط الحريق بمنزله بحيث لا يمكنه أن يدفعها إلى بعض من عياله ، فلو أمكنه تناوله إلى بعض من في عياله يضمن بالدفع إلى الأجنبي م : (أو يكون) ش : بالنصب أيضاً عطفًا إلا أن يقع أي أو إلا أن يكون م : (في سفينة فخاف الغرق) ش : بفاء العطف وهو عطف الماضي على المضارع في الصورة .

وفي نسخ القدوري - رحمه الله - يخاف الغرق بالمضارع الواقع حالاً ، والغرق مصدر غرق في الماء م : (فيلقبها إلى سفينة أخرى) ش : بنصب للباء في فيلقبها عطفًا على أو يكون وإن عطفته على فخاف يكون مرفوعاً ويكون عطف المضارع على الماضي م : (لأنه) ش : أي لأن كل واحد من التسليم إلى الجار والإبقاء في السفينة م : (تعين طريقاً للحفظ في هذه الحالة فيرتضيه المالك) ش : دلالة لأنه لا يمكنها أن يحفظ في هذه الحالة إلا بهذا الطريق .

م : (ولا يصدق على ذلك) ش : أي لا يصدق المودع على الفعل المذكور م : (إلا بيينة ، لأنه يدعي ضرورة مسقط للضمان بعد تحقق السبب) ش : أي سبب الضمان وهو التسليم إلى جاره ، وفي المتنق : هذا إذا لم يعلم أن بيت المودع احترق ، فإذا علم قبل قوله بلا بيينة م : (فصار كما إذا ادعى الإذعان في الإيداع) ش : ، فلا يصدق إلا بيينة ، لأنه يدعي سقوط الضمان بعد تحقيق السبب .

م : (قال) ش : أي القدوري - رحمه الله - م : (فإن طلبها صاحبها فممنعها وهو يقدر) ش : أي والحال أنه يقدر م : (على تسليمها ضمنها ، لأنه متعد بالمتع وهذا) ش : أي وجوب الضمان لكونه متعد بالمتع م : (لأنه لما طالبه لم يكن راضياً بإمساكه) ش : أي بإمساك المودع الوديعة م : (بعده)

فيضمنها بحبسه عنه . قال : وإن خلطها المودع بماله حتى لا يتميز ضمنها ثم لا سبيل للمودع عليها عند أبي حنيفة - رحمه الله - . وقالوا : إذا خلطها بجنسها شركه إن شاء مثل أن يخلط الدراهم البيض بالبيض ، والسود بالسود ، والحنطة بالحنطة ، والشعير بالشعير . لهما

ش: أي بعد الطلب م: (فيضمنها) ش: أي إذا كان كذلك فيضمنه ، أي يضمن الوديعة ، وإنما ذكر الضمير باعتبار المودع بفتح الدال ، لأنه اسم للوديعة ، وإن جعل هذا من التضمنين يعود الضمير إلى المطلوب ، أعني المودع ، أي فيضمن المالك المودع م: (بحبسه عنه) ش: أي بحبس المودع الوديعة عن المالك .

م: (قال) ش: أي القدوري م: (وإن خلطها المودع) ش: بفتح الدال خلط المودع الوديعة م: (بماله حتى لا يتميز) ش: فإن خلط الدنانير بالدنانير والدراهم بالدراهم م: (ضمنها) ش: لأنه استهلاك على ما يأتي ، وبه قالت الثلاثة في غير خلط الجنس بالجنس .

والخلط على أربعة أوجه : خلط بطريق المجاورة مع تيسير التمييز كخلط الدراهم البيض بالسود والدراهم بالدنانير والجوز باللوز ، فإنه لا يقطع حق المالك بلا خلاف ، فيمكن المالك من الوصول إلى غير حقه بلا حرج وخلط بطريق المجاورة مع تفسير التمييز كخلط الحنطة مع الشعير فذلك يقطع حق المالك ويوجب الضمان بلا خلاف ، لأنه لا يصل المالك إلى حقه إلا بحرج ، والمتعذر كالمتعسر ، لأن الحنطة لا تخلو عن حبات الشعير والشعير لا يخلو عن حبات الحنطة فيتعذر التمييز حقيقة ، ويتعذر أيضاً حكماً بالقسمة لا خلاف الجنس .

فإن القسمة عند اختلاف الجنس غير مشروع وخلط الجنس مع خلاف الجنس ممازجة كخلط الحل بالحاء المهملة ، وهو دهن السمسم بالزيت وكل مائع بغير جنسه فيضمن فيه بلا خلاف ، لأنه استهلاك مطلقاً وخلط الجنس مع الجنس كخلط دهن اللوز مع دهن اللوز ودهن الجوز مع دهن الجوز ، وخلط اللبن باللبن والحنطة بالحنطة والدراهم البيض بالبيض والسود بالسود فعند أبي حنيفة - رحمه الله - يضمن وبه قال الشافعي وأحمد - رحمهما الله - وعندهما لا ينقطع حق المالك بل له الخيار إن شاء ضمن وإن شاركه وقال مالك - رحمه الله - : شاركه بلا خيار .

م: (ثم لا سبيل للمودع) ش: بكسر الدال صاحب الوديعة م: (عليها) ش: أي على الوديعة م: (عند أبي حنيفة - رحمه الله - وقالوا : إذا خلطها بجنسها شركة إن شاء) ش: أي شركه المودع في المودع إن شاء المودع بالكسر م: (مثل أن يخلط الدراهم البيض بالبيض) ش: بكسر الباء جمع أبيض م: (والسود بالسود) ش: بضم السين جمع أسود ، أي الدراهم السود بالدراهم السود م: (والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير لهما) ش: أي لأبي يوسف ومحمد - رحمهما الله -

أنه لا يمكنه الوصول إلى عين حقه صورة وأمكنه معنى بالقسمة معه فكان استهلاكاً من وجه دون وجه ، فيميل إلى أيهما شاء . وله أنه استهلاك من كل وجه ، لأنه فعل يتعذر معه الوصول إلى عين حقه ، ولا معتبر بالقسمة لأنها من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لها . ولو أبرأ الخالط لا سبيل له على المخلوط عند أبي حنيفة - رحمه الله - ، لأنه لا حق له إلا في الدين وقد سقط . وعندهما بالإبراء تسقط خيرة الضمان فتعين الشركة في المخلوط وخلط الحل بالزيت وكل مائع بغير جنسه

م : (أنه) ش : أي أن المودع بالكسر م : (لا يمكنه الوصول إلى عين حقه صورة وأمكنه) ش : أي الوصول إلى حقه م : (معنى) ش : أي حكماً م : (بالقسمة معه) ش : لأن القسمة فيما لا تتفاوت في إجارة إفراز وتعين ، حتى يملك كل واحد من الشريكين أن يأخذ حقه عيناً من غير قضاء ولا رضى ، فكان إمكان الوصول إلى غير حقه قائماً معنى مخير م : (فكان) ش : أي هذا الخلط م : (استهلاكاً من وجه) ش : حيث لا يمكنه الوصول إلى عين حقه صورة م : (دون وجه) ش : حيث أمكنه معنى م : (فيميل إلى أيهما شاء) ش : أي الوجهين شاء لما ذكره .

م : (وله) ش : أي ولأبي حنيفة - رحمه الله - م : (أنه) ش : أي أن هذا الخليط م : (استهلاك من كل وجه لأنه فعل يتعذر معه الوصول إلى عين حقه) ش : لأن عين حقه بالصورة والمعنى ، والتحقيق فيه أن الاستهلاك من العباد التعيب ، فأما انعدام المحل فبتحليف الله تعالى والتعيب قد وجد ، فصار متعدياً ضامناً لا شريكاً فلا يباح له التناول قبل أداء الضمان ، كذا في البدئية م : (ولا معتبر بالقسمة) ش : أي لا اعتبار هو مصدر ميمي م : (لأنها) ش : أي لأن القسمة م : (من موجبات الشركة) ش : أي أحكامها م : (فلا تصلح) ش : أي القسمة م : (موجبة لها) ش : أي للشركة ، لأنه ينقلب لعلة حكماً والحكم علة .

م : (ولو أبرأ الخالط) ش : بنصب الطاء ، أي ولو أبرأ المالك المودع الخالط ، ذكر هذا فائدة للخلاف المذكور م : (لا سبيل له على المخلوط) ش : أي لا يبقى للمبر طريق على المخلوط م : (عند أبي حنيفة - رحمه الله - لأنه لا حق له إلا في الدين وقد سقط) ش : بالإبراء م : (وعندهما بالإبراء تسقط خيرة الضمان) ش : أي خيار الضمان والخيرة بكسر الخاء وفتح الياء آخر الحروف اسم للاختيار كالطيرة بالكسر اسم التطير .

وهذه الصيغة في المصدر قليلة م : (فتتعين الشركة في المخلوط) ش : يعني تصوير شركة بلا خيار وخلط دهن اللوز بدهن الجوز م : (وخلط الحل بالزيت) ش : أي خلط دهن السمسم بالزيت وهو بالحاء المهملة كما ذكرناه ، وارتفاع الخلط بالابتداء م : (وكل مائع بغير جنسه) ش : بجر كل عطفًا على الحل ، أي وخلط كل مائع بغير جنسه كالعسل بالدبس والرب بالقطارة

يوجب انقطاع حق المالك إلى الضمان ، وهذا بالإجماع ، لأنه استهلاك صورة ، وكذا معنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس . ومن هذا القبيل خلط الحنطة بالشعير في الصحيح ، لأن أحدهما لا يخلو عن حبات الآخر ، فيتعذر التمييز والقسمة . ولو خلط المائع بجنسه فعند أبي حنيفة - رحمه الله - ينقطع حق المالك إلى الضمان لما ذكرنا . وعند أبي يوسف - رحمه الله - يجعل الأقل تابعاً للأكثر اعتباراً للغالب إجزاء .

والسمن بالدهن م: (يوجب انقطاع حق المالك) ش: وهو خبر مبتدأ إلى الضمان في محل النصب على الحال ، أي يوجب انقطاع حق المالك متتهياً م: (إلى الضمان ، وهذا) ش: أي وهذا الحكم وهو وجوب الضمان م: (بالإجماع ، لأنه استهلاك صورة) ش: وهو ظاهر م: (وكذا معنى) ش: أي كذا هو استهلاك معنى أحكامها م: (لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس) ش: فتعين المصير إلى الضمان .

م: (ومن هذا القبيل) ش: أي من قبيل انقطاع حق المالك بالإجماع م: (خلط الحنطة بالشعير) ش: ارتفاع الخلط بالابتداء وخبره مقدم وهو من هذا القبيل .

م: (في الصحيح) ش: احتزبه عما روى الحسن أن الجواب في خلط الحنطة بالحنطة فكان على الاختلاف ، والصحيح أن حق المالك ينقطع بالإجماع .

وقال شمس الأئمة البيهقي في كتاب الغصب من « الكفاية »: روى الحسن في مسألة الحنطة بالشعير عن أبي حنيفة مثل قولهما م: (لأن أحدهما لا يخلو عن حبات الآخر) ش: لما في الحنطة حبات الشعير ، وفي الشعير حبات الحنطة م: (فيتعذر التمييز والقسمة) ش: لاختلاف الجنس وقد ذكرناه .

وما قيل إن: تمييز الحنطة من الشعير ممكن بأن يصب في ماء فيرسب الحنطة ويطفو الشعير . فجوابه: أن هذا إفساد المخلوط في الحال ، مع أن الراسب يمكن أن يكون فيه من حبات حنطة صاحب الشعير ، وفي الطافي يكون من حبات شعير صاحب الحنطة .

م: (ولو خلط المائع بجنسه) ش: بأن خلط السيرج بالسيرج أو الزيت م: (فعند أبي حنيفة - رحمه الله - ينقطع حق المالك إلى الضمان لما ذكرنا) ش: أشار به إلى ما ذكر من قوله لأنه استهلاك من كل وجه .

م: (وعند أبي يوسف - رحمه الله - يجعل الأقل تابعاً للأكثر) ش: فيضمن صاحب الكثير القليل م: (اعتباراً للغالب إجزاء) ش: أي من حيث الإجزاء والفرق لأبي يوسف - رحمه الله - بين خلط المائع من خلاف جنسه وبين خلط المائع بالمائع بجنسه ، فإن في خلاف الجنس يقطع

وعند محمد - رحمه الله - شركة بكل حال ، لأن الجنس لا يغلب الجنس عنده على ما مر في الرضاع ، ونظيره خلط الدراهم بمثلها إذابة ، لأنه يصير مانعاً بالإذابة . قال : وإن اختلطت بماله من غير فعله فهو شريك لصاحبها ، كما إذا انشق الكيسان فاختلطا ، لأنه لا يضمنها لعدم الصنع منه

حق المالك بالإجماع أن التداخل والشيوع في المائعات أكثر ، فالخاصية تبطل بالخلط عند اختلاف الجنس فيتحقق ، يعني الاستهلاك أما في الجنس يعتبر الأكثر إذ أقلها مائع لما أن الخاصية باقية ، كذا في « الفوائد الظهيرية » .

م : (وعند محمد - رحمه الله - شركة بكل حال) ش : يعني سواء كان أحدهما غالباً أو مغلوباً أو كانا متساويين م : (لأن الجنس لا يغلب الجنس عنده) ش : أي عند محمد - رحمه الله - م : (على ما مر في الرضاع) ش : من أن الصبي إذا شرب لبن امرأتين بأن جعل لبنهما في قدح ثم صب في حلق ، فعند أبي يوسف العبرة للأكثر ، وعند محمد يثبت الرضاع منهما جميعاً م : (ونظيره) ش : أي نظير الحكمة المذكورة وهو خلط المائع بجنسه م : (خلط الدراهم بمثلها إذابة) ش : أي من حيث الإذابة في النار ، أراد أنه إذا ذاب دراهم غيره مع دراهمه فعند أبي حنيفة - رحمه الله - ينقطع حق المالك بكل حال .

وأبو يوسف - رحمه الله - يجعل الأقل تابعاً للأكثر في رواية عنه . وقال محمد - رحمه الله - : الشركة بكل حال على أصله م : (لأنه يصير مانعاً بالإذابة) ش : الضمير في لأنه يرجع إلى الدراهم ، وكان ينبغي أن يقول لأنها تصير مائعة ، ولكن التذكير إما باعتبار الدراهم ورقاً بكسر الراء ، وإما باعتبار المذكور وكل ذلك لا يخلو عن نوع تعسف .

م : (قال) ش : أي القدوري : م : (وإن اختلطت) ش : أي الوديعة م : (بماله) ش : أي بمال المودع بفتح الدال م : (من غير فعله فهو شريك لصاحبها) ش : أي لصاحب الوديعة م : (كما إذا انشق الكيسان فاختلطا) ش : بأن كان في صندوقه كبد له فمط كيس الوديعة فانشق الكيسان من ذاتهما أو بقرض فأرة ونحوها فاختلط المالان ، وهذا الكلام بيان لقوله من غير فعله م : (لأنه) ش : أي لأن المودع م : (لا يضمنها) ش : هذا تعليل لقوله فهو شريك لصاحبها ، وكان حق ترتيب الكلام أن يقال : وإن اختلطت بماله من غير فعله كما إذا انشق الكيسان فاختلطا فهو شريك لصاحبها ، لأنه لا يضمنها م : (لعدم الصنع منه) ش : أي من المودع بالفتح ، أي الصنع الموجب الضمان .

قال السغناقي : ولو تمكن تفسير ذلك من المودع بأن جعل الدراهم الوديعة في كيس بال ، ولكن المختلط بينهما بقدر ملكهما .

فيشتركان وهذا بالاتفاق . قال : فإن أنفق المودع بعضها ثم رد مثله فخلطه بالباقي ضمن الجميع ، لأنه خلط مال غيره بماله فيكون استهلاكاً على الوجه الذي تقدم .

قلت : كلام يوهم أن الكيس إذا كان جديداً يضمن ولا يكون شريكاً وليس كذلك ، وإنما عدم الضمان على عدم الصنع منه سواء كان الكيس جديداً أو بالياً .

وفي « الكافي » للحاكم : فإن انشق الكيس في صندوقه فاختلطت بدراهم المودع فلا ضمان عليه وهما فيه شريكان .

وإن هلك بعضها هلك من مالهما جميعاً ويقسم الباقي بينهما على قدر ما كان لكل واحد منهما يعني أو مكسرة ، فإن كان دراهم أحدهما صحاحاً ، ودراهم الآخر مكسرة لا تثبت الشركة بينهما ، بل يميز كل واحد منهما فيدفع إلى المودع ماله ويمسك المودع مال نفسه لإمكان التمييز ، وإن كان دراهم أحدهما صحاحاً جياداً وفيها بعض الرديء ودراهم الآخر صحاحاً رديئاً وفيها بعض الجياد تثبت الشركة بين المالين ، لأن هذا خلط لا يمكن التمييز بينهما ، ثم كيف يقتسمان إن تصادقا أن ثلثي مال أحدهما جياد وثلثه رديء وثلثه جيد يقتسمان الجياد من المال المختلط أثلاثاً والرديء أثلاثاً على قدر ما كان لكل واحد منهما وإن لم يتصادقا وكان لا يعرف وادعى كل واحد منهما أن ثلثي ماله جياد وثلثه رديء ويأخذ كل واحد منهما ثلث الجياد ، لأنهما اتفقا على أنه كان لكل واحد منهما ثلث الجياد فيأخذان ذلك .

واختلفا في ثلث الآخرين يدعي كل منهما لنفسه وذلك الثلث في أيديهما في يد كل واحد منهما نصف الثلث وهو سدس الكل ، فيكون القول قول كل واحد منهما في مائدة ويحلف كل منهما على دعوى صاحبه ، فإن حلفا برئاً عن الدعوى وترك المال في أيديهما كما كان ، وإن نكلا قضي لكل منهما بنصف الثلث وهو سدس الكل الذي في يد صاحبه ، وكذلك إن قامت لكل منهما بيئة ، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر برئ الخالف ، فيرد الناكل نصف الثلث وهو سدس الكل الذي في يده إلى صاحبه .

م : (فيشتركان) ش : أي المودع والمودع م : (وهذا بالاتفاق) ش : أي الحكم المذكور بالاتفاق بين علمائنا ، فإن هلك البعض كان في مالهما جميعاً ، إذ الأصل في المال المشترك أن يكون الهالك والباقي على الشركة .

م : (قال) ش : أي القدوري : م : (فإن أنفق المودع بعضها) ش : أي بعض الوديعة م : (ثم رد مثله فخلطه بالباقي ضمن الجميع ، لأنه خلط مال غيره بماله فيكون استهلاكاً على الوجه الذي تقدم) ش : أي مثل ما أنفق قيد بالإنفاق ورد المثل ، لأنه لو أخذه لأجل الإنفاق ثم رده قبل الإنفاق لم يضمن ، لأنه إن حالف عاد إلى الوفاق ، كذا في « المبسوط » .

قال : وإذا تعدى المودع في الوديعة بأن كانت دابة فركبها ، أو ثوبا فلبسه أو عبداً فاستخدمه أو أودعها عند غيره ثم أزال التعدي فردها إلى يده زال الضمان . وقال الشافعي - رحمه الله - : لا يبرأ عن الضمان ، لأن عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامناً للمنافاة فلا يبرأ إلا بالرد على المالك . ولنا أن الأمر باق لإطلاقه وارتفاع حكم العقد

وقال الشافعي - رحمه الله - في قول مالك - رحمه الله - : يضمن الكل وكذا لو أنفق البعض ولم يرد شيئاً يضمن الكل ، عندهما يضمن ما أنفق ، لأن الغرامة بقدر الحيازة فخلطه بالباقي ضمن الجميع ، لأنه خلط مال غيره بماله فيكون استهلاكاً على الوجه الذي تقدم .

وفي « الذخيرة » : هذا إذا لم يجعل علامة على ماله حين خلطه بمال الوديعة ، أما إذا جعل بحيث يتأتى التمييز لا يضمن إلا ما أنفق ، وقال الشافعي - رحمه الله - في قول : لا يضمن إلا ما أنفق في الوجهين وبه قال ابن القاسم المالكي وأحمد - رحمهما الله - . وقال الربيع : يضمن الجميع إذا لم يتميز .

م : (قال) ش : أي القدوري : م : (وإذا تعدى المودع في الوديعة بأن كانت دابة فركبها أو ثوباً فلبسه أو عبداً فاستخدمه أو أودعها عند غيره) ش : أي أودع المودع الوديعة عند غيره م : (ثم أزال التعدي فردها إلى يده زال الضمان) ش : إنما قال : زال لأن الضمان وجب عليه بنفس الركوب ، حتى لو هلك في حالة الاستعمال يضمن بلا خلاف .

وفي « التحفة » : وفي المستأجر والمستعير إذا خالفا ثم تركا الخلاف بقي الضمان ، وعند بعضهم هذا بمنزلة المودع .

وفي « خلاصة الفتاوى » : وفي الإجارة والإعارة الأصح أنه لا يبرأ عن الضمان بالعود إلى الوفاق .

م : (وقال الشافعي - رحمه الله - لا يبرأ عن الضمان لأن عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامناً للمنافاة) ش : بين كونه ضامناً وبين كونه أميناً ، وإذا ثبت كونه ضامناً انتفى كونه أميناً وهو موجب العقد فارتفع العقد فلا يعود إلا بسبب جديد ولم يوجد م : (فلا يبرأ إلا بالرد على المالك) ش : فلم يوجد ويضمن ، وبه قال مالك - رحمه الله - في رواية وأحمد - رحمه الله - وفي رواية ابن القاسم وأشهب يبرأ ، كقولنا .

م : (ولنا أن الأمر) ش : أي بالحفظ وهو الإيداع م : (باق لإطلاقه) ش : أي لإطلاق الأمر ، لأن قوله : احفظ هذا المال ، يتناول جميع الأوقات بعد الخلاف وقبله م : (وارتفاع حكم العقد) ش : جواب عن قول الشافعي - رحمه الله - لأن عقد الوديعة ارتفع ، وحكم العقد هو الحفظ

ضرورة ثبوت نقيضه ، فإذا ارتفع عاد حكم العقد ، كما إذا استأجره للحفظ شهراً فترك الحفظ
في بعضه ثم حفظ في الباقي

وارتفاعه على الابتداء ، وخبره قوله م : (ضرورة ثبوت) ش : أي لأجل ضرورة ثبوت م : (نقيضه)
ش : لأجل ضرورة ثبوت نقيض حكم العقد ، لأن بطلان الشيء بما ينافيه ، والاستعمال ليس
بموضوع لإبطال الإيداع ولا ينافيه م : (فإذا ارتفع عاد) ش : أي نقيض م : (حكم العقد) ش :
بالعود إلى الوفاق عاد وحكم العقد وهو لزوم الحفظ المأمورية ، لأن الارتفاع كان لضرورة ثبوت
العقد كما ذكر .

والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة ، وهي تندفع بإثباته ما دامت المخالفة باقية فلا
يتعدى إلى ما بعد ارتفاعه ، وعورض بأن الأمر باق فيكون مأموراً بدوام الحفظ وما هذا شأنه
فالمخالفة فيه رد للأمر من الأصل كالجحود ، فلا يبرأ عن الضمان برفع المخالفة كاعتراف بعد
الجحود .

والجواب بما ذكرنا أن بطلان الشيء بما ينافيه أو بما هو موضوع لإبطاله ، فلا تكون المخالفة
رداً له من الأصل وهي ليست بموضوعة لإبطال الإيداع ، ولا ينافيه .

ألا ترى أن الأمر بالحفظ مع الاستعمال صحيح ابتداء بأن يقول للغاصب أودعتك وهو
مستعمل ، بخلاف الجحود ، فإنه قول موضوع للرد ، ألا ترى أن الجحود في أوامر الشرع
ونهيها يكفر به .

والمخالفة بترك صلاة أو صوم مأموره ليست ردّاً ، ولهذا لا يكفر .

م : (كما إذا استأجره) ش : نظير المسألة الودیعة بالاستئجار أي كما إذا استأجر رجل رجلاً
م : (للحفظ شهراً) ش : أي لحفظ متاعه مدة شهر م : (فترك الحفظ في بعضه ثم حفظ في الباقي) ش :
فإنه ترك الحفظ في بعض الأوقات ولم يخرج بذلك عن كونه أميناً .

فإن قلت : هذا النظر غير مستقيم ، لأن بقاء كونه أميناً باعتبار أن عقد الإجارة عنده لازم
فلا يرتد برده ، بخلاف ما نحن فيه .

قلت : العقد اللازم في الانتقاض بعدم تسليم المعقود عليه سواء بالاتفاق كالإجارة
والعارية والبيع والهبة ينتقض بعدم تسليم المعقود عليه ، ثم في الاستئجار ورد العقد على منفعة
الحفظ في المدة ، والمنفعة تحدث شيئاً فشيئاً فيترك الحفظ في بعض المدة يبطل العقد في ذلك القدر
، ويكون باقياً لبقاء العقد عليه ، فكذا في الحفظ بغير بدل .

فإن قلت : المستأجر للدابة إلى مكان إذا جاوزه ثم عاد إليه لم يبرأ ، وكذا المستعير إذا خالف
ثم عاد إلى الوفاق لم يبرأ .

فحصل الرد إلى نائب المالك . قال : فإن طلبها صاحبها فجحدها ضمنها ؛ لأنه لما طالبه بالرد فقد عزله عن الحفظ ، فبعد ذلك هو بالإمساك غاصب مانع منه فيضمنها ، فإن عاد إلى الاعتراف لم يبرأ عن الضمان لارتفاع العقد إذ المطالبة بالرد رفع من جهته والجهود فسخ من جهة المودع كجهود الوكيل الوكالة ، وجهود أحد المتعاقدين البيع فتم الرفع ، أو لأن المودع

قلت : لأن البراءة إنما تكون بالإعادة إلى يد المالك ، إما حقيقة وإما تقديرًا ، ويد المستأجر أو المستعير يد نفسه فإنه يستوفي المنافع المملوكة من المحل والمالك فيما يتصرف في المحل يكون عاملاً لنفسه لا لغيره فلا يبرأ عن الضمان ، خلافاً لزفر اعتباراً بالوديعة .

م : (فحصل الرد إلى نائب المالك) ش : هذا جواب عن قوله فلا يبرأ إلا بالرد على المالك .

ووجهه أن المودع نائب المالك ، فإذا ارتفعت المخالفة وعاد مودعاً ، هذا جواب عن قوله فلا يبرأ إلا بالرد على المالك ، ووجهه أن المودع نائب المالك ، ووجهه أن المودع نائب بذلك ، فإذا ارتفعت المخالفة عاد مودعاً جعل الرد نائب المالك .

م : (قال) ش : أي القُدوري : م : (فإن طلبها صاحبها فجحدها ضمنها) ش : أي الوديعة ، وقيد بالجهود عند الطلب ، لأنه إذا جحد عند صاحبها لا بناء على الطلب لا يضمن ، كذا في « الخلاصة » م : (لأنه) ش : أي لأن صاحب الوديعة م : (لما طالبه بالرد فقد عزله عن الحفظ ، فبعد ذلك هو بالإمساك غاصب مانع منه فيضمنها ، فإن عاد إلى الاعتراف لم يبرأ عن الضمان لارتفاع العقد) ش : فإذا ارتفع لا يعود إلا بعقد جديد م : (إذ المطالبة بالرد رفع من جهته) ش : أي رفع للعقد من جهة المالك م : (والجهود فسخ من جهة المودع) ش : بفتح الدال م : (كجهود الوكيل الوكالة) ش : يعني بمحضر من الموكل ، وذلك لأنه ترك الالتزام فكان فسخاً .

ونقل في « الأجnas » عن نوادر ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - : إذا وكل ثم قال : لم أوكله لم يكن رجوعاً وعزلاً عن الوكالة .

ونقل عن وصايا الأصل إذا أوصى ثم أنكر الوصية فقال لم أوص فهو رجوع . قال في « الجامع » : لا يكون رجوعاً ، وفي « نوادر ابن شجاع » عن محمد - رحمه الله - : إذا أوصى لرجل ثم قال لم أوص له لم يكن رجوعاً . ولو قال : أشهد أنني لا أوصي له فهو رجوع ، وكذلك لو وكل وكيلاً يبيع عبداً له ثم قال : اشهدوا أنني لم أوكله فهو كذب ، وهو وكيل . ولو قال إنني لا أوكله يبيع العبد فهو عزل ، ولو شهدوا عليه بالكفر فجحد وقال ما تلفظت به يكون ذلك توبة ورجوعاً عنه .

م : (وجهود أحد المتعاقدين البيع) ش : أي وكجهود البائع أو المشتري حصول البيع م : (فتم الرفع) ش : أي إذا كان الأمر كذلك فتم العقد رفع العقد عنهما م : (أو لأن المودع) ش : إشارة

ينفرد بعزل نفسه بمحضر من المستودع كالوكيل يملك عزل نفسه بحضرة الموكل . وإذا ارتفع لا يعود إلا بالتجديد فلم يوجد الرد إلى نائب المالك بخلاف الخلاف ثم العود إلى الوفاق . ولو جحدتها عند غير صاحبها لا يضمنها عند أبي يوسف - رحمه الله - خلافاً لزفر - رحمه الله - ، لأن الجحود عند غيره من

إلى تعليل ثان م: (ينفرد بعزل نفسه بمحضر من المستودع) ش: بكسر الدال م: (كالوكيل يملك عزل نفسه بحضرة الموكل ، وإذا ارتفع) ش: أي العقد م: (لا يعود إلا بالتجديد) ش: أي بتجديد العقد م: (فلم يوجد الرد إلى نائب المالك) ش: يعني بنفس المودع ، لأنه نائب المالك بجحود احتاج إلى التجديد فلم يوجد فلم يكن رداً إلى نفسه ، أعني المودع بالفتح فيضمن .

م: (بخلاف الخلاف ثم العود إلى الوفاق) ش: أراد بالخلاف الأول الخلاف في الحكم ، وبخلاف الثاني خلاف المودع بالفعل ، يعني إذا خالف فعلاً ثم عاد إلى الوفاق يكون العقد على حاله ، لأنه باق ، إذ الخلاف ليس برد الأمر ، لأن الأمر قول ، ورد القول بقول مثله ، وأما الجحود فهو قول ورد للأمر ، لأن الجاحد يكون متمكناً للعين والمالك في ملكه لا يكون مأموراً بالحفظ من جهة غيره .

وفي « الزيادة » هذا كله إذا جحد الوديعة في المنقول ، أما لو جحدتها في العقار قال السرخسي : لا ضمان عليه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - في جميع الوجوه . ومن المشايخ من قال : العقار يضمن بالجحود بلا خلاف وإن كان الغصب لا يتحقق فيه عندهما . وقال الحلواني : في ضمان الجحود في العقار عن أبي حنيفة - رحمه الله - روايتان .

م: (ولو جحدتها عند غير صاحبها) ش: بأن قال أجنبي : ما حال وديعته م: (لا يضمنها عند أبي يوسف - رحمه الله - خلافاً لزفر - رحمه الله) ش: إنما خص قول أبي يوسف - رحمه الله - بالذكر وإن كان عدم الضمان هو قول أصحابنا الثلاثة .

قيل : لأن هذا الفصل لم يكن مذكوراً في « مبسوط » محمد - رحمه الله - وإنما ذكر في اختلاف زفر ويعقوب - رحمه الله - فأورده كذلك .

وفي « النهاية » : أو جحدتها في وجه المودع من غير أن يطالبه بالرد بأن قال ما حال وديعتي عنك لي شكره على حفظها فجحدتها لا يضمنها عند أبي يوسف - رحمه الله - وروى بشر عن أبي يوسف إذا جحد الوديعة في وجه عدو يخاف عليها التلف إن أقر ثم هلكت لا يضمنها ، لأن الجحود في هذه الصورة جهة من جهات الحفظ ، كذا في الذخيرة . وجه قول زفر - رحمه الله - أن الجحود سبب للضمان سواء كان عند المالك أو غيره ، كالإتلاف حقيقة .

وجه قول أبي يوسف ما ذكره بقوله م: (لأن الجحود عند غيره) ش: أي غير المودع م: (من

باب الحفظ ، لأن فيه قطع طمع الطامعين ، ولأنه لا يملك عزل نفسه بغير محضر منه أو طلبه فبقي الأمر ، بخلاف ما إذا كان بحضرته .

باب الحفظ ، لأن فيه قطع طمع الطامعين (ش: عن الوديعة ، فلا يضمن ، وبه قالت الثلاثة م: (ولأنه) ش: أي ولأن المودع بفتح الدال م: (لا يملك عزل نفسه بغير محضر منه) ش: أي من المالك وهو ما عزله م: (أو طلبه) ش: أي أو بغير طلبه ، أي طلب المالك ، لأن العقد قائم بهما فلا يرتفع إلا بهما م: (فبقي الأمر) ش: أي العقد باعتبار بقائه ليد المالك فلا يضمن ، وبه قالت الثلاثة .

م: (بخلاف ما إذا كان) ش: أي الجحود م: (بحضرته) ش: أي بحضرة المالك وقد مر وجهه .

وفي « الأجناس » : أما المودع إذا جحد الوديعة كان شيخنا أبو عبد الله الجرجاني يقول إنه على وجهين إن نقل الوديعة عن الموضع الذي كان فيه حال جحوده وهلك ضمن ، وإن لم ينقلها عن موضعها حتى هلك لا يضمن .

وفي « المتقى » : إذا كانت الوديعة أو العارية مما يحول يضمن بالجحود وإن لم يحولها . وفي الأجناس الأمانة تنقلب مضمونة بالموت إذا لم يبين إلا في ثلاث مسائل : أحدها : متولى الوقف إذا مات ولا يعرف حال علتها الذي أخذها ولم يبين الاحتمال عليه ، ذكره في كتاب « الوقف » هلال البصري .

والثانية : السلطان إذا خرج إلى الغزو وغنموا فأودع بعض الوديعة بعض الغائمين ومات ولم يبين عند من أودع لا ضمان عليه ، ذكره في السير الكبير .

والثالثة : أحد المتفاوضين في يد مال الشركة ومات ولم يبين لا ضمان عليه ، ذكره في الأصل .

وفي « الواقعات » : إذا قال دفعت الوديعة في مكان كذا ونسيت موضعها ، وهذا على وجهين : إما أنه لو قال دفتها في داري أو في كرمي أو في موضع آخر ، ففي الوجه الأول والثاني لا يضمن إذا كان للدار والكرم باب ، لأنه ليس بتضييع ، وفي الوجه الثالث يضمن لأنه تضييع ، ونقل في « الأجناس » عن نوادر ابن رستم : إذا ادعى المستودع ضياع الوديعة منذ عشرة أيام فقال صاحب الوديعة أنا أقيم البينة أنها كانت في يدي منذ يومين . وقال المستودع : وجدتتها بعد ذلك فضاعت صدق . فإن قال حين خوصم ليس له عندي وديعة ثم قال وجدتتها فضاعت ضمن .

قال : وللمودع أن يسافر بالوديعة وإن كان لها حمل ومؤنة عند أبي حنيفة - رحمه الله - . وقالوا : ليس له ذلك إذا كان لها حمل ومؤنة . وقال الشافعي - رحمه الله - : ليس له ذلك في الوجهين

م : (قال) ش : أي القدوري : م : (وللمودع أن يسافر بالوديعة وإن كان لها حمل ومؤنة عند أبي حنيفة - رحمه الله -) ش : وفي « شرح الأقطع » : هذا الذي ذكره قول أبي حنيفة لا في موضع واحد ، وهو أن يكون طعاماً كثيراً فإنه يضمن استحساناً إن سافر به لا قياساً .

وقال الإمام الأسبججاني في « طريقة الخلاف » : إذا كان له حمل ومؤنة فعند أبي حنيفة لا يضمن سواء كان السفر قريباً أو بعيداً . وقال محمد - رحمه الله - : يضمن سواء كان قريباً أو بعيداً . وقال أبو يوسف - رحمه الله - : إن كان بعيداً يضمن وإلا فلا ، ثم قال وأجمعوا إن كان الطريق مخوفاً يضمن كيفما كان ، ثم قال : وأجمعوا على أنه لو سافر بالوديعة في البحر يضمن .

وقال قاضي خان في شرح « الجامع الصغير » : وأجمعوا على أن الأب والوصي إذا سافر بمال اليتيم لا يضمن والوكيل بالبيع إذا سافر بما وكل ببيعه قالوا إن قيده بمكان بأن قال له بعه بالكوفة فسافر به يضمن ، وإن أطلق فسافر به لا يضمن إذا سرق أو ضاع فيما لا حمل له ويضمن فيما له حمل ومؤنة .

ثم الواو في قوله وإن كان لوصي والضمير في أوله يرجع إلى الوديعة باعتبار المودع بفتح الدال لأنه يطلق على الوديعة وعلى الذي يقبلها أيضاً كما علم من قبل . وقال الكاكي : بمال الوديعة وفيه نظر لا يخفى . والحمل بفتح الحاء مصدر حمل الشيء يقال ماله حمل ومؤنة ماله نقل يحتاج في حمله إلى ظهر أو خبرة حمال . وفي الأصل ما له مؤنة في الحمل وهذا هو الأوجه .

م : (وقالوا) ش : أي أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - : م : (ليس له ذلك) ش : أي السفر بالوديعة م : (إذا كان لها حمل ومؤنة . وقال الشافعي - رحمه الله - ليس له ذلك في الوجهين) ش : أي فيما له حمل ومؤنة وفيما ليس له ، وبه قال مالك ، وإذا قدر أن يردها على صاحبها ووليه أو الحاكم أو أمين . فأما إذا لم يقدر على أحد منهم لا يضمن للضرورة .

وللشافعي في نقلها من قريته إلى قرية فيما دون مدة السفر إذا كانت المسافة آمنة وجهان ، وهذا الخلاف إذا كان الطريق آمناً ، فإن كان مخوفاً ضمن بلا خلاف ، وإذا كان آمناً وله بد من السفر فذلك ، وإن لم يكن وسافر بأهله لا يضمن ، وإن سافر بنفسه ضمن ، لأنه أمكنه تركها في أهله ، ثم إطلاق قولهما ليس بوضع « الجامع الصغير » ولا « المبسوط » ، فإنه ذكر في الجامع الصغير أن له أن يخرج خلافاً للشافعي - رحمه الله - .

لأبي حنيفة إطلاق الأمر، والمفازة محل للحفظ إذا كان الطريق آمناً، ولهذا يملك الأب والوصي في مال الصبي . ولهما أنه يلزمه مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة، فالظاهر أنه لا يرضى به فيتقيد به .

واختلف أصحابنا بعد ، فقال أبو حنيفة : لا يضمن قصر الخروج أو طال ، وكان له حمل ومؤنة أو لا . وقال أبو يوسف : إن قصر الخروج لم يضمن بكل حال ، وإن طال لم يضمن إلا فيما له حمل ومؤنة . وقال كذلك إلا فيما له مؤنة فإنه لا يملك وأن يخرج به قصر وأطال . وفي « المبسوط » بعدما ذكر قول أبي حنيفة قال : إذا قربت المسافة فله أن يسافر بها ، وإذا بعدت ليس له ذلك .

م : (لأبي حنيفة إطلاق الأمر) ش : أي أمر الأمر ، لأنه أمره بالحفظ مطلقاً فلا يتقيد بمكان كما لا يتقيد بزمان م : (والمفازة محل للحفظ إذا كان الطريق آمناً) ش : هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال سلمنا أن إطلاق الأمر يقتضي الجواز ، لكن المانع عنه متحقق ، وهو كون المفازة ليس محلاً للحفظ .

فأجاب بقوله والمفازة إلى آخره قيد بقوله آمناً لأنه إذا لم يكن آمناً أوجب الضمان م : (ولهذا) ش : أي ولكون المفازة محلاً للحفظ م : (يملك الأب والوصي في مال الصبي) ش : أي يملك السفر الأب والوصي بمال الصغير ، فلو كان التلف مظنوناً لما جاز لهما ذلك .

فإن قلت : مسافرتهما بمال الصغير ، فلو كان التلف مظنوناً لما جاز لهما ذلك . فإن قلت : بمسافرتهما بمال الصغير للتجارة والناس يخاطرون بها تطمع الربح والمودع ليس كذلك ، لأنه ليس له حق التصرف والاسترباح فيها ، فلا يكون الاستدلال به على المودع صحيحاً .

قلت : هذا توضيح الاستدلال ، ولئن كان استدلالاً فهو صحيح ، لأن ولايتهما على مال الصغير نظرية وأولى وجوه النظر غايته عن مواضع التلف ، فلو كان في وهم الستر وهم التلف لما جاز ، وحيث جاز بالاتفاق انتفى وهم التلف .

هذا حاصل ما ذكره السغناقي وتبعه على ذلك صاحب « الغاية » وصاحب « العناية » ، ولكن هو محل المناقشة .

فإن لقائل أن يقول : لا نسلم جواز سفر الأب أو الوصي بمال الصغير ، لأن الله أمر بالأحسن في قربان مال اليتيم فأين الأحسن والحسن في المسافرة بماله ، ولا نسلم عدم كون السفر وهم التلف ، وكون السفر مظنة التلف ومتحقق لا ينكر خصوصاً في قيام الفتن بين الخلف م : (ولهما أنه يلزمه) ش : أي أن المالك يلزمه م : (مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة فالظاهر أنه لا يرضى به فيتقيد به) ش : أي سفره بما ليس له حمل ومؤنة ، لأن فيما له حمل ومؤنة إضرار

والشافعي - رحمه الله - يقيده بالحفظ المتعارف وهو الحفظ في الأمصار وصار كالاستحفاظ بأجر. قلنا مؤنة الرد تلزمه في ملكه ضرورة امتثال أمره فلا يبالي به ، والمعتاد كونهم في المصر لا حفظهم ، ومن يكون في المفازة يحفظ ماله فيها ، بخلاف الاستحفاظ بأجر ، لأنه عقد معاوضة فيقتضي التسليم في مكان العقد ، وإذا نهى المودع أن يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن ، لأن التقييد مفيد إذ الحفظ في المصر أبلغ فكان صحيحاً . قال : وإذا أودع رجلان عند رجل وديعة فحضر أحدهما وطلب

عليه .

فإن قلت : كيف يلزمه مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة .

قلت : باعتبار موت المودع في طريق فإنه حيثئذ يلزم المالك مؤنة الرد .

م : (والشافعي - رحمه الله - يقيده) ش : أي يقيده حفظ الوديعة م : (بالحفظ المتعارف وهو الحفظ في الأمصار) ش : أي أسباب الصيانة تنهياً في الأمصار من كل وجه وفي غيرها من وجه دون وجه م : (وصار كالاستحفاظ بأجر) ش : أي صار حكم الوديعة في الحفظ ، كما إذا استأجر رجلاً ليحفظ متاعه شهراً بدرهم فإنه لا يسافر ، فلو سافر به يضمن .

م : (قلنا مؤنة الرد تلزمه في ملكه) ش : هذا جواب عن قولهما ؛ يعني مؤنة الرد تلزم المالك في ملكه .

تقديره : سلمنا أن المؤنة تلحق المالك ، لكنه ليس بمعنى من قبل المودع ، بل إنما ذلك م : (ضرورة امتثال أمره) ش : فإنما أمره مطلقاً وهو لا يتقيد بمكان فهو لمعنى يرجع إلى المالك م : (فلا يبالي به) ش : أي يلحق المؤنة ، لأنه ضروري وضميني م : (والمعتاد كونهم في المصر) ش : جواب عن قول الشافعي - رحمه الله - ، أي المتعارف كون أهل الأمصار في المصر ، يعني المعتاد كون المودعين وقت الإيداع في المصر م : (لا حفظهم) ش : أي ليس المعتاد حفظ المودعين في المصر ، ثم أوضح ذلك بقوله م : (ومن يكون في المفازة يحفظ ماله فيها) ش : كأهل الخيام والأخبية ، فإنهم يحفظون أموالهم في المفازة ولا ينقلونها إلى الأمصار .

م : (بخلاف الاستحفاظ بأجر ، لأنه عقد معاوضة فيقتضي التسليم في مكان العقد) ش : أشار بهذا إلى أن قياس الشافعي - رحمه الله - بالفارق فلا يجوز م : (وإذا نهى المودع) ش : بكسر الدال إذا نهى المودع رب المال م : (أن يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن ، لأن التقييد مفيد ، إذ الحفظ في المصر أبلغ فكان صحيحاً) ش : أي فكان تقييده صحيحاً .

م : (قال) ش : أي القدوري : م : (وإذا أودع رجلان عند رجل وديعة فحضر أحدهما وطلب

نصيبه منها لم يدفع إليه نصيبه حتى يحضر الآخر عند أبي حنيفة - رحمه الله - ، وقالوا : يدفع إليه نصيبه . وفي « الجامع الصغير » : ثلاثة استودعوا رجلاً ألفاً فغاب اثنان فليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عنده . وقالوا : له ذلك ، والخلاف في المكيل والموزون وهو المراد بالمدكور في « المختصر » . لهما أنه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع إليه كما في الدين المشترك .

نصيبه منها لم يدفع إليه نصيبه حتى يحضر الآخر عند أبي حنيفة - رحمه الله - (ش : حتى لو دفع يضمن نصفه .

م : (وقالوا : يدفع إليه نصيبه . وفي « الجامع الصغير » : ثلاثة استودعوا رجلاً ألفاً فغاب اثنان فليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عنده وقالوا : له ذلك (ش : أي عند أبي حنيفة - رحمه الله - إنما ذكر رواية الجامع الصغير تنبيهاً على ثلاث فوائد :

الأولى : البينة على أن المواد بموضع الخلاف ، وعن إطلاق القدوري الوديعة هو المكيل والموزون ، لأن المذكور فيه الألف وهو موزون .

الثانية : أن القدوري - رحمه الله - نص على الاثنين والجامع الصغير على الثلاثة ، ولولا رواية الجامع لكان لقائل أن يقول نصيب الحاضر من الثلاثة أقل من نصيب الغائبين ، فيصير مستهلكاً ، ويجعل تبعاً للأكثر فلا يوجد من المودع . وأما نصيب الحاضرين الاثنين لا يكون مستهلكاً ولا تابعاً فله أخذه فيه برواية الجامع أن الحكمين سواء .

الثالثة : أنه ذكر في كتاب « الوديعة » : القاضي لا يأمر المودع بالدفع ويوهم ذلك أن يأخذه ديانة ، فلما قال في « الجامع » : ليس له أن يأخذ زالت هذه الشبهة وتلفت هذه المسألة بمسألة الحمامي وحكايته أن رجلين دخلا الحمام وأودعا عند الحمامي هميئاً من ذهب فخرج أحدهما قبل صاحبه ، وأخذ الهميان وذهب به وخرج الآخر وطالب بالهميان ، ولعلمهما تواطئا على ذلك ، فتحير الحمامي ، فقيل : فيصل هذا الأمر عند أبي حنيفة - رحمه الله - فذهبوا إليه وقصوا عليه القصة ، فقال أبو حنيفة - رحمه الله - لا تقل دفعته إلى صاحبك ، ولكن قل لا أدفعه إليك حتى تحضر صاحبك فانقطع الرجل وترك الحمامي .

م : (والخلاف في المكيل والموزون ، وهو المراد بالمدكور في « المختصر ») ش : أي مختصر القدوري ، ذكر هذا احترازاً من ذوات الأمثال حتى إذا كانت الوديعة والعبد والدواب ليس للحاضر أن يأخذه بالإجماع .

م : (لهما .) ش : أي لأبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - م : (أنه) ش : أي الحاضر م : (طالبه) ش : أي طالب المودع م : (بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع إليه) ش : لأنه مالك لنصيبه حقيقة فلا يتعذر عليه قبض نصيبه بغية الآخر م : (كما في الدين المشترك) ش : أي كما يطلب الحاضر في

وهذا لأنه يطالبه بتسليم ما سلم إليه وهو النصف . ولهذا كان له أن يأخذه فكذا يؤمر هو بالدفع إليه ، ولأبي حنيفة - رحمه الله - أنه طالبه بدفع نصيب الغائب لأنه يطالبه بالمفرز وحقه في المشاع والمفرز المعين يشتمل على الحقين ولا يتميز حقه إلا بالقسمة وليس للمودع ولاية القسمة ، ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالإجماع ، بخلاف الدين المشترك لأنه يطالبه بتسليم حقه لأن الديون

نقضى بأمثالها

الدين المشترك بأن باعاً عبداً مشتركاً إذا حضر أحدهما كان له أن يطالب المديون ، فكذا هذا م: (وهذا) ش: أي توضيح لما ذكره م: (لأنه يطالبه بتسليم ما سلم إليه) ش: أي لأن الحاضر يطلب المودع بتسليم ما سلم إليه من الوديعة م: (وهو النصف ، ولهذا كان له) ش: أي للمودع م: (أن يأخذه) ش: أي أن يأخذ نصيبه الذي هو النصف م: (فكذا يؤمر هو بالدفع إليه) ش: أي كما أن له أن يأخذ ، فكذا يؤمر بالدفع إلى المالك الحاضر .

م: (ولأبي حنيفة - رحمه الله - أنه طالبه) ش: أي أن الحاضر طالب المودع م: (بدفع نصيب الغائب ، لأنه يطالبه بالمفرز) ش: أي المقسوم ، وليس له فيه حق م: (وحقه في المشاع والمفرز المعين يشتمل على الحقين) ش: أي حق الحاضر والغائب م: (ولا يتميز حقه إلا بالقسمة ، وليس للمودع ولاية القسمة) ش: لأنه ليس بوكيل في ذلك م: (ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالإجماع) ش: حتى لو ملك الباقي في يد المودع ثم حضر الغائب له أن يشاركه في المأخوذ بالإجماع ، فثبت أن القسمة ليست بنافذة .

م: (بخلاف الدين المشترك ، لأنه يطالبه بتسليم حقه) ش: أي حق المديون ، لأنه يسلم مال نفسه لا مال غيره م: (لأن الديون تقضى بأمثالها) ش: لا بأعيانها ، فدفعه نصيب الحاضر يصرف في ملك نفسه وليس فيه قسمة على الغائب ، أما المودع يدفع مال الغير . ألا ترى إذا غاب واحد وله عند آخر دين في الوديعة فجاء رجل وادعى الوكالة منه يقبض الدين والوديعة فصدقه أمر بتسليم الدين دون الوديعة وقد نظر صاحب «العناية» في صرف الشراح الضمير في قوله بتسليم حقه إلى المديون .

وقال : لأن الإنسان لا يؤمر بالتصرف في ماله بالدفع إلى من لا يجب له عليه ذلك والحق أن الضمير في حقه للشريك لا للمديون ، ومعناه لأن الشريك يطالب المديون بتسليم ، أي بقضاء حقه ، وحقه من حيث القضاء ليس بمشترك بينهما ، لأن الديون تقضى بأمثالها ، والمثل مال المديون ليس بمشترك بينهما ، والقضاء إنما يقع بالمقاصة ، وفي نظره نظر ، لأن عبارة المصنف تشعر بأن الضمير يرجع إلى المديون على ما لا يخفى . وقوله : لأن الإنسان لا يؤمر إلى آخره ليس كذلك ؛ لأن المأمور هنا بالدفع ، وإنما هو إلى من يجب له عليه ذلك ، ولا كلام في عدم جواز الأمر بالدفع إلى من لا يجب عليه ذلك فافهم .

وقوله : له أن يأخذه ، قلنا : ليس من ضرورته أن يجبر المودع على الدفع ، كما إذا كان له ألف درهم وديعة عند إنسان وعليه ألف لغيره فلغيره أن يأخذه إذا ظفر به ، وليس للمودع أن يدفعه إليه . قال : وإن أودع رجل عند رجلين شيئاً مما يقسم لم يجز أن يدفعه أحدهما إلى الآخر ، ولكنهما يقتسمانه فيحفظ كل واحد منهما نصفه ، وإن كان مما لا يقسم جاز أن يحفظه أحدهما بإذن الآخر ، وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله - وكذلك الجواب عنده في المرتهنين

م : (وقوله : له أن يأخذه) ش : جواب عن قولهما : ولهذا كان له أن يأخذه ، والضمير في قوله يرجع إلى القاتل المعهود في الذهن ، أي قول القاتل نصرة لقولهما كذا وكذا م : (قلنا : ليس من ضرورته أن يجبر المودع على الدفع) ش : يعني ليس من ضرورة جواز الأخذ استلزام جبر المودع على الدفع ، لأن الجبر ليس من ضرورات الجواز يعني من لوازمه لانفكاكه عنه م : (كما إذا كان له ألف درهم وديعة عند إنسان وعليه) ش : أي على المودع بالكسر م : (ألف لغيره فلغيره) ش : أي فلغيره المودع بالكسر م : (أن يأخذه) ش : أي الألف م : (إذا ظفر به) ش : إذا كان من جنس حقه .

قيل في تأويل قوله عليه السلام « لصاحب الحق يد ولسان » ^(١) : أن المراد أخذ حقه إذا ظفر به م : (وليس للمودع أن يدفعه إليه) ش : أي الغريم ، فدللت هذه المسألة على أن الجبر ليس من لوازم الجواز للانفكاك .

م : (قال) ش : أي القدوري : م : (وإن أودع رجل عند رجلين شيئاً مما يقسم) ش : وهو الذي لا يتعيب بالتفريق الحسي كالكييل والموزون وما لا يقسم هو ما يتعيب به كالعبد والدابة والثوب الواحد ونحوها م : (لم يجز أن يدفعه أحدهما إلى الآخر ، ولكنهما يقتسمانه ، فيحفظ كل واحد منهما نصفه) ش : لأن المالك رضي بحفظها ، واجتماعهما على حفظ الكل متعذر فيؤمران بالقسمة ، لأن المالك قد رضي بها حيث علم بذلك ، والثابت دلالة كالثابت صريحاً . وإذا دفع أحدهما كله إلى الآخر ضمن عند أبي حنيفة - رحمه الله - .

م : (وإن كان مما لا يقسم جاز أن يحفظه أحدهما بإذن الآخر ، وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله -) ش : أي هذا التفصيل عند أبي حنيفة م : (وكذلك الجواب عنده في المرتهنين) ش : بأن رهن رجل عند رجلين ما يمكن قسمته فدفعت أحدهما إلى الآخر ضمن عند أبي حنيفة - رحمه الله -

(١) ضعيف : أخرجه ابن عدي في الكامل (٢٧٨/٦) ، من طريق محمد بن معاوية ثنا بقية عن محمد بن زياد عن أبي عتبة الخولاني مرفوعاً .

وفيه محمد بن معاوية النيسابوري ، قال فيه النسائي : ليس بثقة ، متروك الحديث ، وقال البخاري : روى أحاديث لا يتابع عليها . وقال ابن عدي : وهو بين الضعف .

والوكيلين بالشراء إذا سلم أحدهما إلى الآخر. وقالوا : لأحدهما أن يحفظ بإذن الآخر في الوجهين . لهما أنه رضي بأمانتهما فكان لكل واحد منهما أن يسلم إلى الآخر ولا يضمه كما فيما لا يقسم . وله أنه رضي بحفظهما ولم يرض بحفظ أحدهما كله ، لأن الفعل متى أضيف إلى ما يقبل الوصف بالتجزئي تناول البعض دون الكل ، فوقع التسليم إلى الآخر من غير رضا المالك فيضمن الدافع ولا يضمن القابض ، لأن مودع المودع عنده لا يضمن ، وهذا بخلاف ما لا يقسم ، لأنه لما أودعهما ولا يمكنهما الاجتماع عليه آناء الليل والنهار وأمكنهما المهايأة كان المالك راضياً بدفع الكل إلى أحدهما في بعض الأحوال .

خلافاً لهما، ذكره في « المبسوط » م: (والوكيلين بالشراء إذا سلم أحدهما إلى الآخر) ش: بأن وكل رجل رجلين بشراء شيء؛ فدفعت إليهما مالا مما يقسم فدفعه إلى الآخر فضاع عنده ضمن النصف، وكذا المستصنعين والوصيين والعديلين في الرهن إذا سلم أحدهما إلى الآخر .

م: (وقالوا : لأحدهما أن يحفظ بإذن الآخر في الوجهين) ش: يعني فيما يقسم وفيما لا يقسم م: (لهما) ش: أي لأبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - م: (أنه رضي بأمانتهما ، فكان لكل واحد منهما أن يسلم إلى الآخر ولا يضمه ، كما فيما لا يقسم) ش: هما قاسا ما يقسم على ما لا يقسم ، والجامع وجود الرضا دلالة في الدفع لاعتماده على أمانتهما .

م: (وله) ش: أي ولأبي حنيفة م: (أنه) ش: أي المالك م: (رضي بحفظهما ولم يرض بحفظ أحدهما كله) ش: أي يحفظ أحد المودعين كل المودع بالفتح م: (لأن الفعل متى أضيف إلى ما يقبل الوصف بالتجزئي تناول البعض دون الكل) ش: فإذا سلم الكل إلى الآخر م: (فوقع التسليم إلى الآخر من غير رضا المالك فيضمن الدافع ولا يضمن القابض ، لأن مودع المودع عنده لا يضمن) ش: أي عند أبي حنيفة - رحمه الله - والدال فيهما مفتوحة م: (وهذا) ش: إشارة إلى بيان الفرق بين ما يقسم وما لا يقسم .

م: (بخلاف ما لا يقسم ، لأنه لما أودعهما ولا يمكنهما الاجتماع عليه) ش: أي على المودع م: (آناء الليل والنهار) ش: أي ساعاتهما وهو جمع أنى على نون معى ، ويقال أنى وأنؤه م: (وأمكنهما المهايأة) ش: وهي القسمة والتناوب م: (كان المالك راضياً بدفع الكل إلى أحدهما في بعض الأحوال) ش: هذا ظاهر .

وقال في « المبسوط » : قول أبي حنيفة - رحمه الله - أقيس ، لأن رهناه بأمانة اثنين لا يكون رضا بأمانة واحد ، فإذا كان الحفظ مما يتأتى منهما عادة لا يصير راضياً بحفظ أحدهما للكل .

وإذا قال صاحب الوديعة للمودع لا تسلمها إلى زوجتك فسلمها إليها لا يضمن . وفي « الجامع الصغير » : إذا نهى المودع أن يدفعها إلى أحد من عياله فدفعها إلى من لا بد منه لا يضمن ، كما إذا كانت الوديعة دابة فنهاه عن الدفع إلى غلامه ، وكما إذا كانت شيئاً يحفظ على يد النساء فنهاه عن الدفع إلى امرأته وهو محمل الأول ، لأنه لا يمكن إقامة العمل مع مراعاة هذا الشرط ، وإن كان مفيداً فيلغو . وإن كان له منه بد ضمن لأن الشرط مفيد ، لأن من العيال من لا يؤتمن على المال وقد أمكن العمل به مع مراعاة هذا الشرط فاعتبر وإن قال : أحفظها في هذا البيت فحفظها في بيت آخر من الدار لم يضمن ، لأن الشرط غير مفيد ، فإن البيتين في دار واحدة لا يتفاوتان في الحرز ،

م : (وإذا قال صاحب الوديعة للمودع لا تسلمها إلى زوجتك فسلمها إليها لا يضمن) ش : لأن هذا الشرط لا يفيد فصار لغواً ، لأنه لم يكن له بد من التسليم إليها .

م : (وفي « الجامع الصغير » : إذا نهى المودع) ش : بكسر الدال م : (أن يدفعها إلى أحد من عياله ، فدفعها إلى من لا بد منه ، لا يضمن ، كما إذا كانت الوديعة دابة ؛ فنهاه عن الدفع إلى غلامه ، وكما إذا كانت شيئاً يحفظ في يد النساء ؛ فنهاه عن الدفع إلى امرأته) ش : بعدم شرط الإفادة كما ذكرنا م : (وهو محمل الأول) ش : أي المذكور في الجامع الصغير ؛ محمل كما ذكره القدوري مطلقاً ، بأنه حتى لا يضمن إذا كان له منه بد ، فإن كانت الوديعة شيئاً حقيقياً يمكنه استصحابه بنفسه ؛ كاختام ونحوه فدفعه إلى عياله ضمن م : (لأنه لا يمكن إقامة العمل مع مراعاة هذا الشرط ، وإن كان مفيداً فيلغو) ش : لأنه شرط تناقض أصله ، فكان باطلاً .

م : (وإن كان له منه بد ضمن) ش : أي وإن كان للمودع منه أي من عياله بد ، أي فراق بأن كان فيهم من لا يوثق بأمانته فنهاه رب المال عن الدفع إليه ضمن م : (لأن الشرط مفيد ، لأن من العيال من لا يؤتمن على المال ، وقد أمكن العمل به) ش : أي بتعين المودع عدم الدفع إلى من في عياله م : (مع مراعاة هذا الشرط فاعتبر) ش : لأنه شرط مفيد ، وأمكن العمل به والشرط المفيد إنما يلغو إذا لم يمكن العمل به .

وعلى هذا إذا نهى عن الدفع إلى امرأته وله امرأة أخرى أمينة أو عن الحفظ في الدار وله أخرى فخاف فهلك ضمن . وإذا نهى عن الدفع إلى امرأته وليس له سواها فخالف لا يضمن ، لأن الأولى غير مقيد والثاني غير مقدور العمل .

م : (وإن قال أحفظها في هذا البيت فحفظها في بيت آخر من الدار لم يضمن ، لأن الشرط غير مفيد ، فإن البيتين في دار واحدة لا يتفاوتان في الحرز) ش : غالباً ، حتى لو تفاوتتا ضمن .

وقالت الثلاثة : إن نقلها إلى بيت دونه يضمن ، ولو نهاه عن الحفظ في غير هذا البيت

وإن حفظها في دار أخرى ضمن ؛ لأن الدارين يتفاوتان في الحرز ، فكان مفيداً فيصح التقييد . ولو كان التفاوت بين البيتين ظاهراً بأن كانت الدار التي فيها البيتان عظيمة والبيت الذي نهأ عن الحفظ فيه عورة ظاهرة صلح الشرط . قال : ومن أودع رجلاً وديعة فأودعها آخر فهلكت فله أن يضمن للأول وليس له أن يضمن الآخر ، وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله - وقال : له أن يضمن أيهما شاء ، فإن ضمن الأول يرجع على الآخر ، وإن ضمن الآخر رجع على الأول . لهما أنه قبض المال من يد ضمين فيضمنه كمودع الغاصب ، وهذا

فنعندهم يضمن في الحفظ في بيت آخر سواء كان مثله أو دونه لمخالفته أمر صاحبها ، وعندنا في الأمر ، وفي النهي لا يضمن إذا لم تتفاوت البيئات م : (وإن حفظهما في دار أخرى ضمن ، لأن الدارين يتفاوتان في الحرز فكان) ش : أي الشرط م : (مفيداً فيصح التقييد) ش : لإمكان العمل به . م : (ولو كان التفاوت بين البيتين ظاهراً بأن كانت الدار التي فيها البيتان عظيمة والبيت الذي نهأ عن الحفظ فيه عورة ظاهرة) ش : أي خلافاً ظاهراً .

وكل أمر يتخوف منه فهو عورة ، وكذلك كل أمر يستحق منه ومنه عورة الإنسان وعورات الجبال شقوقها ، ويقال عورة المكان إذا بدا منه موضع خلل ، أو كذلك أعور الفارس ورجل أعور مختل العين م : (صلح الشرط) ش : لكونه مفيداً .

م : (قال) ش : أي في « الجامع الصغير » : م : (ومن أودع رجلاً وديعة فأودعها) ش : أي المودع أودعها رجلاً م : (آخر فهلكت فله) ش : أي فللمالك م : (أن يضمن للأول) ش : أي المودع الأول م : (وليس له أن يضمن الآخر) ش : أي مودع المودع م : (وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله -) ش : وبه قال أحمد - رحمه الله - في رواية ، ثم المودع يضمن بالوديعة إلى غيره بلا خلاف عند أكثر الفقهاء ، وعند ابن أبي ليلى لا يضمن . وفي « الذخيرة » : إنما يضمن المودع الأول بالإيداع إذا هلكت الوديعة بعد أن يفارق الأول الثاني . أما لو هلكت قبل المفارقة لا يضمن بمجرد الدفع إليه ، وإنما يضمن بالتضييع .

م : (وقال : له أن يضمن أيهما شاء) ش : أي المودع أو مودع المودع ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد - رحمهم الله - في رواية م : (فإن ضمن الأول لا يرجع على الآخر ، وإن ضمن الآخر رجع على الأول) ش : أي فإن ضمن المالك المودع الآخر رجع المودع الآخر على المودع الأول لأنه مغرور من جهة فإنه أودعه على أنه ملكه وأنه لا يلحقه ضمان بالهلاك في يده ، فإذا لحقه الضمان رجع عليه .

م : (لهما) ش : أي لأبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - م : (أنه) ش : أي أن المودع الثاني م : (قبض المال من يد ضمين فيضمنه كمودع الغاصب) ش : ومودع المشتري م : (وهذا) ش : توضيح

لأن المالك لم يرض بأمانة غيره فيكون الأول متعدياً بالتسليم ، والثاني بالقبض فيخير بينهما ، غير أنه إذا ضمن الأول لم يرجع على الثاني ، لأن ملكه بالضمان فظهر أنه أودع ملك نفسه . وإن ضمن الثاني رجع على الأول لأنه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ، وله أنه قبض المال من يد أمين ، لأنه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لحضور رأيه فلا تعدي منهما ، فإذا فارقه فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه بذلك . وأما الثاني فمستمر على الحالة الأولى ولم يوجد منه صنع فلا يضمنه كالريح إذا ألقت في حجره ثوب غيره . قال : ومن كان في يده ألف فادعاها رجلان كل واحد منهما أنها له أودعها إياه وأبى أن يحلف لهما فالألف بينهما وعليه ألف أخرى بينهما ،

لوجه زمان الثاني م : (لأن المالك لم يرض بأمانة غيره ، فيكون الأول متعدياً بالتسليم والثاني بالقبض فيخير) ش : أي المالك م : (بينهما) ش : أي بين تضمين الأول وبين تضمين الثاني م : (غير أنه إذا ضمن الأول لم يرجع) ش : أي الأول م : (على الثاني لأنه ملكه بالضمان فظهر أنه أودع ملك نفسه وإن ضمن الثاني رجع على الأول لأنه عامل له) ش : في القبض والحفظ م : (فيرجع عليه بما لحقه من العهدة) ش : وهو الضمان .

م : (وله) ش : أي ولأبي حنيفة - رحمه الله - م : (أنه) ش : أي أن المودع الثاني م : (قبض المال من يد أمين لأنه) ش : أي المودع الأول م : (بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لحضور رأيه فلا تعدي منهما) ش : أي من المودع الأول والمودع الثاني ، ما دام مجتمعين م : (فإذا فارقه) ش : أي الأول الثاني م : (فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه بذلك) ش : أي بسبب تركه الحفظ الملتزم م : (وأما الثاني) ش : أي المودع الثاني م : (فمستمر على الحالة الأولى) ش : وهو القبض من أمين م : (ولم يوجد منه صنع فلا يضمنه كالريح إذا ألقت في حجره ثوب غيره) ش : فهلكت حيث لا يضمن ، لأنه لم يوجد منه صنع بخلاف مودع الغاصب ، لأن الأول بمجرد الدفع متعد وللثاني بالأخذ .

م : (قال) ش : أي في « الجامع الصغير » : م : (وما كان في يده ألف فادعاها رجلان كل واحد منهما) ش : أي ادعى كل واحد منهما م : (أنها) ش : أي الألف م : (له أودعها إياه وأبى) ش : أي امتناع صاحب اليد م : (أن يحلف لهما فالألف بينهما) ش : .

وفي بعض النسخ فالألف لهما م : (وعليه) ش : أي على صاحب اليد م : (ألف أخرى بينهما) ش : أي بين المودعين . وصورة المسألة في « الجامع » : محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في ألف درهم في يدي رجل ادعاها رجلان كل واحد منهما يدعي أنه أودعها إياه فأبى أن يحلف لهما قال تكون هذه الألف بينهما ويغرم ألفاً أخرى فيكون بينهما نصفين انتهى .

وقال الفقيه أبو الليث في شرح « الجامع الصغير » : وفي قول ابن أبي ليلى - رحمه الله - لا يجب عليه إلا دفع الألف بعينها لأنه لم يأخذ إلا ألفاً واحدة فلا يجب على ألف أخرى .

وشرح ذلك أن دعوى كل واحد صحيحة لاحتمالها الصدق فيستحق الحلف على المنكر بالحديث ويحلف لكل واحد على الانفراد لتغاير الحقيين ، وبأيهما بدأ القاضي جاز لتعذر الجمع بينهما وعدم الأولوية ، ولو تشاحا أقرع بينهما تطبيقاً لقلبهما ونفياً لتهمة الميل . ثم إن حلف لأحدهما يحلف للثاني ، فإن حلف فلا شيء لهما لعدم الحجة ، وإن نكل أعني للثاني يقضي له لوجود الحجة . وإن نكل للأول يحلف للثاني ولا يقضي بالنكول بخلاف ما إذا أقر لأحدهما ، لأن الإقرار حجة موجبة بنفسه فيقضي به ، أما النكول إنما يصير حجة عند القضاء فجاز أن يؤخره ليحلف للثاني فينكشف وجه القضاء .

م: (وشرح ذلك) ش: أي الحكم المذكور م: (أن دعوى كل واحد صحيحة لاحتمالها الصدق فيستحق الحلف على المنكر بالحديث) ش: وهو قوله عليه السلام : « البينة على المدعي واليمين على من أنكر »^(١) م: (ويحلف لكل واحد على الانفراد لتغاير الحقيين) ش: لأن كل واحد منهما يدعي ألفاً م: (وبأيهما بدأ القاضي جاز لتعذر الجمع بينهما وعدم الأولوية) ش: لعدم المرجح م: (ولو تشاحا) ش: أي لو تنازعا في البداية بالحلف م: (أقرع بينهما تطبيقاً لقلبهما ونفياً لتهمة الميل) ش: أي ميل القاضي إلى أحدهما .

م: (ثم إن حلف لأحدهما يحلف للثاني فإن حلف فلا شيء لهما لعدم الحجة) ش: يعني من جهة المدعين م: (وإن نكل أعني للثاني) ش: يعني بعدما حلف للأول م: (يقضي له) ش: أي للثاني م: (لوجود الحجة) ش: وهي النكول م: (وإن نكل للأول يحلف للثاني ولا يقضي بالنكول) ش: يعني للأول ، لأن الثاني ربما يقول إنما نكل لأنك بدأت بالاستحلاف فلا تنقطع الخصومة بينهما .

فحاصل المسألة على أربعة أوجه ، لأنه إما أن يحلف لكل منهما أو يحلف للأول منهما وينكل للثاني أو بالعكس ، أو ينكل لهما فإن حلف لهما لا شيء لهما . وإن حلف للأول ونكل للثاني فالأول له ببده أو بإقراره ، وإن نكل للأول وحلف للثاني فالألف للأول ولا شيء للثاني ، وإن نكل لهما فالألف بينهما وعليه ألف آخر بينهما ، لأن نكوله أوجب لكل واحد منهما كل الألف ليس معه غيره .

م: (بخلاف ما إذا أقر لأحدهما ، لأن الإقرار حجة موجبة بنفسه فيقضي به ، أما النكول إنما يصير حجة عند القضاء) ش: بإنزاله مقرأً أو باذلاً ، فحين نكل الأول لم يثبت الحق له م: (فجاز أن يؤخره ليحلف للثاني فينكشف وجه القضاء) ش: فإنه لا يقضي بالألف للأول أو الثاني أو لهما جميعاً ، لأنه حلف للثاني فلا شيء له والألف كله للأول ، ولو نكل للثاني أيضاً كان الألف

(١) صحيح : تقدم تخريجه .

ولو نكل للثاني أيضاً يقضي بها بينهما نصفين على ما ذكر في الكتاب لاستوائهما في الحجة ، كما إذا أقاما البينة ويغرم ألفاً أخرى بينهما ، لأنه أوجب الحق لكل واحد منهما ببذله أو بإقراره وذلك حجة في حقه وبالصرف إليهما صار قاضياً نصف حق كل واحد منهما بنصف حق الآخر فيغرمه . ولو قضى القاضي للأول حين نكل ، ذكر الإمام علي البزدوي - رحمه الله - في شرح « الجامع الصغير » أنه يحلف للثاني ، وإذا نكل يقضي بها بينهما لأن القضاء للأول لا يبطل حق الثاني ، لأنه يقدمه إما بنفسه أو بالقرعة ، وكل ذلك لا يبطل حق الثاني وذكر الخصاص - رحمه الله - أنه ينفذ قضاؤه للأول ووضع المسألة في العبد ، وإنما نفذ

بينهما فلذلك يتوقف على القضاء حتى يظهر وجهه ، وهذا بخلاف الإقرار لأحدهما فإنه يقضي بالألف للمقر له لأنه حجة موجبة بنفسه فلا يتوقف على القضاء .

م : (ولو نكل للثاني أيضاً يقضي بها بينهما نصفين على ما ذكره في الكتاب لاستوائهما في الحجة ، كما إذا أقاما البينة ويغرم ألفاً أخرى بينهما ، لأنه أوجب الحق لكل واحد منهما ببذله) ش : أي لأن المودع المنكر أوجب الحق لهما ببذله عند أبي حنيفة - رحمه الله - لأن النكول بذل عنده م : (أو بإقراره) ش : أي عندهما ، لأن النكول إقرار عندهما م : (وذلك) ش : أي الإقرار أو البذل م : (حجة في حقه) ش : أي في حق المودع المنكر م : (وبالصرف إليهما) ش : أي يصرف المودع الألف إلى المدعين م : (صار قاضياً نصف حق كل واحد منهما بنصف حق الآخر فيغرمه) ش : أي فيغرم الألف الذي صرف إليهما فيصير ألفان م : (ولو قضى القاضي للأول حين نكل) ش : مع أنه ليس له ذلك .

م : (ذكر الإمام علي البزدوي - رحمه الله - في شرح « الجامع الصغير » أنه يحلف للثاني) ش : أراد أنه لا ينفذ قضاؤه فيحلف الثاني م : (وإذا نكل يقضي بها بينهما) ش : بالألف ويغرم ألف أخرى بينهما م : (لأن القضاء للأول لا يبطل حق الثاني لأنه) ش : أي لأن القاضي م : (يقدمه) ش : أي يقدم الأول للحلف م : (إما بنفسه) ش : أراد باختياره لا لدليل أوجب ذلك م : (أو بالقرعة) ش : لتعذر الجمع بينهما م : (وكل ذلك) ش : أي من تقديمه الأول باختياره أو بالقرعة م : (لا يبطل حق الثاني) ش : لأنه فعل ما ليس له فعله ، ثم إن الإمام علي البزدوي لم يذكر أنه إذا حلف للثاني ماذا حكمه وذكره أبو الليث في شرح « الجامع الصغير » ، فإن حلف يقضي بنكوله للأول ، وإن نكل له أيضاً يقضي بنكوله لهما .

م : (وذكر الخصاص - رحمه الله - أنه ينفذ قضاؤه للأول) ش : يعني يكون كل الألف له ولا يكون بينهما م : (ووضع) ش : أي الخصاص - رحمه الله - م : (المسألة في العبد) ش : بأن كان في يده عبد فادعاه رجلان كل واحد أنه له وأودعه إياه م : (وإنما نفذ) ش : أي قضاء القاضي الأول م :

لمصادفته محل الاجتهاد ، ولأن من العلماء من قال يقضي للأول ولا ينتظر لكونه إقرار دلالة ، ثم لا يحلف للثاني ما هذا العبد لي ، لأن نكوله لا يفيد بعدما صار للأول ، وهل يحلفه بالله ما لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته وهو كذا وكذا ولأقل منه ، قال : ينبغي أن يحلفه عند محمد - رحمه الله - خلافاً لأبي يوسف - رحمه الله - بناء على أن المودع إذا أقر بالوديعة ودفع بالقضاء إلى غيره يضمنه عند محمد - رحمه الله - خلافاً له وهذه فريضة تلك المسألة ،

(لمصادفته محل الاجتهاد ، ولأن من العلماء من قال يقضي للأول) ش: أي بالنكول م: (ولا ينتظر) ش: أي القاضي م: (لكونه) ش: أي لكون النكول م: (إقرار دلالة) ش: لأن امتناعه عن اليمين يدل على الإقرار م: (ثم لا يحلف للثاني) ش: أي للمدعي الثاني م: (ما هذا العبد لي) ش: يعني لا يحلفه بالاعتصار على لفظ العبد لي ، بل يضم إليه ولا قيمته م: (لأن نكوله لا يفيد بعد ما صار للأول) ش: أراد أنه لما أقر به للأول وثبت به حق الأول فلا يفيد إقراره به للثاني ، لأنه لا يمكنه دفعه إلى الثاني بعد ذلك م: (وهل يحلفه بالله ما لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته وهو كذا وكذا ولا أقل منه قال) ش: أي الخصاص : م: (ينبغي أن يحلفه) ش: على هذا الوجه م: (عند محمد - رحمه الله - خلافاً لأبي يوسف - رحمه الله - بناء على أن المودع إذا أقر بالوديعة) ش: لإنسان م: (ودفع بالقضاء إلى غيره) ش: أي غير المقر له م: (يضمنه عند محمد - رحمه الله -) ش: أي يضمن ما أقر من الوديعة لأنه أقر بالتزام الحفظ ، فمتى أقر به الإنسان فقد سلطه على الأخذ فصار تاركاً للحفظ الواجب عليه بالعقد فيضمن ، كما لو دل على فاعل السرقة .

م: (خلافاً له) ش: أي لأبي يوسف ، لأن بمجرد الإقرار لم يفت على الثاني شيء ، وإنما الفوت بالدفع بإكراه القاضي فلا يكون موجباً للضمان ، وهذا الخلاف كما علمت فيما إذا كان الدفع بالقضاء ، وأما إذا كان بلا قضاء بأن أقر بالوديعة لإنسان ثم قال : أخطأت ، بل هي هذا ، كان عليه أن يدفعها إلى الأول ، لأن إقراره بها صحيح ورجوعه بعد ذلك باطل ويضمن للآخر قيمتها لأنه صار مستهلكاً على الثاني لإقراره بها للأول ، فيضمن قيمتها ، وهذا بالاتفاق .

فإن قلت : ما وجه بناء المسألة المتقدمة على المسألة الثانية ؟ .

قلت: لأن النكول إقرار فبالإقرار بالوديعة ضمن عند محمد - رحمه الله - ، وكذا بالنكول فيأتي التحليف . وعند أبي يوسف : لا يضمن ثمة بالإقرار وكذا هنا بالنكول فلا فائدة في التحليف .

م: (وهذه) ش: أي هذه المسألة التي ذكرناها من تحليف القاضي المودع الثاني بعد قضائه للأول ما لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته م: (فريضة تلك المسألة) ش: يعني المسألة التي اختلف أبو

وقد وقع فيه بعض الإطناب والله أعلم .

يوسف ومحمد - رحمهما الله - فيها في الضمان وعدمه ، وإنما قال بالتصغير إشارة إلى اختصار تلك المسألة وكثرة فروع المسألة التي اختلف فيها أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - ، وأشار إلى ذلك بقوله : م : (وقد وقع فيه بعض الإطناب والله أعلم) ش : أي التطويل ، يعني دفع الإطناب في الأصل في باب إقرار الرجل بالمال ، وكان ينبغي أن يقول فيها لأن مسألة مؤنث ، ولكن التذكير إما باعتبار المذكور وإما تسامحاً ، فإن الفقهاء يتسامحون في العبارات .

ومن جملة تفريعات تلك المسألة ما لو قال المودع أودعتها أحدكما ولا أدري أيكما ، فالمدعيان إذا اصطلحا على أخذها فلهما ذلك ، والألف بينهما وليس للمودع الامتناع عن تسليم الألف إليهما ، وإن لم يصطلحا ويدعي كل أن الألف له فإنه يحلف لكل واحد .

وقال الشافعي وأحمد - رحمهما الله - : يكفي يمين واحدة ثم إن حلف لهما قطع دعواهما في قول أبي يوسف ، وفي قول محمد لهما أن يصطلحا بهذا الاستحلاف على أخذ الألف بينهما ، ولو نكل قضى بألف بينهما وضمن ألفاً أخرى بينهما .

وعند الشافعي وأحمد - رحمهما الله - : لا يضمن ألفاً أخرى ، بل يقرع بينهما عند أحمد أو يصطلحا عند الشافعي - رحمه الله - ، وإن حلف لأحدهما ونكل للآخر قضى بألف للذي نكل ولا يبيع للذي حلفه ، وكذا لو قال : علي ألف هذا ، أو هذا ، أو كل واحد يدعيها فهو على هذه الوجوه والله أعلم .

كتاب العارية

قال : العارية جائزة ؛ لأنه نوع إحسان قال : وقد استعار النبي - عليه الصلاة والسلام - دروعاً من صفوان

م : (كتاب العارية)

ش: وجه المناسبة بين الكتائين أن كلا منهما أمانة ، ويجوز في بابها التخفيف ، والتشديد أفسح . قال في « المغرب » : هي نسبة إلى العارة اسم من الإعارة . وقال الجوهرى : كأنها منسوبة إلى العار ، لأن طلبها عار وعيب والعمارة مثل العارية ، وقد خطأه على هذا ، لأنه ﷺ باشرها على ما يجيء عن قريب ، وقيل : هي مشتقة من التعاور وهو التناوب ، فكأنه جعل للمعير نوبة في الانتفاع في ملكه على أن تعود النوبة إليه بالاسترداد أي شيء شاء .

ولهذا كانت الإعارة في المكيل والموزون قرضاً ، لأنه لا ينتفع بها إلا باستهلاك العين فلا تعود النوبة إليه في ملك العين ليكون عارية حقيقة ، وإنما تعود النوبة إليه في مثلها ، وإنما قدم بيان الجواز على تفسيرها لشدة تعلق الفقه به .

م : (قال : العارية جائزة ؛ لأنه نوع إحسان) ش: ﴿ ما على المحسنين من سبيل ﴾ فيكون جائزاً خلافاً لقوم في أنها واجبة .

م : (قال) ش: أي القدوري : م : (وقد استعار النبي - عليه الصلاة والسلام - دروعاً من صفوان) ش: أخرج أبو داود والنسائي عن شريك عن عبد العزيز بن رفيع عن أمية بن صفوان بن أمية عن أبيه صفوان ابن أمية أن النبي ﷺ استعار منه درعاً يوم حنين ، فقال : أغضب يا محمد ، قال : « بل عارية مضمونة » ^(١) .

(١) حسن : رواه أبو داود (٣٥٦٢) ، والحاكم في المستدرک (٤٧/٢) ، من طريق شريك عن عبد العزيز بن رفيع عن أمية بن صفوان بن أمية عن أبيه مرفوعاً .

وإسناده ضعيف : فيه شريك القاضي وهو ضعيف ، وأميه بن صفوان مقبول كما قال الحافظ . وأخرجه الحاكم من طريق خالد الحذاء عن عكرمة عن ابن عباس . وقال : صحيح على شرط مسلم وأخرجه الدارقطني (٣٩/٣) ، والبيهقي (٨٨/٦) من طريق إسحاق بن عبد الواحد ثنا خالد بن عبد الله عن خالد الحذاء . وإسناده منكر فيه إسحاق بن عبد الواحد وهو متروك .

وأخرجه أبو داود (٢٥٦٣) من طريق جرير عن عبد العزيز بن رفيع عن أناس من آل عبد الله بن صفوان مرفوعاً . وأخرجه الدارقطني أيضاً من طريق قيس بن الربيع عن عبد العزيز بن رفيع عن ابن أبي مليكة عن عبد الرحمن بن صفوان بن أمية مرفوعاً .

وهي تمليك المنافع بغير عوض . وكان الكرخي - رحمه الله - يقول : هي إباحة الانتفاع بملك الغير ، لأنها تنعقد بلفظة الإباحة ولا يشترط فيها ضرب المدة ، ومع الجهالة لا يصح التملك ، وكذلك يعمل فيها النهي

ورواه أحمد في مسنده والحاكم في المستدرک وسكت عنه وقال : له شاهد صحيح ، ثم أخرجه عن خالد الحذاء عن عكرمة عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ استعار من صفوان بن أمية أدرعاً وسلاحاً في غزوة خيبر ، فقال : يا رسول الله ﷺ ، أو استعار من صفوان بن أمية أدرعاً وسلاحاً في غزوة حنين ، فقال : يا رسول الله ﷺ أعارية مؤداة ، قال : « نعم عارية مؤداة » ، وقال : حديث صحيح على شرط مسلم . وأخرجه الدارقطني ثم البيهقي عن إسحاق بن عبد الله حدثنا خالد بن عبد الله الحذاء به .

فإن قلت : في الروایتين إشكال ، لأن في أحدهما قال : بل عارية مضمونة ، وفي الأخرى قال عارية مؤداة .

قلت : قال صاحب التنقيح : هذا دليل على أن العارية منقسمة إلى مؤداة ومضمونة ، قال : ويرجع ذلك إلى المعير ، فإن شرط الضمان كانت مضمونة وإلا فهي أمانة ، قال : وهو مذهب . وعنه أنها مضمونة بكل حال . وقال أبو حنيفة - رحمه الله - : لا يضمن إلا إذا فرط فيها ، وسيجيء تحرير الكلام فيه عن قريب إن شاء الله تعالى . ومقصود المصنف بهذا ها هنا إثبات جواز العارية فقط ، وأما بيان حكمها في الضمان وعدمه فسيقوله عن قريب .

م : (وهي تمليك المنافع) ش : جنس يتناول الإجارة وغيرها ، وقوله م : (بغير عوض) ش : يخرجها م : (وكان الكرخي - رحمه الله - يقول : هي إباحة الانتفاع بملك الغير) ش : ذكر الضمير مع كون العارية مؤنثة إما باعتبار المذكور ، وإما باعتبار أن العارية في الأصل إما مصدر كالعاقبة والكاذبة أو اسم للمصدر ، وكل منهما يستوي فيه التذكير والتأنيث بقوله قال الشافعي وأحمد - رحمهما الله - ، واستدل الكرخي على ذلك بأربعة أوجه :

الأول : هو قوله م : (لأنها تنعقد بلفظة الإباحة) ش : فإن قال المعير : أبحت لك هذا الثوب مثلاً يكون عارية ، والتمليك لا ينعقد بلفظة الإباحة .

الثاني : هو قوله م : (ولا يشترط فيها ضرب المدة ، ومع الجهالة لا يصح التملك ، وكذلك يعمل فيها النهي) ش : أي لا يشترط في العارية بيان المدة والتمليك يقضي أن تكون المنافع معلومة ، لأن تملك المجهول لا يصح ولا يعلم بضرب المدة وهو ليس بشرط في العارية ، فكان تملكاً للمجهول .

ولا يملك الإجارة من غيره . ونحن نقول : إنه ينبىء عن التمليك ، فإن العارية من العرية وهي العطية ، ولهذا تنعقد بلفظة التمليك

الثالث : تمليكا لما ملكه كالأجير لا يملك نهى المستأجر عن الانتفاع .

الرابع : هو قوله م : (ولا يملك الإجارة من غيره) ش : أي لا يملك المستعير إجارة ما استعاره ، ولو كان تمليكا جاز له ذلك ، كما يجوز للمستأجر أن يؤجر ما استأجره لتملكه المنافع .

م : (ونحن نقول إنه) ش : أي انعقاد العارية ، أو يكون وجه التذكير من الضمير ما ذكرنا الآن م : (ينبىء عن التمليك ، فإن العارية من العرية وهي العطية) ش : فإذا كانت العارية عطية يكون تمليكا م : (ولهذا تنعقد بلفظة التمليك) ش : مثل أن يقول : ملكتك منافع هذه الدار شهرا ، أو جعلت لك سكنى داري هذا شهرا ، ذكره في « المبسوط » .

وإذا انعقدت بلفظة التمليك يكون تمليكا . وفي قوله : فإن العارية من العرية مناقشة لأنه أراد أنها مشتقة من العرية كما قال الأترازي وليس كذلك ، فإن العارية أجوف واوي ، ولهذا ذكره أهل اللغة في باب عور ، والعرية ناقص وصرف العلة في لامة فلذلك ذكره أهل اللغة في باب عور ، والاشتقاق أن تجدد بين اللفظين تناسبا في اللفظ والمعنى والمراد من التناسب أن يكون في الحروف والترتيب كضرب ، فإنه مشتق من الضرب والاشتقاق بين عور وعرو .

فإن قلت : هذا الذي ذكرته في الاشتقاق الصغير ، وأما الاشتقاق الكبير فلا يشترط فيه إلا التناسب في اللفظ دون الترتيب كجذب من الجذب .

قلت : المراد من الاشتقاق حيث أطلق هو الصغير ، ولئن سلمنا أن بينهما تناسبا في اللفظ ، ولكن لا نسلم أن بينهما اشتقاقا كبيرا أيضا لعدم المناسبة في المعنى ، فإن مادة العارية تدل على التناوب أو التداول ، ومادة العارية تدل على الإلهام والإتيان ، يقال : عروت عروا إذا ألهمت به وأتيته طالبا فهو معرور ، فلأن تعروه الأضياف ، وتعتريه أي تغشاه ، وإن أراد أن معنى العارية مأخوذ من معنى العرية فليس كذلك لما نبين لك من اختلاف المعاني في أصل المادة ، لأن العرية هي النخلة يجعل صاحبها ثمرها عاما لرجل محتاج فيعودها المحتاج أي يأتيها ، وهذا معنى العطية .

وتفسير المصنف إياها بقوله : وهي العطية ليس تفسيراً بحسب اللغة ، ولكن لما كان فيها الأخذ والعطاء أطلق عليها العطية وهي فعيلة بمعنى مفعولة ، وإنما أدخلت فيها الهاء ، لأنها أفردت فصارت في عداد الأسماء مثل النطيحة والأكلة ، ألا ترى أنك إذا أضفت لها النخلة تقول له : نخلة عري فلا يحتاج إلى الهاء ، لأن الفعيل إذا كان بمعنى المفعول يستوي فيه المذكر

والمنافع قابلة للملك كالأعيان . والتملك نوعان بعوض وبغير عوض ، ثم الأعيان تقبل النوعين ، وكذلك المنافع ، والجامع بينهما دفع الحاجة ولفظة الإباحة استعيرت للتملك كما في الإجارة فإنها تنعقد بلفظة الإباحة وهي تملك ، والجهالة لا تفضي إلى المنازعة لعدم اللزوم ، فلا تكون ضائرة ،

والمؤنث ، والمذكر أصل وأولى . وإن أراد أن حكم العارية كحكم العرية فليس كذلك ، لأن المعير له أن يرجع في العارية متى شاء والعري ليس له ذلك .

م: (والمنافع قابلة للملك كالأعيان) ش: هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال : المنافع أعراض لا ينتفي فلا تقبل التملك ، فأجاب به ثم بنى على ذلك قوله م: (والتملك نوعان بعوض وبغير عوض) ش: وهذا لا نزاع فيه م: (ثم الأعيان تقبل النوعين) ش: أي تملك العين بعوض كالبيع وتمليكها بغير عوض كالهبة والصدقة م: (فكذلك المنافع) ش: تقبل النوعين بعوض كالإجارة ، وبغير عوض كالعارية م: (والجامع بينهما دفع الحاجة) ش: أي الجامع بين الأعيان والمنافع دفع حاجة الناس إلى نوع التملك ، فكما أنهم محتاجون إلى نوع التملك في الأعيان ، فكذلك محتاجون إلى ذلك في المنافع .

وما قيل : إن هذا استدلال في التعريفات وهي لا تقبله ، لأن المعرف إذا عرف شيئاً بالجامع والمنافع فإن سلم من النقض فذلك ، وإن نقض بكونه غير جامع أو مانع يجاب عن النقض إن أمكن ، وأما الاستدلال فلأنه يكون في التصديقات وأيضاً فإن هذا قياس في الموضوعات وهو غير صحيح ، لأن من شرط القياس تعدية الحكم الشرعي الثابت بالنص بعينه إلى فرع هو نظيره . ولا نص فيه ، والموضوعات ليست بحكم شرعي ، وموضعه أصول الفقه . وأيضاً من شرط القياس أن يكون الحكم الشرعي متعدياً إلى فرع نظيره ، والمنافع ليست نظير الأعيان ، فجوابه أن هذا التعريف إما لفظي أو رسمي ، فإن كان لفظياً فما ذكر فلبين المناسبة لا للاستدلال على ذلك وإن كان رسمياً فما ذكر بيان بخواص يعرف بها المعار ، ولكن لو عرف العارية بأنها عقد على المنافع بغير عوض وجعل المذكور في الكتاب حكمها يسلم من الشكوك .

م: (ولفظة الإباحة استعيرت للتملك) ش: هذا جواب عن قول الكرخي إنها تنعقد بلفظ الإباحة ، ووجه ذلك أنه مجاز م: (كما في الإجارة فإنها تنعقد بلفظة الإباحة وهي تملك) ش: أي والحال أنها تملك م: (والجهالة لا تفضي إلى المنازعة) ش: هذا جواب عن قوله : ومع الجهالة لا يصح التملك ، ووجهه أن الجهالة المانعة هي المفضية إلى النزاع ، وهذه ليست كذلك م: (لعدم اللزوم) ش: لأن المعير له أن يفسخ العقد في كل ساعة لكونها غير لازمة م: (فلا تكون) ش: أي الجهالة م: (ضائرة) ش: يعني مفضية إلى النزاع ، بخلاف الإجارة لأنها عقد معاوضة وتعلقت صفة اللزوم بها فتفضي الجهالة فيها إلى النزاع .

ولأن الملك إنما يثبت بالقبض وهو الانتفاع ، وعند ذلك لا جهالة ، والنهي منع عن التحصيل فلا يتحصل المنافع على ملكه ، ولا يملك الإجارة لدفع زيادة الضرر على ما نذكره إن شاء الله تعالى . قال : ونصح بقوله أعرتك لأنه صريح فيه ، وأطعمتك هذه الأرض لأنه مستعمل فيه ، ومنحتك هذا الثوب ، وحملتك على هذه الدابة إذا لم يرد به الهبة

م : (ولأن الملك إنما يثبت بالقبض) ش : هذا وجه آخر ، أي الملك في العارية يثبت بقبضها م : (وهو الانتفاع ، وعند ذلك) ش : أي عند القبض م : (لا جهالة) ش : لأن عند القبض معلوم ، فالجهالة قبله لا تفضي إلى المنازعة ، وهذا لو علمت المنفعة بالتسمية في الإجارة لا يشترط فيها ضرب المدة كما في المصبغ والخياطة م : (والنهي منع عن التحصيل) ش : هذا جواب عن قوله ، وكذلك يعمل فيه النهي .

ووجهه أن عمل النهي ليس باعتبار أنه ليس في العارية تمليك من حيث إنه بالنهي يمنع المستعير بحق التملك م : (فلا يتحصل المنافع على ملكه) ش : لكونه دليل الرجوع والاسترداد لإبطال الملك بعد ثبوته .

م : (ولا يملك بالإجارة) ش : جواب عن قوله : فلا يملك الإجارة من غيره ، يعني إنما لا يملك الإجارة م : (لدفع زيادة الضرر) ش : أي بالمعير ، لأنه ملكها على وجه يتمكن من الاسترداد متى شاء ، فلو صحت الإجارة منه لم يتمكن من الاسترداد م : (على ما نذكره إن شاء الله تعالى) ش : أراد به عند قوله : وليس للمستعير أن يؤجر ما استعاره .

م : (قال) ش : أي القدوري م : (ونصح بقوله : أعرتك لأنه صريح فيه) ش : أي حقيقة في عقد العارية م : (وأطعمتك هذه الأرض لأنه مستعمل فيه) ش : أراد أنه مجاز في تمليك المنفعة ، لأن الطعام إذا أضيف إلى ما يطعم عينه يراد به تمليك عينه وإن أضيف إلى ما لا يطعم عينه كالأرض يراد به أكل غلتها إطلاقاً لاسم المحل على الحال .

قيل : في عبارته نظر لأنه إذا أراد بقوله : مستعمل أنه مجاز فهو صريح لأنه مجاز متعارف ، والمجاز المتعارف صريح كما عرف في الأصول فلا فرق إذاً بين العبارتين .

وأجيب بأن : كليهما صريح لكن أحدهما حقيقة ، والآخر مجازاً ، فأشار إلى الثاني بقوله : مستعمل ، أي مجازاً ليعلم أن الآخر حقيقة .

م : (ومنحتك هذا الثوب) ش : أي أعطيتك ، لأن منح معناه أعطى ، ومنه المنحة : وهي الناقة أو الشاة يعطيها الرجل ليشرب لبنها ثم يردّها إذا ذهب درها ، ثم كثر حتى قيل في كل من أعطى شيئاً منح م : (وحملتك على هذه الدابة إذا لم يرد به الهبة) ش : أي بقوله : هذا أعني حملتك على هذه الدابة ، وقوله : منحتك هذا الثوب .

لأنهما لتمليك العين ، وعند عدم إرادته الهبة تحمل على تمليك المنافع تجوزاً . قال : وأخدمتك هذا العبد لأنه أذن له في استخدامه ، وداري لك سكنى لأن معناه سكنائها لك ، وداري لك عمري سكنى لأنه جعل سكنائها له مدة عمره . وجعل قوله سكنى تفسيراً لقوله لك لأنه يحتمل تمليك المنافع فحمل عليه بدلالة آخره

قال الشيخ حافظ الدين : كان ينبغي أن يقول إذا لم يرد بهما بدليل التعليل ، ثم أجاب بأن الضمير يرجع إلى المذكور . قلت : المذكور شيان : أحدهما : قوله ومنحك هذا الثوب والآخر حملتك على هذه الدابة م : (لأنهما) ش : أي لأن قوله منحك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة م : (لتمليك العين) ش : يعني حقيقة م : (وعند عدم إرادته الهبة تحمل على تمليك المنافع تجوزاً) ش : أي مجازاً من حيث العرف العام .

واستشكل حافظ الدين هنا أيضاً من وجهين :

الأول : أنه جعل هذين اللفظين حقيقة لتمليك العين ، ومجازاً لتمليك المنفعة ، ثم ذكر في كتاب الهبة في بيان ألفاظها وحملتك على هذه الدابة إذا نوى بالحملان الهبة . وعلل بأن الحمل هو الإركاب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة ، وهذا تناقض ظاهر .

والثاني : أنهما لما كان التمليك حقيقة والحقيقة تراد باللفظ بلانية عندهم فعند عدم إرادة الهبة لا يحمل على تمليك المنفعة بل على الهبة .

وتحذى الأترازي بالجواب بقوله : نعم ، إن لفظ حملتك لا يدل على الإركاب لغة ، ولكن يدل على التمليك عرفاً ، يقال : حمل الأمير فلاناً ، ويراد التمليك ويستعمل للعارية أيضاً ، قال تعالى : ﴿ إذا ما أتوك لتحملهم ﴾ أي لتركبهم ، فإذا نوى العارية أو الهبة كان كما نوى ، وإن لم ينو شيئاً كان عارية لإنباء المتيقن بها .

قلت : هذا جواب عن الاستشكال الثاني على أنه يدل على أن المصنف - رحمه الله - مال إلى النية لما فقدت يحمل اللفظ على أولى الاحتمالين وهو تمليك المنفعة ، وهذا خلاف قاعدة الأصول .

م : (قال : وأخدمتك هذا العبد ، لأنه أذن له في استخدامه) ش : وذلك يكون عارية م : (وداري لك سكنى ، لأن معناه سكنائها لك) ش : فإذا كان معناه هذا يكون عارية ، م : (وداري لك عمري سكنى ، لأنه جعل سكنائها له مدة عمره ، وجعل قوله سكنى . تفسيراً لقوله لك) ش : لأنه منصوب على التمييز من قوله لك م : (لأنه) ش : أي لأن قوله : لك م : (يحتمل تمليك المنافع) ش : كما يحتمل تمليك العين ، فإذا ميزه تيقنت المنفعة م : (فحمل عليه) ش : أي على تمليك المنافع م : (بدلالة آخره) ش : أي آخر الكلام ، وهذا حمل المحتمل على المحكم ، لأنه سكنى في العارية .

قال : وللمعبر أن يرجع في العارية متى شاء لقوله عليه الصلاة والسلام : «المنحة مردودة والعارية مؤداة»

م: (قال) ش: أي القدوري م: (وللمعبر أن يرجع في العارية متى شاء) ش: فسواء كانت العارية مطلقة أو مؤقتة . وقال مالك : لا يجوز الرجوع في الموقته قبل مضي الوقت فيكون حكمها عنده كالإجارة . وفي « الجواهر » : إذا قال : أعني بغلامك أو ثورك في حرثي يوماً أو يومين فليس بعارية ، بل يرجع إلى حكم الإجارة ، وكل ما كان من هذا القبيل فحكمه حكم الإجارة في الصحة والفساد .

م: (لقوله عليه الصلاة والسلام : «المنحة مردودة والعارية مؤداة»)^(١) ش: هذا الحديث أخرجه أبو داود عن إسماعيل بن عياش عن شرحبيل بن مسلم عن أبي أمامة ، قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « إن الله أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث » إلى أن قال : «العارية مؤداة ، والمنحة مردودة» . وقال الترمذي : حديث حسن .

وأخرجه ابن حبان في صحيحه عن الجراح بن مليح البهراني أخبرنا حاتم بن حريث الطائي سمعت أبا أمامة يقول : قال رسول الله ﷺ : «العارية مؤداة والمنحة مردودة» .

وأخرجه الطبراني في معجمه ، وروى هذا الحديث أيضاً من الصحابة عبد الله ابن عمر ، وعبد الله بن عباس ، وأنس - رضي الله عنهم - .

أما حديث عبد الله بن عمر ، فأخرجه البزار في « مسنده » : حدثنا عبد الله بن عمر عن زيد ابن أسلم عن ابن عمر ، قال : قال رسول الله ﷺ : «العارية مؤداة» .

وأما حديث ابن عباس - رضي الله عنهما - فأخرجه ابن عدي في « الكامل » عن إسماعيل ابن أبي زياد السكوني قاضي الموصل أخبرنا سفيان الثوري عن سالم الأفطس عن سعيد بن جبير عن ابن عباس عن النبي ﷺ قال : « الزعيم غارم ، والدين مقضي ، والعارية مؤداة ، والمنحة مردودة » وأعله بإسماعيل هذا . وقال : إنه منكر الحديث وعامة ما يرويه لا يتابع عليه .

وأما حديث أنس فأخرجه الطبراني في « مسند الشاميين » وقد ذكرناه في الكفالة .

قوله : المنحة بكسر الميم وسكون النون ، وقد فسرناها عن قريب . قوله : مردودة أي يجب ردها . وجه الاستدلال به ظاهر وفيه تعميم بعد التخصيص لما عرفت أن المنحة عارية خاصة وفيه

(١) صحيح : رواه أبو داود (٣٥٦٥) ، والترمذي في البيوع - باب ما جاء في أن العارية مؤداة من طريق إسماعيل ابن عياش عن شرحبيل بن مسلم عن أبي أمامة . وإسناده صحيح .
ورواه ابن عدي في الكامل (٢٩٣/١ ، ٢٩٤) وأعله بإسماعيل بن زياد السكوني ، فإنه قال فيه : منكر الحديث .

لأن المنافع تملك شيئاً فشيئاً على حسب حدوثها ، فالتملك فيما لم يوجد لم يتصل به القبض فيصح الرجوع عنه . قال : والعارية أمانة إن هلكت من غير تعد لم يضمن

زيادة مبالغة في أن العارية مستحق الرد .

م : (لأن المنافع تملك شيئاً فشيئاً على حسب حدوثها ، فالتملك فيما لم يوجد لم يتصل به القبض) ش : لأن المنافع التي لم تحدث لا يتصور فيها القبض م : (فيصح الرجوع عنه) ش : أي عن ماله الموجود ، لأن التملك لا يكون إلا في الموجود .

م : (قال) ش : أي القدوري م : (والعارية أمانة إن هلكت من غير تعد لم يضمن) ش : وفي بعض النسخ : لم يضمنها . وقيد بقوله : من غير تعد لأن هلاكها بالتعدي يوجب الضمان بلا خلاف . ولو شرط الضمان في الدابة هل يصح ؟ فالمشايخ مختلفون فيه ، كذا في التحفة ، وقال في خلاصة الفتاوى : رجل قال لآخر : أعزني ثوبك ، فإن ضاع فأنا ضامن له ، قال : لا يضمن ، ونقله عن المتقي .

وقال الكاكي - رحمه الله - : وبقولنا قال مالك . قلت : في مذهبه تفصيل ، حيث قال : يضمن فيما يخلى هلاكه ، ولا يضمن فيما لا يخلى .

وفي « الجواهر » : العارية نوعان : نوع يظهر هلاكه ولا يكاد يخفى كالرباع والحيوان ، فهذا النوع يقبل قول المستعير في هلاكه ما لم يظهر كذبه ، وإن لم يعلم ذلك إلا بقوله .

والنوع الثاني : يخفى هلاكه ، ويعاب عليه ، وهذا النوع يقبل قول المستعير في هلاك ما لم تقم بينة له .

فإن قامت فلا ضمان عليه فيه ، وكذلك ما علم أنه مغير سببه كالسوس في الثوب صدقة فيه في كتاب محمد - رحمه الله - مع يمينه أنه ما أضاعه ولا أراد فساداً ، فقال أبو إسحاق : وكذلك الفأر على هذا يقرض الثوب ، ووافق أشهب وعبد الحكم في النوع الأول ، وخالف في الثاني فرأيا أنه مضمون على المستعير على كل تقدير قامت بينة بهلاكه أم لا .

وقال القاضي أبو محمد : والصحيح أنه لا يضمن . قال الكاكي - رحمه الله - أيضاً : وهو قول علي - رضي الله عنه - يعني عدم الضمان قول علي وابن مسعود والحسن والنخعي والشعبي والثوري ، وعمر بن عبد العزيز وشريح والأوزاعي وابن أبي شبرمة وإبراهيم ، وقضى شريح بذلك ثمانين سنة بالكوفة .

وحدث الكرخي في « مختصره » عن الرمادي عن عبد الرزاق عن إسرائيل عن عبد الأعلى عن محمد بن الحنفية أن علياً - رضي الله عنه - قال : لا يضمن العارية ، إنما هو المعروف إلا أن

وقال الشافعي - رحمه الله -: يضمن لأنه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق فيضمنه، والإذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه ، ولهذا كان واجب الرد ، وصار كالمقبوض على سوم الشراء

تحالف ، وحدث أيضاً بإسناده إلى عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - قال : العارية بمنزلة الوديعة لا يضمن صاحبها ، إلا أن يتعدى .

م : (وقال الشافعي - رحمه الله - : يضمن لأنه قبض مال غيره لنفسه) ش : احتزر به عن الوديعة ، لأن قبض المودع فيها لأجل المودع لا لمنفعة نفسه م : (لا عن استحقاق) ش : أي لا عن استيجاب قبض بحيث لا ينقصد الآخر بدون رضاه ، واحتزر به عن المستأجر فإنه يقبض المستأجر لحق له ليس للمالك النقض قبل مضي المدة بدون رضاه م : (فيضمنه) ش : أي إذا كان كذلك يضمن العارية ، وتذكير الضمير باعتبار المذكور م : (والإذن ثبت ضرورة الانتفاع) ش : هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال : قبض بإذنه ، ومثله لا يوجب الضمان .

وتحريم الجواب : أن الإذن يثبت ضرورة الانتفاع ، والثابت بالضرورة يقدر بقدرها ، والضرورة حالة الاستعمال .

فإن هلك فيها فلا ضمان ، وإن هلك في غيرها لم يظهر فيه الإذن لكونه وراء الضرورة ، وهو معنى قوله : م : (فلا يظهر فيما وراءه) ش : أي فلا يظهر الإذن فيما وراء الضرورة ، وتذكير الضمير باعتبار المذكور .

م : (ولهذا) ش : أي ولكون الإذن ضرورياً م : (كان واجب الرد) ش : أراد أن مؤنة الرد واجبة على المستعير كما في الغصب م : (وصار كالمقبوض على سوم الشراء) ش : فإنه وإن كان بإذن لكن لما كان قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق إذا هلك ضمن ، فكذا هذا ، وبقوله قال أحمد وهو قول ابن عباس وأبي هريرة وعطاء وإسحاق .

وقال قتادة وعبد الله بن الحسن العنبري : إن شرط ضمانها ضمن وإلا فلا ، وقال ربيعة : كل العواري مضمونة ، وفي الروضة : إذا تلفت العين في يد المستعير ضمنها سواء تلفت بأفة سماوية أم بفعله بتقصير أم بلا تقصير ، هذا هو المشهور . وحكي قول أنها لا تضمن إلا بالتعدي وهو ضعيف ، ولو أعار بشرط أن يكون أمانة بقي الشرط وكانت مضمونة .

وفي « حاوي » الحنابلة : إن شرط بقي ضمانها سقط الضمان ، وإن تلف حروها باستعماله كحمل مشقة لم يضمن في أصح الوجهين وإن أركب منقطعاً دابته للثواب فتلفت لم يضمن .

ولنا أن اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان ، لأنه لتمليك المنافع بغير عوض أو لإباحتها والقبض لم يقع تعدياً لكونه مأذوناً فيه ، والإذن وإن ثبت لأجل الانتفاع فهو ما قبضه إلا للانتفاع فلم يقع تعدياً ، وإنما وجب الرد مؤنة كنفقة المستعار ، فإنها على المستعير ، لا لنقض القبض ، والمقبوض على سوم الشراء مضمون بالعقد ، لأن الأخذ في العقد له حكم العقد على ما عرف في موضعه

م : (ولنا أن اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان) ش : لأن الضمان إما أن يجب بالعقد أو بالقبض أو بالإذن وليس شيء من ذلك بموجب له ، أما العقد فلأن اللفظ الذي تنعقد به العارية لا ينبئ عن التزام الضمان م : (لأنه لتمليك المنافع بغير عوض أو لإباحتها) ش : أي أو لإباحة المنافع على اختلاف القولين وما وضع لتملك المنافع أو بجتهاد وإباحتها لا يتعرض ملك الغير حتى يوجب الضمان عند هلاكه م : (والقبض لم يقع تعدياً لكونه مأذوناً فيه) ش : وإنما يوجب القبض الضمان إذا وقع تعدياً م : (والإذن وإن ثبت لأجل الانتفاع) ش : هذا جواب عن قوله : والإذن يثبت ضرورة الانتفاع ، وتقريره القول بالموجب يعني سلمنا أن الإذن لم يكن إلا لضرورة الانتفاع م : (فهو ما قبضه إلا للانتفاع ، فلم يقع تعدياً) ش : فلا ضمان بدونه .

م : (وإنما وجب الرد مؤنة) ش : هذا جواب عن قوله : وهذا كان واجب الرد ، تقريره أن وجوب الرد لا يدل على أنه مضمون ، لأنه واجب لمؤنة القبض الحاصل للمستعير م : (كنفقة المستعار ، فإنها على المستعير لا لنقض القبض) ش : ليدل على أن القبض لا عن استحقاق فيوجب الضمان ، بخلاف الغصب ، فإن الرد فيه واجب لنقض القبض لكونه بلا إذن ، فإذا لم يوجب الرد وجب الضمان .

م : (والمقبوض على سوم الشراء مضمون) ش : هذا جواب عن قوله : وصار على المقبوض على سوم الشراء ، تقريره أنه ليس بمضمون بالقبض بل بالعقد ، وهو معنى قوله م : (بالعقد ، لأن الأخذ في العقد له حكم العقد) ش : فصار كالمأخوذ بالعقد ، وهو يوجب الضمان .

فإن قيل : سلمنا أن الأخذ في العقد ، ولكن لا عقد ها هنا .

اجيب : بأن العقد وإن كان معدوماً حقيقة جعل موجوداً تقريراً لصيانة أموال الناس عن الضياع ، إذ المالك لم يرض بخروج ملكه مجاناً ، وأن المقبوض على سوم الشراء وسيلة إليه ، فأقيم مقام الحقيقة نظراً له ، إلا أن الأصل في ضمان العقود هو القيمة لكونها مثلاً كاملاً ، وإنما يصار إلى الثمن عند وجوب العقد حقيقة ، وإذا لم يوجد صير إلى الأصل .

م : (على ما عرف في موضعه) ش : قيل : يريد به نسخ طريقة الخلاف ، وقيل : كتاب الإجازات من « المبسوط » . وقال الحاكم في « كافي » : رجل استعار من رجل سلاحاً ليقاتل به فضرب بالسيف فانقطع نصفين أو طعن بالرهن فحيثئذ انكسر ، قال : لا ضمان عليه لأنه هلك

من عمل مأذون فيه . وفي « فتاوى الولوالجي » : رجل دخل الحمام واستعمل قضاع الحمام فانكسرت لا ضمان عليه ، وكذا إذا كور الفقاع ليشرب سقط وانكسر لا ضمان عليه ، لأنه عارية في يده .

فإن قلت : ما تقول في قوله ﷺ : « بل عارية مضمونة » وقد مر في أول الكتاب بتمامه ، وقوله ﷺ : « أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك » . أخرجه الترمذي عن شريك وقيس ابن الربيع عن أبي حصين عن أبي صالح عن أبي هريرة - رضي الله عنه - ^(١) أنه ﷺ قال : ... الحديث ، وقوله ﷺ : « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » ^(٢) أخرجه البيهقي من حديث قتادة عن الحسن عن سمرة عنه ﷺ قال : ثم إن الحسن نسي حديثه ، فقال : هو أمينك فلا ضمان عليه .

قلت : الحديث الأول فيه اضطراب سنداً ومتناً ، وجميع وجوهه لا تخلو عن نظر ، ولهذا قال صاحب « التتمة » : الاضطراب فيه كثير ولا حجة فيه عندي في تضمين العارية ، ثم على تقدير صحة قوله : مضمونة المراد عليك بدليل قوله : حتى يؤديها إليك ، ويحتمل أن يريد اشتراط الضمان والعارية يشترط الضمان مضمونة في رواية للحنفية .

وأخرج النسائي عن يعلى بن أمية قال : قال رسول الله ﷺ : « إذا أئتك رسلي فاعظم ثلاثين درعاً وثلاثين مغفراً » .

فإن قلت : يا رسول الله ﷺ أعارية مؤداة ، قال : بل عارية مضمونة . قال ابن حزم : حديث حسن ليس في شيء مما روي في العارية خبر صحيح غيره ، وأما ما سواه فليس بمساوي الاشتغال به ، وقد فرق بين الضمان والأداء ، وقيل : إنما قال ﷺ : « بل عارية مضمونة » لأنه عليه السلام أخذ دروع صفوان بغير رضاه بدليل قوله : أغصباً ، إلا أنه عليه السلام كان محتاجاً إلى السلاح ، فكان الأخذ له حلالاً ، ولكن يشترط الضمان كتناول مال الغير في حالة المخصصة بشرط الضمان .

وقال الأتراسي : وقيل : كان هذا اشتراط الضمان على نفسه ، وبه أخذ قتادة ، وعندنا

(١) حسن : رواه (٢٩٠/٣) من طريق حميد الطويل عن يوسف بن ماهك المكي عن رجل عن أبيه أنه سمع النبي ﷺ ... فذكره ، وأخرجه أيضاً من طريق شريك وقيس بن الربيع عن أبي حصين عن أبي صالح عن أبي هريرة ... مرفوعاً . ومن الطريق الأولى أخرجه أحمد (٤١٤/٣) ، وشريك وقيس ضعيفان ولعل متابعة كل منهما للآخر تصلح من حفظهما .

(٢) ضعيف : من طريق قتادة عن الحسن عن سمرة .

قال : وليس للمستعير أن يؤجر ما استعاره ، فإن أجره فعطب ضمن لأن الإعارة دون الإجارة ،
والشيء لا يتضمن ما هو فوقه ،

المستعير لا يتضمن بالشرط أيضاً ، ولكن صفوان كان يومئذ حربياً ، ويجوز بين المسلم والحربي من الشرائط ما لا يجوز بين المسلمين ، وقد تقدم الآن أن العارية بشرط الضمان مضمونة في رواية ، وأخرج عبد الرزاق في «مصنفه» عن عمر عن بعض أصحاب أبي صفوان عن صفوان أن النبي ﷺ استعار منه عاريتين : إحداهما بضمان ، والأخرى بغير ضمان .

والحديث الثاني : قال ابن القطان : المانع من تصحيحه أن شريكاً وقيس بن الربيع مختلف فيهما ، ولم يحكم الترمذي أيضاً بصحته ، ولئن سلمنا أنه صحيح فهو يقتضي وجوب رد العين ولا كلام فيه .

والحديث الثالث : رواه الحسن عن سمرة والحسن لم يسمع منه ، وقيل : لم يسمع منه غير حديث العقيقة ، وأكثر أهل العلم رغبوا عن رواية الحسن عن سمرة ، وأيضاً الأداء فرض ولا يلزم منه الضمان ، ولو لزم من هذا اللفظ الضمان المهم أن يضمّنوا أهون الودائع ، لأنها عما قبضت اليد وإذا لم يدل الحديث على الضمان ولم ينسبه أيضاً .

وقال البيهقي - رحمه الله - في «باب من قتل عبداً» بعد ذكر حديث الحسن عن سمرة من قتل عبداً قتلناه . قال قتادة : ثم إن الحسن نسي الحديث ، وقال : لا يقتل حر بعبد ، يشبه أن يكون الحسن لم ينس الحديث لكن رغب عنه ، وهذه العلة موجودة في الحديث المتقدم أيضاً ، فافهم .

م : (قال) ش : أي القدوري : م : (وليس للمستعير أن يؤجر ما استعاره ، فإن أجره فعطب) ش : أي هلك م : (ضمن ، لأن الإجارة دون الإجارة) ش : لأن الإجارة عنده لازم دون الإجارة م : (والشيء لا يتضمن ما هو فوقه) ش : أي لا يستتبع ما هو فوقه ، لأن القوي لا يجعل تابعاً للضعيف . وقال الحاكم في كافيهِ : إذا استعار الرجل من الرجل على أن يذهب بها حيث شاء ولم يحتم مكاناً ولا وقتاً ولا ما يحمل عليها فذهب بها إلى الخيرة أو أمسكها بالكوفة شهراً يحمل عليها أو يؤجرها .

قال : لا ضمان عليه ، أي في شيء من ذلك إلا في الإجارة خاصة ، فإنه حيث أجرها صار ضامناً ويتصدق بالغلة ، لأنه أمره بالانتفاع مطلقاً ، والمطلق يتناول أي انتفاع شاء وإليه اليقين بفعله إن شاء استعملها في الركوب أو في الحمل عليها وأي ذلك فعل لا يمكن أن يفعل غيره بعد ذلك ، لأن المطلق إذا تعين ب قيد فلا يبقى مطلقاً ، ولكن لا يملك الإجارة أصلاً ، لأنه عقد لازم ، والعارية عقد جائز ، وبناء الجائز على اللازم لا يجوز .

ولأننا لو صححناه لا يصح إلا لازماً ، لأنه حينئذ يكون بتسليط من المعير ، وفي وقوعه لازماً زيادة ضرر بالمعير لسد باب الاسترداد إلى انقضاء مدة الإجارة فأبطلناه . فإن أجره ضمنه حين سلمه ، لأنه إذا لم تتناوله العارية كان غصباً ، فإن شاء المعير ضمن المستأجر لأنه قبضه بغير إذن المالك لنفسه ، ثم إن ضمن المستعير لا يرجع على المستأجر لأنه ظهر أنه أجر ملك نفسه ، وإن ضمن المستأجر يرجع على المؤجر إذا لم يعلم أنه كان عارية في يده دفعاً لضرر الغرور ، بخلاف ما إذا علم .

وقال الأسبيجابي في شرح « الكافي » : وقد قال بعض أصحابنا فإنه يملك الإجارة وتنعقد جائزة لا لازمة ، ثم قال : والصحيح أنه لا تنعقد الإجارة . وفي « تحفة الفقهاء » : وليس للمستعير أن يؤجر ، فإن فعل فهو ضامن حين يسلمه إلى المستأجر ، ويكون المعير بالخيار إن شاء ضمن المستعير .

م : (ولأننا لو صححناه لا يصح إلا لازماً) ش : تعليل ثان ، ويمكن أن يكون جواب الشبهة ذكرها السائل ، وهو ينبغي أن يملك المستعير الإجارة ، لأنه مالك للمنفعة ، ولا ينقطع حق المعير في الاسترداد ، بل يصير قيام حق المعير في الاسترداد عذراً في نقض الإجارة .

فأجاب عنها بقوله : ولأننا لو صححناه عقد إجارة المستعير لا يصح إلا لازماً ، لأنه لا يصح أن يكون غير لازم ، لأنه خلاف مقتضى الإجارة ، فإنه عقد لازم فانعقاده غير لازم عكس الموضوع فهذا لا سبيل إليه ، وكذا لا سبيل إلى كونه لازماً م : (لأنه حينئذ يكون بتسليط من المعير) ش : لأن اللزوم لا يكتسب إلا منه فيكون من مقتضيات عقد العارية .

م : (وفي وقوعه لازماً زيادة ضرر بالمعير لسد باب الاسترداد إلى انقضاء مدة الإجارة) ش : لعدم قدرته عليه إلى الانقضاء فحينئذ يكون عقد الإجارة عقداً لازماً ، وهو أيضاً خلاف المشروع م : (فأبطلناه) ش : أي عقد الإجارة م : (فإن أجره ضمنه) ش : أي ضمن المعير ما أجره م : (حين سلمه) ش : أي المستأجر م : (لأنه) ش : أي لأن عقد الإجارة م : (إذا لم تتناوله العارية كان غصباً ، فإن شاء المعير ضمن المستأجر ، لأنه قبضه بغير إذن المالك) ش : وحكم الغصب الضمان وفي بغير إذن المالك م : (لنفسه) ش : اللام في لنفسه تتعلق بقبضه م : (ثم إن ضمن المستعير لا يرجع على المستأجر ، لأنه ظهر أنه أجر ملك نفسه) ش : لأنه ملكه بالضمان م : (وإن ضمن المستأجر يرجع) ش : أي إن ضمن المعير المستأجر يرجع المستأجر م : (على المؤجر) ش : وهو المستعير م : (إذا لم يعلم أنه كان عارية في يده دفعاً لضرر الغرور) ش : أي عن المستأجر ، لأن هذا الغرور في ضمن العقد م : (بخلاف ما إذا علم) ش : أي المستأجر بكونها عارية في يد المؤجر حيث لم يرجع عليه ، لأنه لم يوجد منه الغرور . وقالت الثلاثة : لا يرجع مطلقاً لأنه غاصب ثان فيضمن بفعله .

قال : وله أن يعيره إذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل . وقال الشافعي - رحمه الله - : ليس له أن يعيره ، لأنه إباحة المنافع على ما بينا من قبل ، والمباح له لا يملك الإباحة ، وهذا لأن المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة ، وإنما جعلناها موجودة في الإجارة للضرورة ، وقد اندفعت بالإباحة ها هنا . ونحن نقول هو تمليك المنافع على ما ذكرنا فيملك الإعارة كالموصى له بالخدمة ، والمنافع اعتبرت قابلة للملك في الإجارة ، فتجعل كذلك في الإعارة دفعاً للحاجة ، وإنما لا يجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل فعلاً لمزيد الضرر عن المعير ، لأنه رضي باستعماله لا باستعمال غيره .

م : (قال) ش : أي القدوري : م : (وله) ش : أي للمعير م : (أن يعيره إذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل) ش : كالحمل والاستخدام والسكنى والزراعة ، كذا ذكر في نظائر التمرتاشي ، وبه قال مالك والشافعي في قول ، وفي « مختصر الأسرار » : يجوز للمستعير أن يعير وإن شرط أن لا يعير ، إلا أن يكون مما يختلف بالاستعمال .

م : (وقال الشافعي - رحمه الله - : ليس له أن يعيره ؛ لأنه إباحة المنافع على ما بينا من قبل) ش : يعني في هذا الباب إنها إباحة المنافع عنده م : (والمباح له لا يملك الإباحة وهذا) ش : أي كون الإعارة إباحة م : (لأن المنافع غير قابلة للملك ، لكونها معدومة ، وإنما جعلناها موجودة في الإجارة للضرورة وقد اندفعت بالإباحة ها هنا) ش : أي في الإعارة ، فإذا اندفعت بالإباحة لا يصار إلى التمليك وبه قال أحمد .

م : (ونحن نقول هو تمليك المنافع على ما ذكرنا) ش : يعني في هذا الباب م : (فيملك الإعارة) ش : يعني إذا كانت الإعارة تمليكا للمنافع يملك المستعير حينئذ الإعارة ، لأن الشيء يتضمن مثله م : (كالموصى له بالخدمة) ش : أي بخدمة عبد مثلاً يجوز له أن يعيره لتملك المنفعة م : (والمنافع اعتبرت قابلة للملك في الإجارة) ش : هذا جواب عن قوله : والمنافع غير قابلة للملك ، وتقديره : لا نسلم أنها غير قابلة للملك ، فإنها تمليك بالعقد كما في الإجارة م : (فتجعل كذلك في الإعارة دفعاً للحاجة) ش : أي فيجعل المنافع أيضاً قابلة للملك في الإعارة دفعاً لحاجة الناس م : (وإنما لا يجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل) ش : جواب عن سؤال مقدر تقريره أن يقال : لو كانت العارية تمليك المنفعة لما تفاوت الحكم في الصحة بين ما يختلف باختلاف المستعمل ، وبين ما لا يختلف . وتقدير الجواب أنه إنما لا يجوز إعارة ما استعاره فيما يختلف باختلاف المستعمل .

م : (دفعاً لمزيد الضرر عن المعير ، لأنه رضي باستعماله لا باستعمال غيره) ش : أي فيما لا يختلف باختلاف المستعمل فليس فيه ضرر فقد مر أن الشيء يتضمن مثله ، وإن شاء ضمن المستأجر لوجود التعدي منهما ، فإن ضمن المستعير لم يرجع على المستأجر ، لأنه ملك العين

قال - رضي الله عنه - : وهذا إذا صدرت الإعارة مطلقة وهي على أربعة أوجه ، أحدها : أن تكون مطلقة في الوقت والانتفاع ، وللمستعير فيه أن ينتفع به أي نوع شاء في أي وقت شاء عملاً بالإطلاق . والثاني : أن تكون مقيدة فيهما وليس له أن يجاوز فيه ما سماه عملاً بالتقييد ، إلا إذا كان خلافاً إلى مثل ذلك أو خيراً منه والحنطة مثل الحنطة ، والثالث أن تكون مقيدة في حق الوقت مطلقة في حق الانتفاع . والرابع عكسه وليس له أن يتعدى ما سماه ،

بالضمان ، فكأنه أجر ملك نفسه فهلك ، وإن ضمن المستأجر إن كان لا يعلم أنه عارية فرجع على المستعير لأنه ضمن الدرك بإيجاب عقد فيه بدل ، فيكون غروراً ، فأما إذا كان معلماً لا يرجع لأنه غرور فيه ، والرجوع بحكم الغرور .

م : (قال - رضي الله عنه - : وهذا) ش : أي ما ذكرنا من ولاية الإعارة للمستعير م : (إذا صدرت الإعارة مطلقة) ش : أي عن الوقف والانتفاع م : (وهو) ش : أي ما يصدر من عقد الإعارة م : (على أربعة أوجه) ش : وهي قسمة عقلية ، والمصاراة على الأربعة ضرورة ، لأن الشئيين هما الإطلاق والتقييد دارا في الشئيين وهما الوقف والانتفاع فكانت أربعة لا محالة م : (أحدها : أن تكون مطلقة في الوقت والانتفاع ، وللمستعير فيه) ش : أي في هذا الوجه م : (أن ينتفع به أي نوع شاء في أي وقت شاء عملاً بالإطلاق والثاني : أن تكون مقيدة فيهما) ش : أي في الوقت ، والانتفاع بأن قيدها بيوم ونص على نوع منفعة م : (وليس له) ش : أي للمستعير م : (أن يجاوز فيه ما سماه عملاً بالتقييد) ش : مثلاً استعار الدابة ليحمل عليها عشرة أقفزة حنطة فلا يحمل عليها أكثر .

م : (إلا إذا كان خلافاً إلى مثل ذلك) ش : كمن استعار دابة ليحمل عليها عشرة أقفزة من هذه الحنطة فحمل عليها عشرة أقفزة من حنطة أخرى م : (أو خيراً منه والحنطة) ش : أي أو كان خلافاً إلى خير منه ، بأن قال : عشرة أقفزة من الحنطة ، فحمل عليها عشرة من شعير لا يضمن استحساناً ، وفي القياس : يضمن لأنه مخالف .

وجه الاستحسان : أنه لا فائدة للمالك في تعيين الحنطة إلا إذا تصور دفع زيادة الضرر عن دابته والشعير أخف من الحنطة ، والتقييد إنما يعتبر إذا كان مفيداً م : (مثل الحنطة) ش : أشار بهذا إلى عدم اشتراط كون الحنطة المحمولة وحنطة المستعير أو لغيره فالحنطة جنس واحد ، سواء كانت للمستعير أو لغيره أو عينها المعير أو لم يعينها .

م : (والثالث أن تكون مقيدة في حق الوقت مطلقة في حق الانتفاع ، والرابع عكسه) ش : أي عكس الثالث ، وهو أن تكون مطلقة في حق الانتفاع .

م : (وليس له أن يتعدى ما سماه) ش : أي ليس للمستعير أن يتعدى ما عينه المعير في

فلو استعار دابة ولم يسم شيئاً ، له أن يحمل ويعير غيره للحمل ، لأن الحمل لا يتفاوت ، وله أن يركب ويعير غيره وإن كان الركوب مختلفاً ، لأنه لما أطلق فيه فله أن يعين الإطلاق ، حتى لو ركب بنفسه ليس له أن يركب غيره ، لأنه تعين ركوبه . ولو أركب غيره ليس له أن يركبه حتى لو فعله ضمن ، لأنه تعين الإركاب . قال : وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود قرض ،

الوجهين الأخيرين ، ثم فرع عليه بالفاء التفرعية بقوله م : (فلو استعار دابة ولم يسم شيئاً له أن يحمل ويعير غيره للحمل ، لأن الحمل لا يتفاوت وله أن يركب ويعير غيره وإن كان الركوب مختلفاً) ش : لأن الناس يتفاوتون في الركوب م : (لأنه لما أطلق فيه فله أن يعين الإطلاق ، حتى لو ركب بنفسه ليس له أن يركب غيره ، لأنه تعين ركوبه) ش : وفي بعض النسخ : ليس له أن يركبه ، أي ليس له أن يركب غيره ، لأنه متعين ركوبه ، وفي بعض النسخ : ليس له أن يركب أي ليس له أن يركب الدابة أو غيره والتذكير يكون على تأويل الحيوان والحمار والفرس والبغل .

م : (ولو أركب غيره ليس له أن يركبه) ش : أي بنفسه ، وتذكير الضمير بالتأويل الذي ذكرناه الآن ، ثم ذكر في الكتاب أن المستعير يملك الإعارة ، ولا يملك الاجارة ، ولم يذكر أنه هل يملك الإيداع ، فهذا وقد اختلف المشايخ فيه ، قال بعضهم يودع وإليه ذهب الفقيه أبو الليث والشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل البخاري ، والصدر الأجل برهان الأئمة والد الصدر الشهيد في « شرح الجامع الصغير » ، وإليه أشار محمد في آخر كتاب العارية ، فإنه قال : المعير إذا وجد الدابة المستعارة في يد رجل زعم أنها ملكه فهو خصم ، وإن قال الذي في يده قد أودعتها فلان الذي أودعتها منه فليس بخصم ، فهذا يدل على أن للمستعير أن يودع ، وعليه الفتوى .

وقال الأترازي : هكذا وجدت هذه الرواية منصوصة في آخر كتاب العارية في الأصل ، وفي « الكافي » : وقال بعضهم لا يودع قصداً وكان الكرخي يقول لا يجوز أن يودع ، واستدل بمسألة ذكرها في الجامع الصغير وهي أن المستعير إذا بعث العارية إلى صاحبها على يد أجنبي فهلك في يد الرسول ضمن المستعير العارية فليس ذلك الإيداع منه ، كذا في « شرح الطحاوي » .

م : (حتى لو فعله ضمن ، لأنه تعين الإركاب) ش : يعني لو ركبته بنفسه بعد أن أركب غيره ضمنه ، وهو الصحيح ، وهو اختيار فخر الإسلام . وقال غيره : له أن يركب بعد الإركاب ويركب بعد الركوب ولا يضمن شيئاً ، وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي وشيخ الإسلام خواهر زاده ، لأنه يملك الإعارة .

م : (قال) ش : أي القدوري : م : (وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود قرض) ش : يعني بمنزلة قوله : أقرضتك .

لأن الإعارة تمليك المنافع ولا يمكن الانتفاع بها إلا باستهلاك عينها ، فاقضى تمليك العين ضرورة ، وذلك بالهبة أو القرض ، والقرض أدناها فيثبت ، أو لأن من قضية الإعارة الانتفاع ورد العين فأقيم رد المثل مقامه .

قال الكاكي : ولا يعلم فيه خلاف إلا ما نقل عن بعض أصحاب الشافعي هذا إعارة فاسدة ، ففي وجه يضمن كما في الصحيحة ، وفي وجه لا يضمن لأنه إعارة فاسدة ، ذكره في « شرح الوجيز » .

قلت : ذكر في « الروضة » : لا يجوز إعارة الطعام قطعاً والدرهم والدنانير على الأصح . وقال الإمام : يجري الوجهان في إعارة الخنطة والشعير ونحوهما . وقال المتولي : هذا إذا أطلق إعارة الدرهم ، أما إذا صرح بالإعارة للترزين فيتفي أن يقطع بالصحة . وفي « الجواهر » للمالكية : ولو استعيرت الدرهم والدنانير لتبقى أعيانها كالصيرفي ما يجعلها بين يديه ليرى أنه ذو مال فيقصده البائع والمشتري ، أو الرجل يكون عليه دين ونقل ما في يديه فيستعيرها لذلك فهذا يضمن إذا لم تقم البيئة على تلفها ، ولا يضمن مع الشهادة على ذهابها .

وفي « المغني » قال أبو بكر البلخي : قال أعرتك هذه الصنعة من أكثر من يد فأخذها كلها فعليه مثلها أو قيمتها ، لما أن إعارة ما لا ينقطع إلا بهلاكه قرض . قال أبو الليث : الجواب هكذا إذا لم يكن بينهما مباسطة أو دلالة الإباحة ، وقوله : والمكيل يتناول كل مكيل ، والموزون يتناول كل موزون ، والمعدود يتناول كل المعدود . وقال الحاكم في « كافي » : وعارية الدرهم والدنانير والفلوس قرض ، وكذلك كل ما يكال أو يوزن أو يعد عدداً مثل الجوز والبيض ، انتهى .

وفي العارية وكذلك الأقطان والصوف والإبريسم والميك والكافور وسائر متاع العطر والصيدلة لا يقع عليها الإجارة على منافعها قرض كذلك .

م : (لأن الإعارة تمليك المنافع ، ولا يملك الانتفاع بها) ش : أي بالأشياء المذكورة م : (إلا باستهلاك عينها ، فاقضى تمليك العين ضرورة ، وذلك) ش : أي تمليك العين م : (بالهبة أو القرض ، والقرض أدناها) ش : يعني ضرراً على المعير ، لأنه يوجب المثل ، والهبة لا توجب م : (فيثبت) ش : أي الأدنى ، لأنه الثابت يقيناً م : (أو لأن من قضية الإعارة الانتفاع) ش : أي انتفاع المستعير م : (ورد العين) ش : أي إلى المعير وقد عجز عن رده للاستهلاك م : (فأقيم رد المثل مقامه) ش : أي مقام العين .

قالوا : هذا إذا أطلق الإعارة ، أما إذا عين الجهة بأن استعار الدراهم ليعاير بها ميزاناً أو يزين بها دكاناً لم تكن قرضاً ولا يكون له إلا المنفعة المسماة ، فصار كما إذا استعار آتية يتجمل بها ، أو شيئاً محلي يتقلده . قال : وإذا استعار أرضاً لبني فيها أو ليفرس جاز وللمعير أن يرجع فيها ويكلفه قلع البناء والفرس ، أما الرجوع فلما بينا ، وأما الجواز فلأنها منفعة معلومة تملك بالإجارة فكذا بالإعارة ، وإذا صح الرجوع بقي المستعير شاغلاً أرض المعير فيكلف تفريغها . ثم إن لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه لأن المستعير مفتر غير مفرور ، حيث اعتمد إطلاق العقد من غير أن يسبق منه الوعد . وإن كان وقت العارية ورجع قبل الوقت صح رجوعه لما ذكرنا ،

م : (قالوا) ش : أي المشايخ : م : (هذا إذا أطلق الإعارة ، أما إذا عين الجهة بأن استعار الدراهم ليعاير بها ميزاناً) ش : من عايرت المكاييل أو الموازين إذا قابلها ، والمعيار الذي يقاس به غيره ويسوى ، وفي بعض النسخ ليعير بها ، وهذا خطأ ، والصواب يعاير ، قال الجوهري : عايروا مكاييلك وموازينك ولا تقل عيروا م : (أو يزين بها) ش : أي بالدراهم والدنانير م : (دكاناً لم تكن قرضاً ، ولا يكون له إلا المنفعة المسماة ، فصار كما إذا استعار آتية يتجمل بها أو شيئاً محلي يتقلده) ش : أو منطقة مفضضة أو خانماً ونحو ذلك فكل ذلك لا يكون قرضاً ، لأن الانتفاع بهذه الأعيان مع بقائها يمكن ، فصار نظير سائر العواري .

م : (قال) ش : أي القدوري : م : (وإذا استعار أرضاً لبني فيها أو ليفرس جاز ، وللمعير أن يرجع فيها ويكلفه) ش : أي يكلف المستعير م : (قلع البناء والفرس) ش : بفتح الغين وكسرهما ، كذا في « المغرب » م : (أما الرجوع فلما بينا) ش : يعني عند قوله وللمعير أن يرجع متى شاء م : (وأما الجواز فلأنها) ش : أي فلأن م : (منفعة معلومة تملك بالإجارة ، فكذا بالإعارة) ش : دفعاً للحاجة م : (وإذا صح الرجوع بقي المستعير شاغلاً أرض المعير ، فيكلف تفريغها ثم إن لم يكن) ش : أي المعير م : (وقت العارية فلا ضمان عليه ، لأن المستعير مفتر غير مفرور) ش : يعني من جانب المعير م : (حيث اعتمد إطلاق العقد) ش : وظن أن يتركها في يده مدة طويلة م : (من غير أن يسبق منه الوعد) ش : أي من المعير .

م : (وإن كان) ش : أي المعير م : (وقت العارية ورجع قبل الوقت صح رجوعه لما ذكرنا) ش : من أن له الرجوع متى شاء ، وعند مالك ليس له الرجوع قبل مضي المدة .

وفي « الجواهر » : متى كانت العارية إلى أجل معلوم أو كان لها قدر معلوم كعارية الدابة إلى موضع كذا ، أو العبد لبني بناء أو ليخيط له ثوباً فهي له لازمة كهبة الرقاب ، فإن لم يضرب أجلاً ولا كان لها مدة انقضاء فهي لازمة أيضاً بالقول والقبول ، وليس له الرجوع فيها ويلزمه إبقاؤها مدة ينتفع بها فيها لا انتفاع المعتاد بمثلها عند استيفائها .

ولكنه يكره لما فيه من خلف الوعد وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع ، لأنه مغرور من جهته حيث وقت له ، فالظاهر هو الوفاء بالعهد فيرجع عليه دفعا للضرر عن نفسه ، كذا ذكره القدوري في « المختصر » . وذكر الحاكم الشهيد - رحمه الله - أنه يضمن رب الأرض للمستعير قيمة غرسه

م: (ولكنه يكره لما فيه من خلف الوعد) ش: أي لما في الرجوع في الوقت من خلف الوعد وهي شعبة من النفاق م: (وضمن المعير ما نقص البناء والغرس) ش: أي نقصان م: (بالقلع) ش: أي بسبب القلع .

ووجهه إما ينظر كم يكون قيمة البناء والغرس إذا بقي إلى المدة المضروبة فيضمن ما نقص من قيمته ، أي نقصان البناء والغرس فكلمة ما مصدرية ، ويجوز أن تكون موصولة بمعنى الذي نقص البناء ، فعلى هذا يكون البناء والغرس مرفوعين على الفاعلية على الأول ، وعلى الثاني يكونان منصوبين على المفعولية والغرس بكسر الغين ، وروي بالفتح على إرادة المغروس فيضمن ما نقص من قيمته ، يعني إذا كانت قيمة البناء إلى المدة المضروبة عشرة دنائير مثلا ، وإذا قلع في الحال يكون قيمة النقص دينارين يرجع بهما ، وقال زفر - رحمه الله - لا يضمن لأن التوقيت والإطلاق سواء لبطلان الأجل في العواري .

ودليلنا هو قوله م: (لأنه مغرور من جهته) ش: أي لأن المستعير مغرور من جهة المعير م: (حيث وقت له ، فالظاهر هو الوفاء بالعهد فيرجع عليه دفعا للضرر عن نفسه ، كذا ذكر القدوري في المختصر) ش: حيث قال وإن وقت العارية فرجع قبل الوقت ضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع .

فإن قيل : الغرور الموجب للضمان هو ما كان في ضمن عقد المعاوضة ، والإعارة ليست كذلك .

قيل له : إن التوقيت من المعير التزام منه لقيمة البناء والغرس إن أراد إخراجه قبل ذلك الوقت معنى ، وتقدير كلامه ابن في هذه الأرض لنفسك على أن أتركها في يدك إلى مدة كذا ، فإن لم أتركها فأنا ضامن لك بقية مالك ، وذلك لأن كلام العاقل محمول على الفائدة ما أمكن ، وحيث كانت الإعارة بدون التوقيت صحيحة شرعا لا بد من فائدة كذكر الوقت وذلك ما قلنا .

م: (وذكر الحاكم الشهيد - رحمه الله -) ش: وهو ابن الفضل محمد بن أحمد السلمي المروزي صاحب التصانيف مصنف « الكافي » و« المتقى » وغير ذلك ، استشهد في ربيع الآخر سنة أربع وثلاثين ومائتين م: (أنه) ش: أي أن الشأن م: (يضمن رب الأرض للمستعير قيمة غرسه

وبنائته ، ويكونان له إلا أن يشاء المستعير أن يرفعهما ولا يضمه قيمتهما ، فيكون له ذلك ، لأنه ملكه . قالوا : إذا كان في القلع ضرر بالأرض فالحيار إلى رب الأرض ، لأنه صاحب أصل ، والمستعير صاحب تبع ، والترجيح بالأصل .

وبنائته ، ويكونان (ش : أي الغرس والبناء م : (له) ش : أي لرب الأرض م : (إلا أن يشاء المستعير أن يرفعهما ولا يضمه قيمتهما ، فيكون له ذلك لأنه ملكه) ش : أي لأن كل واحد من الغرس والبناء ملك المستعير .

م : (قالوا) ش : أي المشايخ والمتأخرون : م : (إذا كان في القلع ضرر بالأرض فالحيار إلى رب الأرض ، لأنه صاحب أصل ، والمستعير صاحب تبع) ش : وهو الغرس أو البناء م : (والترجيح بالأصل) ش : أن يكون بالأصل .

ومذهب الشافعي في هذا ذكره في « الروضة » أن إعارة الأرض للبناء والغرس نوعان : مطلقة ومقيدة ، ففي المطلقة للمستعير أن يبني ويغرس ما لم يرجع المعير ، فإذا رجع لم يكن له البناء والغرس ولو فعل وهو عالم بالرجوع قلع مجاناً وكلف تسوية الأرض كالغاصب ، وإن كان جاهلاً فوجهان .

وأما ما بني وغرس قبل الرجوع فإن أمكن رفعه من غير نقص يدخله رفع وإلا فينظر إن شرط عليه القلع مجاناً عند رجوعه وتسوية الحفر لزمه ، فإن امتنع قلعه المعير مجاناً ، وإن شرط القلع دون التسوية ، وإن لم يشرط القلع نظر إن أراد المستعير أمكن منه ويلزمه تسوية الحفر على الأصح ، وإن لم يردده لم يكن للمعير قلعه مجاناً ، ولكن يتخير المعير بين ثلاث خصال : أن يبقيه بأجرة يأخذها ، أو أن يقلع ويغرم أرش النقص وهو قدر التفاوت بين قيمته ثابتاً ومقلوعاً ، أو أن يملكه بقيمته .

وفي المقيدة للمستعير البناء والغرس إلا أن يرجع المعير وله أن يحدد كل يوم غرساً ، وبعد انقضاء المدة ليس له إحداث البناء والغرس ، وإذا رجع المعير قبل المدة أو بعدها فالحكم كما لو رجع في الأول . لكن هنا وجه أنه لا يتمكن من الرجوع قبل المدة ، وقوله : إنه إذا رجع بعد المدة فله القلع مجاناً قاله الساجي .

والمذهب الأول ومذهب أحمد ما ذكره في « حاويهم » : وإن أعار أرضاً لغرس أو بناء مطلقاً أو إلى مدة فرجع وقد شرط القلع متى رجع أو عند انقضاء المدة ففرغت لزمه القلع ولم يلزم المعير انقضاء ، ولا المستعير تسوية الأرض إلا بشرط ، وإن لم يشترط قلعه فالمعير أخذه بقيمته أو قلعه وضمن نقصه ، فإن قلع فالمستعير التسوية وإن بنى ذلك فعليه البيع ولا يبقى مجاناً .

ولو استعارها ليزرعها لم يؤخذ منه حتى يحصد الزرع وقت أو لم يوقت ، لأن له نهاية معلومة ، وفي الترك بالأجر مراعاة الحقين ، بخلاف الغرس لأنه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعاً للضرر عن المالك . قال : وأجرة رد العارية على المستعير ، لأن الرد واجب عليه لما أنه قبضه لمنفعة نفسه ، والأجرة مؤنة الرد ، فتكون عليه . وأجرة رد العين المستأجرة على المؤجر ، لأن الواجب على المستأجر التمكين والتخلية دون الرد ، فإن منفعة قبضه سالمة للمؤجر معنى ، فلا يكون عليه مؤنة رده ، وأجرة رد العين المغصوبة

م : (ولو استعارها) ش : أي الأرض م : (ليزرعها لم يؤخذ منه حتى يحصد الزرع) ش : قال الأترابي : قيل : ينبغي أي يروي على بناء المفعول ، والثلاثي المجرد ، والأصح أن يروى بكسر الصاد من الإحصاء ، يقال احصد الزرع إذا حان حصاده .

قلت : كلاهما يجوز والأولى الأول للكثرة وقلة الباب الثاني فافهم .

م : (وقت أو لم يوقت) ش : أراد أن الأرض تترك في يده بطريق الإجارة بأجر المثل . سواء عين مدة أو لا ، والتوقيت هو تعيين الوقت م : (لأن له) ش : أي للزرع م : (نهاية معلومة وفي الترك بالأجر مراعاة الحقين) ش : أي حق المعير والمستعير كما في الإجارة إذا نقصت المدة والزرع لم يدرك بعد فإنه يترك الأرض في يده بأجر مراعاة للجانيين ، كذا هنا ، وبه قال الشافعي - رحمه الله - في وجهه ، ومالك وأحمد في وجهه .

وعن أحمد : إن كان مما تحصد قصيلاً بلا ضرر فله الرجوع لعدم الضرر فيه .

ثم إذا استحصد الزرع فصاحب الأرض يأخذ الأرض مع الأجر . وقال أبو إسحاق الحافظ : إنما يجب الأجر لصاحب الأرض إذا أجر الأرض منه أو القاضي بعد مضي المدة بدون ذلك ، فلا يجب الأجر وفي أكثر الروايات لم يشترط ذلك ، وقد قيل : يقتضي تعليل المصنف بقوله : لأن له نهاية معلومة أن لا يجوز الرجوع قبل الوقت في الموقته ، لأن له نهاية معلومة ، ولأن الوقت منصوص عليه هنا ، وفي الإعارة للزرع الوقت ثابت دلالة والنص أقوى من الثلاثة دلالة . م : (بخلاف الغرس ، لأنه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعاً للضرر عن المالك) ش : لأن في إبقائه ضرراً له والضرر مدفوع .

م : (قال) ش : أي القدوري : م : (وأجرة رد العارية على المستعير ، لأن الرد واجب عليه لما أنه قبضه لمنفعة نفسه والأجرة مؤنة الرد فتكون عليه) ش : لأن الغرم بالغنم ، وهذا لا خلاف فيه م : (وأجرة رد العين المستأجرة ، على المؤجر ، لأن الواجب على المستأجر التمكين والتخلية دون الرد ، فإن منفعة قبضه سالمة للمؤجر معنى) ش : لأنه سلم له ما شرط من أجرة العين م : (فلا يكون عليه) ش : أي على المستأجر م : (مؤنة رده) ش : لما ذكرنا من أن الغرم بالغنم م : (وأجرة رد العين المغصوبة

على الغاصب ، لأن الواجب عليه الرد ، والإعادة إلى يد المالك دفعاً للضرر عنه ، فتكون مؤنة الرد عليه . قال : وإذا استعار دابة فردها إلى إصطبل مالكها فهلكت لم يضمن ، وهذا استحسان ، وفي القياس يضمن ، لأنه ما ردها إلى مالكها بل ضيعها . وجه الاستحسان أنه أتى بالتسليم المتعارف ، لأن رد العواري إلى دار المالك معتاد كآلة البيت تعار ثم ترد إلى الدار ، ولو ردها إلى المالك فالمالك يردها إلى المربط فصح رده ، وإن استعار عبداً فرده إلى دار المالك ولم يسلمه إليه لم يضمن لما بينا . ولو رد العين المصوب أو الوديعة إلى دار المالك ولم يسلمه إليه ضمن ، لأن الواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك بالرد إلى المالك دون غيره والوديعة لا يرضى المالك بردها إلى الدار ولا إلى يد من في العيال ، لأنه لو ارتضاه لما أودعها إياه بخلاف العواري لأن فيها عرفاً حتى لو كانت العارية عقد جوهر لم يردها إلا إلى المعير لعدم ما ذكرناه من العرف فيه .

على الغاصب ، لأن الواجب عليه الرد والإعادة إلى يد المالك دفعاً للضرر عنه ، فتكون مؤنة الرد عليه (ش : لقوله عليه السلام : « على اليد ما أخذت حتى ترد » ولا خلاف فيه .

م : (قال) ش : أي القدوري : م : (وإذا استعار دابة فردها إلى إصطبل مالكها فهلكت لم يضمن وهذا) ش : أي عدم الضمان م : (استحسان . وفي القياس : يضمن لأنه ما ردها إلى مالكها بل ضيعها) ش : وبه قال الشافعي وأحمد ومالك في الأصح .

م : (وجه الاستحسان أنه أتى بالتسليم المتعارف ، لأن رد العواري إلى دار المالك معتاد كآلة البيت تعار ثم ترد إلى الدار ، ولو ردها إلى المالك فالمالك يردها إلى المربط فصح رده) ش : بفتح الميم موضع الربط . وذكر التمرتاشي عن أبي سلمة : إن كان المربط خارج الدار لم يبرأ لأن الظاهر أنها تكون هنالك بلا حافظ ، وقيل : هذا في عاداتهم .

م : (وإن استعار عبداً فرده إلى دار المالك ولم يسلمه إليه لم يضمن) ش : هذا لفظ القدوري أيضاً ، إلا أن لفظه في أكثر النسخ : وإن استعار عينا فردها إلى دار المالك م : (لما بينا) ش : أشار به إلى قوله : لأن رد العواري إلى دار المالك معتاد ، فعلى هذا إذا استعار عقداً لم يردها إلا إلى المعير للعرف كذلك .

م : (ولو رد العين المصوب أو الوديعة إلى دار المالك ولم يسلمه إليه ضمن) ش : هذه من مسائل القدوري أيضاً م : (لأن الواجب على الغاصب فسخ فعله ، وذلك بالرد إلى المالك دون غيره ، والوديعة لا يرضى المالك بردها إلى الدار ولا إلى يد من في العيال ، لأنه لو ارتضاه لما أودعها إياه ، بخلاف العواري لأن فيها عرفاً ، حتى لو كانت العارية عقد جوهر) ش : بكسر العين ، وسكون القاف وهو القلادة ويجمع على عقود م : (لم يردها إلا إلى المعير لعدم ما ذكرناه من العرف فيه) ش : أي في حكم رد عقد الجوهر .

قال : ومن استعار دابة فردها مع عبده أو أجيره لم يضمن والمراد بالأجير أن يكون مسانته أو مشاهرة ، لأنها أمانة فله أن يحفظها بيد من في عياله كما في الوديعة . بخلاف الأجير مياومة ، لأنه ليس في عياله ، وكذا إذا ردها مع عبد رب الدابة أو أجيره ، لأن المالك يرضى به ، ألا ترى أنه لو رده إليه فهو يرده إلى عبده ، وقيل هذا في العبد الذي يقوم على الدواب . وقيل فيه وفي غيره وهو الأصح ، لأنه وإن كان لا يدفع إليه دائماً يدفع إليه أحياناً ، وإن كان ردها مع أجنبي ضمن ، ودلت المسألة على أن المستعير لا يملك الإيداع قصداً كما قاله بعض المشايخ - رحمهم الله - ، وقال بعضهم يملكه ، لأنه دون الإعارة ، وأولوا هذه المسألة بانتفاء الإعارة لانقضاء المدة .

م : (قال) ش : أي في « الجامع الصغير » : م : (ومن استعار دابة فردها مع عبده أو أجيره لم يضمن) ش : أراد بالأجير السائس ، وبه قال أحمد وقياس قول الشافعي أن يضمن كما في الوديعة م : (والمراد بالأجير أن يكون مسانته أو مشاهرة ، لأنها أمانة ، فله أن يحفظها بيد من في عياله كما في الوديعة ، بخلاف الأجير مياومة ، لأنه ليس في عياله ، وكذا إذا ردها) ش : أي الدابة المستعارة م : (مع عبد رب الدابة أو أجيره ، لأن المالك يرضى به ، ألا ترى أنه لو رده إليه فهو يرده) ش : أي لو رد المستعير الدابة إلى المالك فهو يرده م : (إلى عبده) ش : وتذكير الضمير في الموضعين باعتبار الحيوان أو الحمار ونحوه .

م : (وقيل هذا) ش : أي عدم الضمان بالرد إلى عند رب الدابة م : (في العبد الذي يقوم إلى الدواب) ش : وهو السائس م : (وقيل فيه وفي غيره) ش : إن قيل عدم الضمان في العبد الذي يقوم على الدواب وفي غيره م : (وهو الأصح) ش : أي القول الثاني وهو الأصح م : (لأنه) ش : أي لأن مالك الدابة م : (وإن كان لا يدفع إليه دائماً) ش : أي إلى عبده الذي ليس يقوم على الدواب دايماً بكسر الياء وآخر الحروف بعدها باءً موحدة ومعناه دائماً م : (يدفع إليه أحياناً) ش : أي في بعض الأحيان م : (وإن كان ردها مع أجنبي ضمن) ش : يعني إذا هلك ، لأنه ليس بنائب عن المالك ، فصار متعدياً م : (ودلت المسألة) ش : أي المسألة المذكورة م : (على أن المستعير لا يملك الإيداع قصداً) ش : لما وضعه في يد الأجنبي للرد كان إيداعاً م : (كما قاله بعض المشايخ - رحمهم الله -) ش : منهم الكرخي والبقالي .

م : (وقال بعضهم) ش : أي بعض المشايخ وهم مشايخ العراق : م : (يملكه) ش : أي يملك المستعير الإيداع م : (لأنه دون الإعارة) ش : أي لأن لإيداع دون الإعارة لأنه لما ملك الإعارة مع أن فيها إيداعاً وتمليك المنافع ، فلا يملك الإيداع وليس فيه تمليك المنافع أولى ، وبه أخذ أبو الليث والفضلي . وفي « الكافي » وعليه الفتوى م : (وأولوا) ش : أي أول مشايخ العراق م : (هذه المسألة بانتفاء الإعارة لانقضاء المدة) ش : أراد أن هذه المسألة فيما إذا كانت العارية موقته وقد انتهت باستيفاء مدتها ، وحيث يصير المستعير مودعاً والمودع لا يملك الإيداع بالاتفاق .

قال : ومن أعار أرضاً بيضاء للزراعة يكتب إنك أطعمتني عند أبي حنيفة - رحمه الله - . وقالوا : يكتب إنك أعرتني ، لأن لفظة الإعارة موضوعة له والكتابة بالموضوع أولى ، كما في إعارة الدار . وله أن لفظة الإطعام أدل على المراد ، لأنها تختص بالزراعة والإعارة تنتظمها وغيرها كالبناء ، ونحوه فكانت الكتابة بها أولى ، بخلاف الدار لأنها لا تعار إلا للسكنى ، والله أعلم بالصواب .

م : (قال : ومن أعار أرضاً بيضاء للزراعة يكتب إنك أطعمتني عند أبي حنيفة - رحمه الله - . وقالوا يكتب إنك أعرتني ، لأن لفظة الإعارة موضوعة له) ش : أي لعقد الإعارة م : (والكتابة بالموضوع له أولى كما في إعارة الدار) ش : حيث لا يكتب أسكتني ، وكذا في إعارة الثوب لا يكتب ألبيتني ، وبه قالت الثلاثة .

م : (وله) ش : أي ولأبي حنيفة م : (أن لفظة الإطعام أدل على المراد) ش : من الإعارة م : (لأنها) ش : أي لأن لفظة الإطعام م : (تختص بالزراعة والإعارة تنتظمها) ش : أي تشملها م : (وغيرها) ش : أي ويتنظم غيرها أيضاً م : (كالبناء ونحوه) ش : مثل نصباً لفسطاط م : (فكانت الكتابة بها) ش : أي لفظة الإطعام م : (أولى ، بخلاف الدار لأنها لا تعار إلا للسكنى والله أعلم بالصواب) ش : والغرض يصير إليه معلوماً بقوله أعرتني ، وكذا في الثوب . والله أعلم بالصواب .

كتاب الهبة

الهبة عقد مشروع لقوله عليه الصلاة والسلام : « تهادوا تحابوا » ،

م: (كتاب الهبة)

ش: وجه المناسبة بين الكتابين من حيث إن كلا منهما مشتمل على التملك ، إلا أن العارية مفردة والهبة مركبة ، لأن في العارية تملك المنفعة فقط ، وفي الهبة تملك العين مع المنفعة والهبة في اللغة مصدر من وهب يهب ، وأصلها وهب لأنه معتل الفاء كالعدة أصلها وعدة ، فلما حذفت الواو تبعاً لفعله عوضت عنها الهاء ، فقليل هبة وعدة ومعناها إيصال الشيء للغير بما ينفعه ، سواء كانت مالا أو غير مال ، يقال وهبت له مالا ووهب الله فلاناً ولدأ صالحاً ، ويقال وهبه مالا أيضاً ولا يقال وهب منه ، ويسمى الموهوب هبة وموهبة ، والجمع هبات ومواهب واتهبه منه إذا قبله ، واستوهبه إذا طلب الهبة ، وفي الشرع هي تملك المال بلا عوض .

م: (والهبة عقد مشروع لقوله عليه الصلاة والسلام: « تهادوا تحابوا »)^(١) ش: هذا الحديث رواه من الصحابة أبو هريرة وابن عمرو بن العاص وابن عمر وعائشة ، - رضي الله عنهم - أجمعين .

أما حديث أبي هريرة فرواه البخاري في كتابه « المفرد في الآداب » حدثنا عمرو بن خالد ثنا ضمام بن إسماعيل سمعت موسى بن وردان عن أبي هريرة عن النبي عليه السلام قال : « تهادوا تحابوا » . وأخرجه النسائي في كتاب « الكنى » عن أبي الحسين محمد بن بكير الحضرمي عن ضمام بن إسماعيل به ، وكذلك رواه أبو يعلى الموصلي في « مسنده » والبيهقي في « شعب الإيمان » وابن عدي في « الكامل » وأعله بضمام وقال : إن أحاديثه لا يرويه غيره .

وأما حديث ابن عمر - رضي الله عنهما - فرواه الحاكم في كتاب « علوم الحديث » فقال : سمعت أبا زكريا العنبري قال : سمعت أبا عبد الله البوشنجي ثنا يحيى بن بكير عن ضمام بن إسماعيل عن أبي قبيل المعافري عن عبد الله بن عمرو أن النبي عليه السلام قال : « تهادوا تحابوا » .

وأما حديث ابن عمر - رضي الله عنهما - فرواه أبو القاسم الأصبهاني في كتاب « الترغيب والترهيب » من حديث إسماعيل بن إسحاق الراشدي ثنا محمد بن داود بن عبد الجبار عن أبيه

(١) ضعيف : سبق تخريجه .

وعلى ذلك انعقد الإجماع . ونصح بالإيجاب والقبول والقبض . أما الإيجاب والقبول ، فلا أنه عقد ، والعقد ينعقد

عن العوام بن حوشب عن شهر بن حوشب عن ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ : « تهادوا تحابوا » .

وأما حديث عائشة - رضي الله عنها - فرواه الطبراني في « معجمه الأوسط » ثنا محمد بن يحيى بن محمد بن السكن ثنا ربحان بن سعيد ثنا عرعة بن يزيد ثنا المثنى أبو حاتم العطار عن عبيد الله بن العيزار عن القاسم بن محمد بن أبي بكر عن عائشة قالت : قال رسول الله ﷺ : « تهادوا تحابوا ، وهاجروا تورثوا أولادكم مجدداً وأقبلوا الكرام عثراتهم » وأخرجه مالك في « الموطأ » مرسلأ عن عطاء الخراساني قال : قال رسول الله ﷺ : « تصافحوا يذهب الغل وتهادوا تحابوا وتذهب الشحناء » .

قوله : تهادوا - بفتح الدال وسكون الواو لأنه صيغة خطاب للجماعة من التهادي وأصله تهادي لأنك تقول تهاد تهادياً تهادياً قلبت الباء ألفاً لتحركها وانفتاح ما قبلها ثم حذفت لالتقاء الساكنين فصار تهادوا كما في مادة تعالوا وأصله تعاليوا . قال الله تعالى ﴿ قل يا أهل الكتاب تعالوا إلى كلمة سواء ﴾ (آل عمران ٦٤) . قوله : تحابوا بتشديد الباء المضمومة وهو أيضاً صيغة خطاب للجماعة ، وأصله تحابون ولكن سقطت النون لأنه جواب للأمر ، وأصله تحابوا ، لأنه من التحابب من المحبة ، أدغمت الباء في الباء . وقال الحاكم : تحابوا إما بتشديد الباء من الحب ، وإما بالتخفيف من المحابة .

قلت : ترجيح الأول الذي هو المشهور ما أخرجه البيهقي في شعب الإيمان عن صفية بنت حرب عن أم حكيم بنت وداع أو قال : وادع قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « تهادوا تزيدوا في القلب حباً » .

م : (وعلى ذلك) ش : أي كون الهبة مشروعة م : (انعقد الإجماع) ش : أي إجماع الأمة .

م : (وتنصح) ش : أي الهبة م : (بالإيجاب) ش : كقوله وهبت ونحوه ، هذا بمجرد في حق الواهب م : (والقبول) ش : كقوله قبلت م : (والقبض) ش : بالجر ، أي والقبض فلا يتم في حق الموهوب له إلا بالقبول والقبض كما يأتي ، لأنه عقد تبرع فيتم بالتبرع ، ولكن لا يملكه الموهوب له إلا بالقبول والقبض ، وثمرة ذلك فيمن حلف لا يهب فوهب ولم يقبل الموهوب له يحنث . وعند زفر لا يحنث بلا قبول وقبض كما في البيع ، فلا يتم ، أو حلف على أن لا يهب فلائناً فوهبه ولم يقبل يرد في يمينه عندنا .

م : (أما الإيجاب والقبول فلا أنه عقد) ش : أي فلائ الهبة عقد نحو سائر العقود ، وذكر

بالإيجاب والقبول والقبض لا بد منه لثبوت الملك . وقال مالك - رحمه الله - يثبت الملك فيه قبل القبض اعتباراً بالبيع ، وعلى هذا الخلاف الصدقة . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام : « لا تجوز الهبة إلا مقبوضة » ،

الضمير باعتبار العقد م : (والعقد ينعقد بالإيجاب والقبول) ش : لأن قيام العقد بهما م : (والقبض لا بد منه لثبوت الملك) ش : وبه قال الشافعي وأحمد وأكثر الفقهاء والتابعين ، إلا أن أحمد يقول : إن كانت الهبة عيناً تصح بدون القبض في الأصح ، وفي المكيل والموزون لا يصح بدون القبض .

م : (وقال مالك - رحمه الله - : يثبت الملك فيه قبل القبض اعتباراً بالبيع) ش : لأنه عقد لازم يقبل الملك فلم يتوقف على القبض كالبيع ، ولأنه إزالة ملك بغير عوض فلا يعتبر فيه القبض كالوصية والوقف ، وبه قال أبو ثور والشافعي في القديم وابن أبي ليلى وفي كتاب « التفریع » لأصحاب مالك : وفيمن وهب شيئاً من ماله لزمه دفعه إلى الموهوب له إذا طالبه به ، فإن أبى ذلك حكم به عليه إذا أقر أو قامت عليه البينة ، وإن أنكر الهبة حلف عليها وبرئ منها ، وإن نكل عن اليمين حلف الموهوب له وأخذها منه .

وإن مات الواهب قبل دفعها إلى الموهوب له فلا شيء له إذا كان قد أمكنه أخذها ففرط فيها ، وإن مات الموهوب له قبل قبضها قام ورثته مقامه في مطالبة الواهب بهيته انتهى . وقال الخرقي من أصحاب أحمد : لا تصح الهبة والصدقة فيما يكال ويوزن إلا بقبضه ، ويصح في غير ذلك بغير قبض إذا قبل كما يصح في البيع . م : (وعلى هذا الخلاف الصدقة) ش : فعندنا يشترط فيها القبض خلافاً لمالك - رحمه الله .

م : (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام : « لا تجوز الهبة إلا مقبوضة »)^(١) ش : هذا حديث منكر لا أصل له ، والعجب من الكاكي حيث يقول : قيل : هذا الحديث غير مرفوع ، بل قول علي وعمر - رضي الله عنهما - ولم يبين ذلك ، وليس كذلك بل هذا الذي ذكره المصنف قول إبراهيم النخعي رواه عبد الرزاق في مصنفه وقال : أخبرنا سفيان الثوري عن منصور عن إبراهيم قال : لا تجوز الهبة حتى تقبض والصدقة تجوز قبل أن تقبض . وأما قول عمر - رضي الله عنه - فهو ما رواه البيهقي من حديث يزيد بن زريع نا سعيد عن قتادة عن يحيى بن يعمر عن أبي موسى قال عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - : لا محال ميراث ما لم يقبض .

والأحسن أن يستدل على اشتراط القبض في الهبة بما أخرجه البيهقي من حديث عبد الله

(١) قال الحافظ الزيلعي : غريب .

والمراد نفى الملك ، لأن الجواز بدونه ثابت ولأنه عقد تبرع ، وفي إثبات الملك قبل القبض إلزام المتبرع شيئاً لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح بخلاف الوصية ، لأن أوان ثبوت الملك فيها بعد الموت

ابن وهب أنا مالك ويونس وغيرهما أن ابن شهاب أخبرهم عن عروة عن عائشة - رضي الله عنهما - « أن أبا بكر - رضي الله عنه - نحلها جذاذ عشرين وسقاً من مال الغابة ، فلما حضرته الوفاة قال : والله يا بنية ما من الناس أحد أحب إلي غنى بعدي منك ولا أعز علي فقرأ بعدي منك ، إلا أنني كنت نحلتك من مالي جذاذ عشرين وسقاً ، فلو كنت جذذته واحتزرت به كان لك ذلك ، وإنما هم أخواك وأختاك فاقسموه على كتاب الله عز وجل . . الحديث ، كذا رواه الطحاوي في شرح الآثار وقال : حدثنا يونس أخبرنا ابن وهب أن مالكاً حدثه . . إلى آخره ، فهذا أدل دليل على اشتراط القبض وبه استدلل في « المبسوط » وأصحاب الشافعي في كتبهم .

قوله : نحلها ، أي وهب لها ، والجذاذ بكسر الجيم من جذذت الشيء أجذذه بالضم جذاً قطعته ، وروي جاذ عشرين وسقاً .

قال الخطابي : الجاذ بمعنى المجذوذ فاعل بمعنى مفعول والوسق ستون صاعاً . والغابة بالغين المعجمة وبعد الألف باء موحدة مخففة وهو موضع مشهور بالمدينة ، وفي رواية من ماله بالعالية ، وهو أيضاً موضع بالمدينة .

م : (والمراد نفى الملك) ش : أي المراد من قوله عليه السلام « لا تجوز الهبة إلا مقبوضة » عدم ثبوت حكم الهبة وهو الملك م : (لأن الجواز) ش : أي جواز الهبة م : (بدونه ثابت) ش : أي بدون الملك ، لأن الجواز ثابت قبل القبض بالاتفاق .

م : (ولأنه) ش : أي ولأن عقد الهبة م : (عقد تبرع ، وفي إثبات الملك قبل القبض إلزام المتبرع شيئاً) ش : وعقد التبرع لم يلزم به شيء م : (لم يتبرع به وهو التسليم) ش : أي الذي لم يتبرع به هو التسليم م : (فلا يصح) ش : لأن من ضرورات الملك التسليم ، ورد بأن المتبرع بالشيء قد يلزمه مالم يتبرع به إذا كان من تامة ضرورة تصحيحه كمن نذر أن يصلي وهو محدث لزمه الوضوء ومن شرع في صوم أو صلاة لزمه الإتمام .

وأجيب : بأنه مغالطة ، فإن ما لا يتم الشيء إلا به فهو واجب إذا كان ذلك الشيء واجباً كما ذكرت في الصوم ، فإنه يجب بالنذر أو الشرع ، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب والهبة عقد تبرع ابتداء وانتهاء ، فإنه لو وهب وسلم جازله الرجوع فكيف قبل التسليم فلا يجب ما يتم به .

م : (بخلاف الوصية ، لأن أوان ثبوت الملك فيها بعد الموت) ش : لما قاس مالك الهبة على

ولا إلزام على المتبرع لعدم أهلية اللزوم وحق الوارث متأخر عن الوصية ، فلم يملكها . فإن قبضه الموهوب له في المجلس بغير أمر الواهب جاز استحساناً . وإن قبض بعد الافتراق لم يجز إلا أن يأذن له الواهب في القبض ، والقياس أن لا يجوز في الوجهين ، وهو قول الشافعي - رحمه الله - لأن القبض تصرف في ملك الواهب إذ ملكه قبل القبض باق فلا يصح بدون إذنه .

الوصية والوقف في عدم اشتراط القبض ، أجاب عن ذلك بقوله بخلاف الوصية أراد أن بين الهبة والوصية فرقاً ، وهو أن الملك لا يثبت في الوصية إلا بعد الموت ، وحينئذ لا يتصور الإلزام على المتبرع لعدم أهلية اللزوم ، وهو معنى قوله م : (ولا إلزام على المتبرع لعدم أهلية اللزوم) ش : يعني بالموت .

وكذلك القياس على الوقف غير صحيح ، لأنه إخراج ملك إلى الله تعالى والتصدق بمنفعته ، وفيه لا يشترط القبض م : (وحق الوارث متأخر) ش : جواب عما يقال الوارث يخلف الموصي في ملكه فوجب أن يتوقف ملك الموصى له على تسليم الوارث إليه ، وتقديره أن حق الوارث متأخر م : (عن الوصية فلم يملكها) ش : أي الوصية ، يعني لما يكن الوارث خليفة له فيها ليقام مقام الميت ، فلا معتبر لتسليمه ، لأنه لم يملكها ولا قام مقام المالك فيها .

م : (فلإن قبضها الموهوب له في المجلس بغير أمر الواهب جاز استحساناً) ش : هذا لفظ القدوري - رحمه الله - في مختصره ، يعني إن قبض الهبة الموهوب له في مجلس العقد بغير إذن الواهب جاز ، وصحت الهبة استحساناً . وقال الكرخي - رحمه الله - في مختصره : فإن أذن له في القبض فقبض الهبة بحضرته أو بغير حضرته جاز القبض ، وإن وهب له ديناً على رجل وأذن له أن يقبضه من الذي هو عليه جاز إذا قبض ذلك استحساناً أيضاً ، وإن لم يأذن له في قبض الدين لم تجز الهبة ، وإن قبضه الموهوب له وإن كان ذلك بحضرة الواهب ، لأن المالك الذي يقبض عن الدين ملك الذي عليه الدين حتى يقبضه صاحب الدين ، أو يجعل قبضه إلى غيره فيقبضه الغير .

م : (وإن قبض بعد الافتراق لم يجز إلا أن يأذن له الواهب في القبض ، والقياس أن لا يجوز في الوجهين) ش : أي فيما إذا قبض في المجلس بإذن الواهب ، وفيما إذا قبض بعد الافتراق بدون إذنه .

وبالقياس م : (وهو قول الشافعي - رحمه الله - : لأن القبض تصرف في ملك الواهب ملكه قبل القبض باق) ش : بالاتفاق ، بدليل صحة تصرفه من البيع والإعطاء م : (فلا يصح بدون إذنه) ش : لأن التصرف في ملك الغير بغير الإذن غير صحيح .

ولنا أن القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث إنه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك ، والمقصود منه إثبات الملك فيكون الإيجاب منه تسليطاً له على القبض ، بخلاف ما إذا قبض بعد الافتراق ، لأننا إنما أثبتنا التسليط فيه إلحاقاً له بالقبول ، والقبول يتقيد بالمجلس ، فكذا ما يلحق به . بخلاف ما إذا نهى عن القبض في المجلس ، لأن الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح .

م : (ولنا) ش : أراد به وجه الاستحسان ، قيل ذكر لنا ها هنا غير مناسب ، لأنه ذكر القياس والاستحسان ولم يذكر قول الخصم في المتن ، فلم يكن ذكر لنا مناسباً ، بل كان المناسب أن يقول وجه الاستحسان .

قلت : لما كان القياس هو قول الشافعي - رحمه الله - ووجه الاستحسان قولنا ناسبه أن يقول ولنا ، وأن لم يصرح بذكر الشافعي - رضي الله عنه - م : (أن القبض بمنزلة القبول في الهبة) ش : أي القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع ، وقوله في الهبة يتعلق بقوله أن القبض لا بقوله القبول ، فافهم . وكون القبض فيها مثل القبول في البيع م : (من حيث إنه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك) ش : أي على القبول ، فإذا كان القبض مثل القول لا يثبت حكم الملك إلا بالقبض ، كما لا يثبت الملك إلا بالقبول م : (والمقصود منه) ش : أي مقصود الواهب من عند الهبة م : (إثبات الملك) ش : للموهوب له م : (فيكون الإيجاب منه) ش : أي من الواهب م : (تسليطاً له على القبض) ش : تحصيلاً بمقصوده ، فكان أدنى دلالة .

م : (بخلاف ما إذا قبض بعد الافتراق) ش : حيث يشترط فيه الإذن صريحاً م : (لأننا) ش : وفي بعض النسخ لأنه ، أي لأن الشأن م : (إنما أثبتنا التسليط فيه إلحاقاً له) ش : أي للقبض م : (بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس ، فكذا ما يلحق به) ش : أي بالقبول وهو القبض .

م : (بخلاف ما إذا نهى) ش : كان ينبغي أن يقول وبخلاف بواو العطف عطفاً على قوله بخلاف ما إذا قبض بعد الافتراق ، لأن حكمها واحد ، وهذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال يلزم على هذا ما إذا نهى من القبض ، فإن التسليط موجود ولم يجوز له القبض . وتقرير الجواب أنه إذا نهى يعني صريحاً م : (عن القبض في المجلس) ش : بأن قال له لا تقبض فإنه لا يصح قبضه في المجلس وبعده م : (لأن الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح) ش : أراد بالدلالة الإذن الحاصل من إيجاب الواهب للقبض ، والصريح هو قوله لا تقبض فإن الإذن الذي حصل من الإيجاب دلالة تبطل بوجود صريح النهي ، لأن الدلالة لا تقابل الصريح وفيه مناقشتان :

الأولى : أن القبض لو كان بمنزلة القبول لما صح الأمر بالقبض بعد المجلس كالبيع .

الثانية : أن مقصود البائع من البيع ثبوت الملك للمشتري ، ثم إذا تم الإيجاب والقبول والمبيع حاضر لم يجعل إيجاب البائع تسليطاً على القبض ، حتى لو قبضه المشتري بدون إذنه

قال : وتنعقد الهبة بقوله وهبت ونحلت وأعطيت ، لأن الأول صريح فيه ، والثاني مستعمل فيه ، قال عليه الصلاة والسلام : « أكل أولادك نحلت مثل هذا » ، وكذلك الثالث يقال أعطاك الله ووهبك الله بمعنى واحد ، وكذا ينعقد بقوله أطعمتك هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لك ، وأعمرتك هذا الشيء ، وحملتك على هذه الدابة إذا نوى بالحمل الهبة . أما الأول فلأن الإطعام إذا أضيف إلى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين ، بخلاف ما إذا قال أطعمتك هذه

جاز له أن يسترده ويحبس الثمن .

الجواب عن الأولى أن الإيجاب من البائع شطر العقد وهو لا يتوقف على ما وراء المجلس ، وفي الهبة وجد عقد تمام وهو يتوقف على ما وراءه . وعن الثانية فإننا لا نسلم أن مقصود البائع من عقد البيع ثبوت الملك للمشتري بل مقصوده منه تحصيل الثمن لا غير وثبوت الملك له ضمنى فلا يعتبر به .

م : (قال) ش : أي القدوري - رحمه الله - : م : (وتنعقد الهبة بقوله وهبت ونحلت وأعطيت ، لأن الأول) ش : أي قوله وهبت م : (صريح فيه) ش : أي في عقد الهبة م : (والثاني) ش : أي قوله نحلت م : (مستعمل فيه) ش : أي في عقد الهبة ، أراد به مجاز فيه وهو أيضاً صريح ، لأن المجاز المتعارف كالصريح .

إلا أن قوله وهبت لما كان صريحاً حقيقة ونحلت وإخوته صريحاً مجازاً فرق بينهما م : (قال عليه الصلاة والسلام : « أكل أولادك نحلت مثل هذا ») ش : هذا الحديث أخرجه الأئمة الستة عن النعمان بن بشير قال إن أباه أتى النبي ﷺ فقال إني نحلت ابني هذا غلاماً كان لي فقال رسول الله ﷺ : « أكل ولدك نحلت مثل هذا » ؟ قال لا ، فقال رسول الله ﷺ : « فأرجعه » . أخرجه البخاري ومسلم في « الهبة » وأبو داود في « البيع » مختلفاً والمعنى واحد . والعجب من الكاكي مع ادعائه أن له اطلاعاً في الحديث أنه لما ذكر هذا الحديث قال : كذا في « المبسوط » ، فهذا قول من لم يحم حول كتب الحديث ولا طرق في سمعه اسم البخاري ومسلم ولا غيرهما .

م : (وكذلك الثالث يقال أعطاك الله ووهبك الله) ش : يعني أراد بالثالث قوله أعطيت أي هو أيضاً مستعمل في عقد الهبة مجازاً كما يقال أعطاك الله ووهبك الله م : (بمعنى واحد ، وكذا ينعقد بقوله أطعمتك هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لك ، وأعمرتك هذا الشيء وحملتك على هذه الدابة إذا نوى بالحمل الهبة) ش : هذه أربعة ألفاظ ، ثلاثة تنعقد بها الهبة مطلقاً والرابع وهو حملتك لا ينعقد به إلا بالنية على ما يجيء الآن .

م : (أما الأول) ش : يعني قوله أطعمتك هذا الطعام م : (فلأن الإطعام إذا أضيف إلى ما يطعم عينه ، يراد به تمليك العين) ش : بغير عوض ، فيكون هبة م : (بخلاف ما إذا قال أطعمتك هذه

الأرض حيث يكون عارية ، لأن عينها لا يطعم فيكون المراد أكل غلتها . وأما الثاني فلأن حرف اللام للتملك . وأما الثالث فلقوله عليه الصلاة والسلام : « فمن أعمر عمرى فهي للمعمر له ولورثته من بعده ، وكذا إذا قال : جعلت هذه الدار لك عمرى ، لما قلنا . وأما الرابع فلأن الحمل هو الإركاب حقيقة فيكون عارية ،

الأرض ، حيث يكون عارية لأن عينها لا يطعم) ش: أي لأن الأرض ، والتذكير باعتبار المذكور ، وفي بعض النسخ لأن عينها وهو الأصوب ، فيكون المعنى أطعمتك ما يحصل منها ، فكان تملكاً لمنفعة الأرض دون عينها م: (فيكون المراد أكل غلتها) ش: أي إذا كان كذلك يكون من قوله أكل غلة الأرض وهو ريعها . وقال الأترازي - رحمه الله - : ولنا في تقرير صاحب «الهداية» نظر ؛ لأنه قال إن الإطعام إذا أضيف إلى ما يطعم عينه يراد به تملك العين ، فعلى هذا ينبغي أن يكون المراد من الإطعام في الكفارة التملك لا الإباحة كما هو مذهب الخصم ، لأن المراد من الإطعام إطعام الطعام ، والطعام يؤكل عينه ، فكان الإطعام في الآية مضافاً إلى ما يطعم عينه فافهم .

قلت : لا نسلم أنه أضيف إلى ما يؤكل عينه بل هو مضاف إلى عشرة مساكين ، فافهم . م: (وأما الثاني) ش: يعني قوله جعلت هذا الثوب لك م: (فلأن حرف اللام للتملك) ش: فكان معناه ملكت هذا الثوب لك . ألا ترى أن في التملك بدل لا فرق بين لفظ الجعل والتملك ، فكذا في التملك بغير بدل ، وكسوتك هذا الثوب بمعناه لأنه لتملك العين قال الله تعالى : ﴿ وكسوتهم ﴾ والكفارة لا تتأدى إلا بتملك الثوب .

م: (وأما الثالث) ش: يعني قوله وأعمرت هذا الشيء م: (فلقوله عليه الصلاة والسلام فمن أعمر عمرى فهي للمعمر له ولورثته من بعده) ش: هذا الحديث أخرجه مسلم وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه عن جابر - رضي الله تعالى عنه - قال ، قال رسول الله ﷺ : « من أعمر رجلاً عمرى له ولعقبه فقد قطع قوله حقَّ فيها وهي لمن أعمر ولعقبه » .

م: (وكذا إذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى) ش: يقال أعمرت داري أو أرضاً أو إبلاً إذا أعطيتها إياها وقلت : هي لك عمري أو عمرك ، فإذا مت رجعت إلي ، والعمرى اسم م: (لما قلنا) ش: أشار به إلى قوله فلأن حرف اللام للتملك .

م: (وأما الرابع) ش: يعني قوله وحملتك على هذه الدابة م: (فلأن الحمل هو الإركاب حقيقة فيكون عارية) ش: قيل كيف يستقيم هذا القول وقد قال في العارية إن حملتك والتملك العين . قلت : قدر هذا النظر هناك .

لكنه يحتمل الهبة يقال حمل الأمير فلاناً على فرس ويراد به التملك فيحمل عليه عند نيته . ولو قال : كسوتك هذا الثوب يكون هبة ، لأنه يراد به التملك . قال الله تعالى : ﴿ أو كسوتهم ﴾ ، ويقال كسى الأمير فلاناً ثوباً ، أي ملكه منه . ولو قال : منحتك هذه الجارية كانت عارية لما روينا من قبل . ولو قال : داري لك هبة سكنى أو سكنى هبة فهي عارية ؛ لأن العارية محكمة في تملك المنفعة والهبة تحتملها وتحتمل تملك العين فيحمل المحتمل على المحكم .

وتحرير الجواب : أن قوله هاهنا حقيقة بالنظر إلى الوضع ، وقوله هناك لتمليك العين ، يعني في العرف والاستعمال ، ولكن الحقيقة ما هجرت بالعرف فيصير كأنه مشترك م : (لكنه يحتمل الهبة ، يقال حمل الأمير فلاناً على فرس) ش : أي ملكه إياها ، وهو معنى قوله م : (ويراد به التملك فيحمل عليه) ش : أي على التملك م : (عند نيته) ش : فإذا نوى ما يحتمله لفظه وفيه تشديد عليه فيعتبر نيته .

م : (ولو قال : كسوتك هذا الثوب يكون هبة) ش : هذا من مسائل « المبسوط » ذكره تفريعاً على مسألة القدوري رحمه الله م : (لأنه يراد به التملك ، قال الله تعالى ﴿ أو كسوتهم ﴾) ش : فإن المراد به تملك العين لا تملك المنفعة م : (ويقال كسى الأمير فلاناً ثوباً ، أي ملكه منه) ش : أي من فلان م : (ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية لما روينا من قبل) ش : أراد به ما ذكره من قوله عليه السلام « المنحة مردودة »^(١) ، ولكن إذا نوى التملك يثبت ، لأنه محتمل كلامه .

م : (ولو قال : داري لك هبة سكنى أو سكنى هبة فهي عارية) ش : وهذا من مسائل الجامع الصغير ، وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة - رحمه الله - : في الرجل يقول : هذا لك هبة سكنى ودفعها إليه قال هذه عارية . وإن قال : هي لك هبة تسكنها فهي هبة ، وإن قال هي لك سكن هبة فهي سكنى ، انتهى .

ونصب الهبة في الموضعين على الحال والتبيين لما في قوله داري لك من الإبهام م : (لأن العارية محكمة في تملك المنفعة والهبة تحتملها) ش : أي تحتل المنافع م : (وتحتمل تملك العين ، فيحمل المحتمل على المحكم) ش : يعني صار المحكم قاضياً على المحتمل ، فكأنه قال : سكنى داري لك فيكون عارية ، لأن العارية محكم .

فإن قلت : من أين تقول إنها محكم ؟ .

قلت : لأنها لا تحتمل تملك الرقبة ، لأنه خرج تفسير الأول الكلام فيعتبر به حكم أول الكلام . قالت الشراح : كان حق الكلام أن يقول : لأن السكنى محكم في تملك المنفعة ، وكذا

(١) صحيح : سبق تخريجه .

وكذا إذا قال عمرى سكنى أو نحلى سكنى أو سكنى صدقة أو صدقة عارية أو عارية هبة لما قدمناه . ولو قال : هبة تسكنها فهي هبة ؛ لأن قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير له وهو تنبيه على المقصود . بخلاف قوله هبة سكنى ، لأنه تفسير له . قال : ولا يجوز الهبة فيما يقسم إلا محوزة مقسومة

ذكره في « المبسوط » حيث قال : لأن السكنى محكم .

واجب : بأن السكنى لا يحتمل إلا العارية فأطلق عليه اسم العارية . م : (وكذا إذا قال عمرى سكنى أو نحلى سكنى) ش : بضم النون وسكون الحاء وهي العطية م : (أو سكنى صدقة) ش : بأن قال داري لك سكنى صدقة م : (أو صدقة عارية) ش : بأن قال داري لك صدقة م : (أو عارية هبة لما قدمناه) ش : ليحمل على المحكم .

م : (ولو قال هبة تسكنها فهي هبة) ش : ذكر في « المبسوط » . ولو قال : داري لك هبة تسكنها ، أو قال عمرى لتسكنها وسلمها إليه فهي هبة م : (لأن قوله هبة تسكنها مشورة) ش : بفتح الميم وضم الشين بمعنى الشورى ، وهي استخراج رأي على غالب الظن م : (وليس بتفسير له) ش : لأن الفعل لا يصلح تفسيراً للاسم م : (وهو تنبيه على المقصود) ش : بأن قال ملكه الدار عمره ليسكنها وهو معلوم ، وإن لم يذكره فلا يتغير به حكم التملك بمنزلة قوله هذا الطعام تأكله وهذا الثوب تلبسه فإن شاء قبل مشورته وفعل ما قال ، وإن شاء لم يقبل .

م : (بخلاف قوله هبة سكنى لأنه تفسير له) ش : لأن قوله سكنى اسم فجاز أن يكون تفسيراً لاسم آخر ، فيتغير به أول الكلام كما في الاستثناء والشرط فيكون عارية .

م : (قال) ش : أي القدوري - رحمه الله - م : (ولا يجوز الهبة فيما يقسم إلا محوزة) ش : أي مفرغة عن إهلاك الواهب ، حتى لا تصلح هبة الثمر على الشجر والزرع في الأرض بدون الشجر والأرض ، وكذا العكس عندنا م : (مقسومة) ش : احتراز به من المشاع ، قيل في الفرق بين ما يقسم وبين ما لا يقسم كل شيء يضره التبعض ويوجب نقصاناً في ماله ، فإنه لا يحتمل القسمة كالدرهم والدنانير فهبة بعضه جائز بلا خلاف .

وقيل : كل ما يفوت بالقسمة منفعة أصلاً كالعبد أو جنس منفعة كالحمام والرجى فهو لا يحتمل القسمة .

وقيل : كل مشترك بين اثنين لو طلب أحدهما قسمة ، وإلى الآخر فالقاضي لا يجبره على القسمة ، وهو مما لا يحتمل القسمة ، ثم الشيوع المقارن للهبة فيما يحتمل القسمة مفسد لا الطارئ ، حتى لو وهب شيئاً فزجع في بعضه تصح الهبة .

وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة . وقال الشافعي - رحمه الله - يجوز في الوجهين ؛

والعبرة في الشئوع وقت القبض لا وقت العقد ، حتى لو وهب مشاعاً وسلم مقسوماً يجوز ، وكذا لو وهب نصف الدار ولم يسلم ثم وهب النصف الآخر وسلمه جازت الهبة أو وهب تمراً في نخل أو زرعاً في أرض ، ثم سلم بعد ذلك مفرزاً يجوز ، كذا في « الذخيرة » وغيره فعلم من هذا أن معنى قوله لا يجوز الهبة فيما يقسم إلا مجوزة مقسومة لا تثبت الملك فيه لا يجوز مقسومة ، لأن الهبة في نفسها فيما يقسم تقع جائزة ، ولكن غير مثبتة للملك . قيل تسلمه مفرزاً نظيراً ، نظيره البيع بشرط الخيار .

وفي « الحائط » قال علماؤنا - رحمهم الله - : هبة المشاع فيما يحتمل القسمة لا يتم ، ويفيد الملك قبل القسمة . وقال الشافعي - رحمه الله - إنها تامة وبعض أصحابنا - رحمهم الله - قالوا إنها فاسدة والأصح ما قلناه كالهبة قبل القبض ، ولا يقال إنها فاسدة بل غير تامة ، كذا هذا .

وأجمعوا على أن هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة كالعبد والداية تامة ، كذا قال علاء الدين - رحمه الله - : العالم في طريقة الخلاف . وقال في « الطريقة البرهانية » : قال علماؤنا - رحمهم الله - وهبة المشاع فيما يحتمل القسمة يفيد الملك بالتخلية . وقال شيخ الإسلام أبو بكر رحمه الله المعروف بخواهر زاده في « مبسوطه » : قال علماؤنا : إذا وهب مشاعاً يحتمل القسمة لا يجوز سواء كان وهب في الأجنبي أو من شريكه .

وقال الشافعي - رضي الله عنه - : يجوز من الأجنبي ومن الشريك ، وقال ابن أبي ليلى رحمه الله : إن وهب من الأجنبي لم يجز ، وإن وهب من الشريك جاز وأجمعوا على أنه إذا وهب ما لا يحتمل القسمة فإنه يجوز .

م : (وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة) ش : معناه هبة المشاع لا يحتمل القسمة جائزة ، لأن المشاع غير مقسوم ، فيكون المعنى ظاهراً ووهبت النصيب الغير المقسوم فيما هو غير مقسوم ، وذلك مستنكر ودفعه بما ذكرنا ، فافهم .

م : (وقال الشافعي - رحمه الله - : يجوز في الوجهين) ش : أي فيما يحتمل القسمة وفيما لا يحتمل وبه قال مالك وأحمد - رحمهما الله - . وفي « الروضة » : يجوز هبة المشاع سواء المنقسم وغيره سواء وهب للشريك أو غيره ، ويجوز هبة الأرض المزروعة مع زرعها وعكسه . وفي « الجواهر » للملكية : ولا يمتنع بالشئوع ، وإن كان قبل القسمة ، وتصح هبة المجهول والأبق والكلب .

وفي « فتاوى الحنابلة » : وتصح هبة المشاع وإن تعذرت قسمته ، ويصح من الشريك

لأنه عقد تمليك فيصح في المشاع وغيره كالبيع بأنواعه ، وهذا لأن المشاع قابل لحكمه وهو الملك ، فيكون محلّ له ، وكونه تبرعاً لا يبطله الشيوع كالقرض والوصية ، ولنا أن القبض منصوص عليه في الهبة فيشترط كماله ، والمشاع لا يقبله إلا بضم غيره إليه ،

وغيره سواء كان مما ينقل ويحول أو لم يكن ، وسواء كان مما ينقسم أو مما لا يأتي قسمته كالشقص في العبد والدابة والجوهرة والسرخي م: (لأنه عقد تمليك فيصح في المشاع وغيره كالبيع بأنواعه) ش: من الصحيح والفاسد والصرف والسلم وغيره فإن الشيوع لا تمنع تمام القبض في هذه العقود بالإجماع .

م: (وهذا) ش: أي جوازه م: (لأن المشاع قابل لحكمه) ش: أي لحكم عقد الهبة م: (وهو الملك فيكون محلّ له) ش: كالمبيع والإرث وكل ما هو قابل لحكم عقد يصلح أن يكون محلّ له ، لأن المحلية غير القابلة أو لازم من لوازمها ، فكان العقد صادراً من أهله مضافاً إلى محله ، ولا مانع ثمة فكان جائزاً .

م: (وكونه تبرعاً لا يبطله الشيوع) ش: جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال البيع لا يفترق إلى القبض ، بخلاف الهبة فإنه عقد تبرع ومحتاج إلى القبض .

فلو قلنا بجوازه : في المشاع يلزم في ضمنه وجوب ضمان القسمة وهو لم يتبرع به .

فأجاب بقوله : وكونه أي وكون الهبة والتذكير باعتبار الوهب أو المذكور تبرعاً لا يبطله الشيوع ، يعني لم يعهد ذلك مبطلاً في التبرعات .

م: (كالقرض) ش: بأن دفع ألف درهم إلى رجل على أن يكون نصفه قرضاً يعمل في النصف الآخر شركة ، فإنه يجوز مع أن القبض شرطاً لوقوع الملك في القرض ، ثم لا يشترط القسمة م: (والوصية) ش: بأن أوصى لرجلين بألف درهم فإن ذلك صحيح ، فدل على أن الشيوع لا يبطل التبرع حتى يكون مانعاً .

م: (ولنا أن القبض منصوص عليه في الهبة) ش: أراد به ما ذكره من قوله عليه السلام : « لا تجوز الهبة إلا مقبوضة » وفيه نظر ، لأنه قد تقدم أن هذا الحديث لا أصل له ولم يثبت عن النبي ﷺ في اشتراط القبض في الهبة شيء .

ولو ثبت اشتراط قبض قبض كل شيء بحسبه م: (فيشترط كماله) ش: أي كمال القبض ، لأن التنصيص عليه يدل على الاعتناء بوجوده ، حتى لو استقبل الحطيم لا تجوز صلاته ، لأنه بالبيت بالسنة ، وهذا ، لأن الثابت من وجه دون وجه لا يكون ثابتاً مطلقاً ، وبدون الإطلاق لا يثبت م: (والمشاع لا يقبله) ش: أي القبض م: (إلا بضم غيره إليه) ش: الموهوب إلى الموهوب م:

وذلك غير موهوب ، ولأن في تجويزه إلزامه شيئاً لم يلتزمه وهو مؤنة القسمة ، ولهذا امتنع جوازه قبل القبض لثلاث يلزمه التسليم . بخلاف ما لا يقسم ، لأن القبض القاصر هو الممكن فيكتفى به ، ولأنه لا تلزمه مؤنة القسمة والمهاياة تلزمه ، فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والهبة لاقت العين

(وذلك) ش : أي الغير م : (غير موهوب) ش : وغير ممتاز عن الموهوب ، فصارت الحيازة ناقصة فلا يتنهض لإفادة الملك .

م : (ولأن في تجويزه) ش : عقد الهبة في المشاع م : (إلزامه) ش : أي إلزام الواهب م : (شيئاً لم يلتزمه وهو مؤنة القسمة) ش : لأنه لو ملكه قبل القسمة لطالبه بالقسمة ، فيصير عقد التبرع موجباً ضمان المقاسمة عليه وهو خلاف موضع التبرع .

فإن قيل : هذا ضرر مرضي ، لأن إقدامه على هبة المشاع يدل على التزامه ضرر القسمة والصائر من الضرر ما لم يكن مرضياً .

أجيب بان : المرضي منه ليس القسمة ، ولا ما يستلزمها لجواز أن يكون راضياً بالملك المشاع ، وهو ليس بقسمة ولا يستلزمها ، قيل : هذه العلة غير مطردة ، لأنهم قالوا : لا تجوز الهبة من الشريك وليس ثمة ضرر القسمة ، وكذلك قال أبو حنيفة - رحمه الله - : لا تجوز هبة واحد من اثنين وليس فيه ضرر القسمة .
قلت : وجود العلة تراخي في جنس الحكم لا في كل صورة .

م : (ولهذا) ش : أي ولأن تجويز هذا العقد إلزام ما لم يلتزم م : (امتنع جوازه) ش : أي جواز ثبوت الملك م : (قبل القبض لثلاث يلزمه التسليم) ش : وهو لا يتحقق بدون مؤنة القسمة م : (بخلاف ما لا يقسم ، لأن القبض القاصر هو الممكن فيكتفى به) ش : ضرورة م : (ولأنه لا تلزمه مؤنة القسمة) ش : وقد قيل إن هذا الذي ذكره كله مرتب على اشتراط كمال القبض ، وفي اشتراط أصله نظر ، فكيف باشتراط كماله .

والصحيح جواز هبة المشاع ورهنه وإجازته ووقفه كما يجوز بيعه وقرضه والوصية به ، ولا زال الناس على ذلك ولم يرد في رده كتاب ولا سنة ولا إجماع ، فإن طلب الموهوب له القسمة وألزم بها الواهب فهو كما إذا ألزم بها البائع وقد باع حصة عما يملكه ، فكان أن ذلك لا يمنع من صحة البيع وإن كان فيه إلزام بما لا يلتزمه ، فكذا لا يمنع من صحة الهبة .

م : (والمهاياة تلزمه) ش : هذا جواب سؤال يرد علينا ، تقديره أن يقال ينبغي أن لا يجوز فيما لا يحتمل القسمة ، لأنه يلزم المهاياة ، وفي إيجابها إلزام ما لم يلتزم . وتقرير الجواب أن المهاياة تلزمه م : (فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والهبة لاقت العين) ش : فلم يكن ذلك زماناً في عين

والوصية ليس من شرطها القبض ، وكذا البيع الصحيح وأما البيع الفاسد والصرف والسلم فالقبض فيها غير منصوص عليه ، ولأنها عقود ضمان فتناسب لزوم مؤنة القسمة ، والقرض تبرع من وجه وعقد ضمان من وجه ، فشرطنا القبض القاصر فيه دون القسمة

ما تبرع ، بل هذه من ضرورات الانتفاع يملكه .

ولقائل أن يقول : إلزام ما لم يلتزم الواهب بعقد الهبة إن كان مانعاً عن جوازها فقد وجد وإن حصصتم بعودة إلى ما تبرع به كان محكماً .

والجواب : بتخصيصه بذلك وبدفع التحكم بأن في عوده إلى ذلك إلزام زيادة عين هي أجرة القسمة على العين الموهوبة بإخراجها عن ملكه وليس في غيره ذلك ، لأن المهايأة لا تحتاج إليها ولا يلزم ما إذا أتلّف الواهب الموهوب بعد التسليم فإنه يضمن قيمته للموهوب له ، وفي ذلك إلزام زيادة عين على ما تبرع به ، لأن ذلك بالإتلاف لا بعقد التبرع .

م : (والوصية ليس من شرطها القبض) ش : هذا جواب عن قوله كالقبض بالوصية . تقريره أن الشيوخ مانع فيما يكون القبض من شرطه لعدم تحققه في المشاع والوصية ليست كذلك . م : (وكذا البيع الصحيح وأما البيع الفاسد والصرف والسلم فالقبض فيها) ش : يعني وكذا حكم البيع ... إلى آخره .

أراد به وإن كان القبض فيها شرطاً للملك ، ولكنه م : (غير منصوص عليه) ش : فلا يصح نفيه . قلنا : كلامنا فيما يكون القبض منصوباً عليه لثبوت الملك ابتداء ، وفي الصرف لبقائه في ملكه فليس فيما نحن فيه ، وكذا الكرام في السلم ، فإن اشتراط قبض رأس المال للاحتراز وهو النسيئة بالنسيئة ، وكذا فسرهُ أبو عبيد القاسم بن سلام - رحمه الله - ، وروى الحديث أيضاً وقال : حدثني زيد بن الحباب عن موسى بن عبيدة عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر - رضي الله عنهما - عن النبي ﷺ أنه نهى عنه ^(١) .

م : (ولأنها) ش : أي ولأن الأشياء المذكورة م : (عقود ضمان فتناسب لزوم مؤنة القسمة) ش : يعني تناسب تعلق ضمان القسمة بها ، بخلاف الهبة (والقرض تبرع) ش : هذا من تمامة الجواب عن قوله كالقرض والوصية أي القرض تبرع م : (من وجه) ش : بدليل أنه لا يصح من الصبي والعبد م : (وعقد ضمان من وجه) ش : فإن المستقرض مضمون بالمثل م : (فشرطنا القبض القاصر فيه) ش : أي إذا كان كذلك فلشبهة التبرع شرطنا القبض كما في الهبة والشبهة بعقد الضمان لم يشترط القسمة ، وهو معنى قوله م : (دون القسمة) ش : كما في البيع ، فاكتمى فيه بالقبض

(١) إسناده ضعيف : فموسى بن عبيدة ضعيف ولا سيما في عبد الله بن دينار .

عملاً بالشبهين على أن القبض غير منصوص عليه فيه . ولو وهب من شريكه لا يجوز ، لأن الحكم يدار على نفس الشيوخ . قال : ومن وهب شقصاً مشاعاً فالهبة فاسدة لما ذكرنا ، فإن قسمه وسلمه جاز ؛

القاصر م : (عملاً بالشبهين) ش : وهما شبه التبرع وشبه الضمان ، وانتصاب عملاً على التعليل أي لأجل العمل بالشبهين م : (على أن القبض غير منصوص عليه فيه) ش : أي في القرض ليراعى وجوده على أكمل الجهات .

م : (ولو وهب من شريكه لا يجوز لأن الحكم يدار على نفس الشيوخ) ش : هذا جواب سؤال يقال من جهة الخصم ، تقريره أن يقال عدم جواز الهبة في المشاع لا يخلو من أحد الأمرين ، أما أن يكون دائراً على نفس الشيوخ أو على لازم المطالبة بالقسمة إن قلتم بالأول يبطل بالمشاع الذي لا ينقسم .

وإن قلتم : بالثاني يبطل بما إذا وهب نصيبه من شريكه فإنه لا يجوز عندكم ، مع أنه ليس فيه لزوم المطالبة بالقسمة .

وتقدير الجواب : أن الحكم معلق بنفس الشيوخ في محل يتصور فيه المطالبة بالقسمة ، فأقيم الشيوخ مقام المطالبة بالقسمة ، لكن في الموضع الذي يتصور فيه القسمة وهيئة نصيبه من شريكه من هذا القبيل ، فأقيم الشيوخ فيه مقامها . وقال الكاكي - رحمه الله - : هذا في الحقيقة جواب عن قول ابن أبي ليلى - رحمه الله - ، فإن عنده هبة المشاع فيما يحتمل القسمة يجوز من الشريك لعدم استحقاق ضمان القسمة .

قلت : هذا يفيد ، وإن كان له وجه ، لأن هذا الكلام من تنمة الجواب فيما أورد الخصم علينا على ما لا يخفى .

م : (قال) ش : أي القدوري - رحمه الله - م : (ومن وهب شقصاً) ش : بكسر الشين المعجمة وسكون القاف ، أي نصيباً م : (مشاعاً ، فالهبة فاسدة) ش : معناه لا يثبت الملك قبل تسليمه مفرزاً لأن الهبة في نفسها جائزة على ما قررناه عن قريب م : (لما ذكرنا) ش : من أن الهبة فيما يقسم لا يجوز إلا محرزة مقسومة م : (فإن قسمه) ش : أي فإن قسم المشاع وأفرز نصيبه م : (وسلمه) ش : إلى الموهوب له م : (جاز) ش : أي يثبت الملك حيثئذ في الهبة الفاسدة لو قبضه مشاعاً فهلك عند الموهوب له ، ذكر ابن رستم أنه يضمن ولا يفيد الملك وبه أخذ الطحاوي .

وقال عصام : يفيد الملك ولا يكون مضمونه في يده ، وبه أخذ بعض المشايخ ، كذا في

لأن تمامه بالقبض ، وعنده لا شيوخ . قال : ولو وهب دقيقاً في حنطة أو دهناً في سمس فالحبة فاسدة ، فإن طحن وسلّمه لم يجز ، وكذا السمن في اللبن ، لأن الموهوب معدوم ، ولهذا لو استخرجه الغاصب يملكه ، والمعدوم ليس بمحل للملك فوق العقد باطلاً فلا ينعقد إلا بالتجديد ، بخلاف ما تقدم ، لأن المشاع محل للتملك ،

«فتاوى قاضى خان» م: (لأن تمامه بالقبض وعنده) ش: أي عند القبض م: (لا شيوخ) ش: فلا فساد .

م: (قال) ش: أي القدوري م: (ولو وهب دقيقاً في حنطة أو دهناً في سمس فالحبة فاسدة) ش: الأصل هنا أن المحل إذا كان معدوماً حالة العقد لم ينعقد إلا بالتجديد ، بخلاف ما إذا كان مشاعاً فإنه بعد الإفراز لا يحتاج إلى التجديد على ما يجيء الآن م: (فإن طحن) ش: الحنطة م: (وسلّمه) ش: الدقيق م: (لم يجز ، وكذا السمن في اللبن ، لأن الموهوب معدوم) ش: يعني ليس بوجود بالفعل ، وإنما يحدث بالطحن والعصر ولا معتبر بكونه موجوداً بالقوة ، لأن عامة الممكنات كذلك ، ولا تسمى موجودة ، وبهذا مخرج الجواب عن ما قيل ينبغي أن يجوز بيع الدهن بالسمس مطلقاً بلا اشتراط أن يكون الدهن الصافي أكثر مما في السمس .

م: (ولهذا) ش: أي ولكون الموهوب معدوماً م: (لو استخرجه الغاصب) ش: بأن غضب سمساً فاستخرج دهنه فإنه م: (يملكه) ش: لأنه وقت الغصب لم يكن موجوداً ، فلم يرد عليه الغصب م: (والمعدوم ليس بمحل للملك ، فوق العقد باطلاً فلا ينعقد إلا بالتجديد) ش: أي إلا بتجديد العقد م: (بخلاف ما تقدم) ش: وهو المشاع ، فإنه لا يحتاج فيه إلى تجديد العقد م: (لأن المشاع محل للتملك) ش: لكونه موجوداً وقت العقد ، ويتصور القبض منه ، لكن لا على سبيل الكمال ، وهذا يصح بيعه بالإجماع والمانع فيه لمعنى في غيره وهو العجز عن التسليم ، فإذا زال المانع انقلب جائزاً .

وقال الكرخي - رحمه الله - في «مختصره» : ولو وهب رجل لرجل ما في بطن جاريته أو مافي بطن غنمه أو ما في ضرعها ، أو وهب له سمناً من لبن قبل أن يسلى ، أو زبداً منه قبل أن يخض أو دهناً من سمس قبل أن يعصر أو زيتاً من زيتون أو دقيقاً من حنطة وسلطه على قبضه عند الولادة أو عند استخراج ذلك ، فإن ذلك لا يجوز ولا يشبه هذا الدين ولا يسقطه على قبضه ، لأن الدين الذي في ذمة الغريم لم يجز بيعه منه وهبه له وغير ذلك مما ذكرنا لا يجوز هذا فيه ، انتهى .

وهبة اللبن في الضرع والصوف على ظهر الغنم والزرع والنخل في الأرض ، والتمر في النخيل بمنزلة المشاع ، لأن امتناع الجواز للاتصال وذلك يمنع القبض كالمشاع . قال : وإذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة وإن لم يجدد فيه قبضاً ، لأن العين في قبضه والقبض هو الشرط ،

م : (وهبة اللبن في الضرع ، والصوف على ظهر الغنم والزرع والنخل في الأرض والتمر في النخيل بمنزلة المشاع) ش : يعني لا يجوز كما في المشاع ، وعند الثلاثة يجوز ، ثم عندنا إذا حلب اللبن وجز الصوف وسلمه وقبضه الموهوب له جاز استحساناً كما في المشاع إذا وهبه وسلمه ، وكذا لو قطع الثمر والزرع وسلمها م : (لأن امتناع الجواز للاتصال) ش : أي يملك الواهب لا لكون هذه الأشياء معدومة بدليل أن الصوف على ظهر الغنم واللبن في الضرع محل التمليك ، حتى يجوز الصلح عليه عند أبي يوسف - رحمه الله - وبالفصل ينعدم الشروع .

والأصل في حسم هذه المسائل أن اشتغال الموهوب بملك الواهب يمنع تمام القبض ، والقبض الناقص يمنع صحة الهبة ، فعلى هذا إذا وهب داراً فيها متاع الواهب أو جراباً أو جرة ألقى فيها طعام الواهب فالهبة فاسدة ، ولا معتبر بالشغل وقت العقد إذا وقع التسليم فارغاً صغرت أو يعتبر الإذن بالقبض بعد التفريغ .

ولا يكفي قوله سلمتها إليك مع الشغل ، فلو وهب ما في الدار وما في الجراب أو الجوالق من الطعام فالهبة تامة ، لأن الموهوب هنا شاغل لملك الواهب وليس بمشغول بملكه ، وقيام اليد على التبع لا يوجب قيام اليد على الأصل ، بخلاف المسألة الأولى ، ونظير ما لو وهب جارية وعليها حلي فوهبها دون حليها وسلمها فالهبة تامة ، وكذا الدابة وعليها سرج أو لحام ، أو وهب السرج أو اللجام دون الدابة م : (وذلك) ش : أي الاتصال م : (يمنع القبض كالمشاع) ش : ففي الشائع يمنع ، فكذا في الاتصال .

م : (قال) ش : أي القدوري : م : (وإذا كانت العين في يد الموهوب له) ش : بأن كانت ودیعة أو عارية أو نحوها م : (ملكها بالهبة وإن لم يجدد فيه قبضاً ، لأن العين في قبضه والقبض هو الشرط) ش : وهو موجود الأصل في ذلك أن تجانس القبضين يجوز نيابة أحدهما عن الآخر ، وتغايرهما يجوز نيابة الأعلى عن الأدنى دون العكس ، فإن كان الشيء ودیعة في يد شخص أو عارية فوهبه إياه لا يحتاج إلى تجديد قبض ، لأن كلا القبضين ليس ضماناً فكانا مجانسين . ولو كان بيده مغصوباً أو بيع فاسد فوهبه إياه لم يحتج إلى تجديده لأن الأول أقوى فينوب عن الضعيف ، لأن في الأعلى ما في الأدنى وزيادة فوجد القبض المحتاج إليه وزيادة شيء .

ولو كانت ودیعة فباعه منه فإنه يحتاج إلى قبض ، لأن قبض الأمانة ضعيف فلا ينوب عن قبض الضمان هذا الذي ذكره في « الذخيرة » وغيره .

بخلاف ما إذا باعه منه ، لأن القبض في البيع مضمون فلا ينوب عنه قبض الأمانة ، أما قبض الهبة فغير مضمون فينوب عنه . وإذا وهب الأب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد ، لأنه في قبض الأب فينوب عن قبض الهبة . ولا فرق بين ما إذا كان في يده أو في يد مودعه ، لأن يده كيده بخلاف ما إذا كان مرهوناً أو مغصوباً أو مبيعاً بيعاً فاسداً ، لأنه في يد غيره أو في

وذكر أبو نصر في شرحه : لو كان مضموناً في يده أو بالمثل بغيره كالمبيع والمرهون لا ينوب عن قبض الواهب بالهبة ، ولا بد من تجديد القبض . ولو كان مضموناً في يد بالقيمة أو بالمثل كالمقبوض على سوم الشراء والمغصوب فوهب له ثبت الملك ولا يحتاج إلى تجديد القبض لوجود أصل القبض وزيادة .

فإن قلت : ما معنى تجديد القبض ؟ .

قلت : هو أن ينتهي إلى موضع فيه العين ويمضي وقت يتمكن فيه من قبضها .

م : (بخلاف ما إذا باعه منه ، لأن القبض في البيع مضمون فلا ينوب عنه قبض الأمانة ، أما قبض الهبة فغير مضمون ، فينوب عنه) ش : أي ينوب قبض الأمانة عن غير المضمون وهو الهبة ، وقد مر مستوفى .

م : (وإذا وهب الأب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد) ش : أي بمجرد العقد ، وهذا من مسائل القدوري م : (لأنه) ش : أي لأن الذي وهبه م : (في قبض الأب فينوب عن قبض الهبة) ش : فلا يحتاج إلى قبض آخر ولا يشترط فيه الإشهاد إلا أن فيه احتياطاً للتحرز عن جحود الورثة بعد موته ، أو جحود بعد إدراك الولد . وقال ابن عبد البر : أجمع الفقهاء على أن هبة الأب لابنه الصغير في حجره لا يحتاج إلى قبض جديد ، أما هل يحتاج إلى القبول لابنه الصغير ، فقال الشافعي والقاضي الحنبلي : لا بد أن يقول - بعد قوله : وهبته له - : قبله ، وظاهر مذهب أحمد لا يحتاج إلى هذا كقولنا . وقال مالك : لو وهبه بمال لا يعرف بعينه كالأثمان لم يجز إلا أن يضعها على يد غيره ويشهد عليه وعند القاضي لا فرق بين الأثمان وغيرها .

م : (ولا فرق بين ما إذا كان في يده أو في يد مودعه ، لأن يده كيده) ش : أي لأن يد المودع كيد المودع بالكسر حكماً فيمكن أن يجعل قابضاً لولده باليد التي هي قائمة مقام يده .

فإن قلت : لو وهب الوديعة من المودع يجوز ، فلو كانت يده كيده لم يكن قابضاً لنفسه .

قلت : يده كيده مادام عاملاً له وذلك قبل الهبة ، وأما بعدها فهو عامل لنفسه .

م : (بخلاف ما إذا كان) ش : أي الموهوب للابن م : (مرهوناً أو مغصوباً أو مبيعاً بيعاً فاسداً ، لأنه في يد غيره) ش : أي غير الأب فلا ينوب قبض المرتهن والغاصب عن قبض الهبة للولد م : (أو في

ملك غيره ، والصدقة في هذا مثل الهبة وكذا إذا وهبت له أمه وهو في عيالها والأب ميت ولا وصي له ، وكذلك كل من يعوله .

ملك غيره (ش : وفي «الذخيرة» : أرسل غلامه في حاجة ثم بعد الإرسال وهبه صحت الهبة ، لأنه في يده حكماً ، فلو لم يرجع حتى مات الأب فهو للولد ولا يصير ميراثاً ، وكذا لو وهب عبداً أبناً من ابنه الصغير ، فما دام متردداً في دار الإسلام تجوز الهبة والأب قابض له بنفس الهبة .

وفي «فتاوى أبي الليث» : وهب لابنه الصغير داراً مشغولاً بمتاع الواهب جاز ، وفي «المنتقى» عن محمد : لو وهب داره لابنه وفيها ساكن بأجر لا يجوز ، ولو كان بغير أجر يجوز ، لأن في الأول يتبع قبض غيره فيمنع تمام الهبة بخلاف الثاني م : (والصدقة في هذا مثل الهبة) ش : أراد أن الصدقة في الحكم المذكور كحكم الهبة فيما إذا تصدق على ابنه الصغير ملكها الابن بعقد الصدقة ، فلو تصدق عليه بما عند مودعه جاز ، بخلاف ما إذا تصدق بما في يد المرتهن والغاصب والمشتري بالشراء الفاسد ، والتعليل هو التعليل .

م : (وكذا إذا وهبت له أمه وهو) ش : أي والحال أنه م : (في عيالها والأب ميت ولا وصي له) ش : هاتان الجملتان أيضاً حال ، قيد بقوله : في عيالها ؛ ليكون لها عليه نوع ولاية ، وقيد بموت الأب وعدم الوصي لأن عند وجودهما ليس لها ولاية القبض م : (وكذلك كل من يعوله) ش : يعني كل من يعول الصغير إذا قبض الهبة له يصح كالأخ والعم والأجنبي ، وعند الثلاثة إذا وهب للصبي غير الأب من الأولياء لا بد أن يوكل من يقبل له ويقبضه له فيكون الإيجاب منه والقبول والقبض من غيره كما في البيع .

وقال ابن قدامة في «المغني» : والصحيح عندي أن الأب وغيره في هذا سواء ، قيل : أطلق جواز قبض هؤلاء .

ولكن ذكر في «الإيضاح» و«مختصر الكرخي» : أن ولاية القبض لهؤلاء إذا لم يوجد واحد من الأربعة وهو الأب ووصيه ، والجد أبو الأب بعد الأب ووصيه . فأما مع وجود واحد منهم فلا ، سواء كان الصبي في عيال القابض أو لم يكن ، وسواء كان ذا رحم محرم منه أو أجنبياً ، لأنه ليس لهؤلاء ولاية التصرف في ماله ، فقيام ولاية من يملك التصرف في المال يمنع ثبوت حق القبض له ، فإذا لم يبق واحد منهم جاز قبض من كان الصبي في عياله لثبوت نوع ولاية له حيثئذ . ألا ترى أنه يؤديه ويسلمه في الصنائع ، فقيام هذا القدر يطلق حق قبض الهبة لكونه من باب المنفعة .

قلت : هذا ليس بإطلاق ، وإنما هو اقتصر في التقييد ، وذلك ، لأن قوله وكذا كل من يعوله عطف على قوله وكذا إذا وهبت له أمه وهو مقيد بقوله والأب ميت ولا وصي له ، فيكون هذا في

وإن وهب له أجنبي هبة تمت بقبض الأب ؛ لأنه يملك عليه الدائر بين النافع والضائر ، فأولى أن يملك النافع . وإن وهب لليتيم هبة فقبضها له وليه وهو وصي الأب أو جد اليتيم أو وصيه جاز ، لأن لهؤلاء ولاية عليه لقيامهم مقام الأب . وإن كان في حجر أمه فقبضها له جائز لأن لها الولاية فيما يرجع إلى حفظه وحفظ ماله ، وهذا من بابه لأنه لا يبقى إلا بالمال ، فلا بد من ولاية التحصيل وهو من أهله .

المعطوف أيضاً ، لكنه اقتصر على ذكر الجد ووصيه للعلم بأن الجد الصحيح مثل الأب في أكثر الأحكام ، ووصيه كوصي الأب .

م : (وإن وهب له) ش : أي للصغير م : (أجنبي هبة تمت بقبض الأب ، لأنه يملك عليه الدائر بين النافع والضائر ، فأولى أن يملك النافع) ش : الضائر فاعل من ضار يضير والضير والضرر ، وهو لغة من الضر . وفي بعض النسخ الضار بتشديد الراء ، وكلاهما واحد .

م : (وإن وهب لليتيم هبة فقبضها له وليه وهو) ش : أي وليه م : (وصي الأب أو جد اليتيم أو وصيه جاز ، لأن لهؤلاء ولاية عليه لقيامهم مقام الأب . وإن كان) ش : أي اليتيم م : (في حجر أمه) ش : أي كنفها وتربيتها م : (فقبضها له) ش : أي قبض الهبة لليتيم م : (جائز لأن لها الولاية فيما يرجع إلى حفظه وحفظ ماله ، وهذا من بابه) ش : أي قبض الهبة له من باب الحفاظ م : (لأنه لا يبقى إلا بالمال) ش : أي لأن حفظ اليتيم لا يبقى بقاءه إلا بقوت وملبوس م : (فلا بد من ولاية التحصيل) ش : فلا بد أن يكون بسبيل من التحصيل في حقه ، فصار ذلك من ضروراته . وكذا إذا كان في حجر أجنبي يربيه ، لأن له عليه يدأ معتبرة . ألا ترى أنه لا يتمكن أجنبي آخر أن ينزعه من يده فيملك ما يتمحض نفعا في حقه ، لأنه صار كالخلف ، والخلف يعمل عمل الأصل عند عدم الأصل .

وإن قبض الصبي الهبة بنفسه جاز ، معناه إذا كان عاقلاً ، لأنه نافع في حقه م : (وهو من أهله) ش : أي الصبي من أهل التصرف فيما يتمحض نفعا له .

وفي « المبسوط » : هذا جواب الاستحسان وهو قولنا ، أما في القياس لا يجوز قبضه بنفسه وإن كان عاقلاً ، وهو قول الشافعي . وفي رواية عن أحمد إن قبضه بإذن الولي صح ، وعنه كقولنا .

فإن قيل : عقل الصبي إما أن يكون معتبراً أو لا ، فإن كان الثاني وجب أن لا يصح قبضه ، وإن كان الأول وجب أن لا يجوز اعتبار الخلف مع وجود أهليته .

فالجواب : أن عقله فيما نحن فيه من تحصيل ما هو نفع معتبر لتوفير المنفعة عليه ، وفي اعتبار الخلف توفيرها أيضاً لأنه يفتح به باب آخر في تحصيلها فكان جائزاً نظراً له ، وهذا لم

وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها لها بعد الزفاف لتفويض الأب أمورها إليه دلالة .
بخلاف ما قبل الزفاف ويملكه مع حضرة الأب . بخلاف الأم وكل من يعولها غيرها حيث لا
يملكونها إلا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح ، لأن تصرف هؤلاء للضرورة لا
بتفويض الأب ، ومع حضوره لا ضرورة .

يعتبر في المتردد بين النفع والضرر لباب المضرة عليه ، لأن عقله قبل البلوغ ناقص فلا يتم به النظر
في عواقب الأمور ، فلا بد من الأخذ برأي الولي .

م : (وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها لها بعد الزفاف) ش : بكسر الزاي مصدر من
زَكَفَتُ العروس إلى زوجها ، أي هديتها م : (لتفويض الأب أمورها إليه دلالة) ش : حيث زفها
إليه وهي صغيرة وأقامه مقام نفسه في حفظها وحفظ مالها وقبض الهبة من حفظ المال ، لكن لا
تبطل بذلك ولاية الأب حتى لو قبضها جاز . وذكر المصنف الزفاف وذكر في «الإيضاح»
الدخول .

وفي «الذخيرة» : شرط في قبض الزوج على زوجته الصغيرة أن يكون يجامع مثلها حتى
لوم يجامع مثلها لا يصح قبض الزوج عليها عند بعض أصحابنا ، والصحيح أنه إذا كان
يعولها صح قبضه عليها ، يجامع مثلها أو لا لما ذكرنا . ولو أدركت لم يجز قبض الزوج وللأب
لأنها صارت ولية نفسها حين بلغت عاقلة ، كذا في «المبسوط» .

م : (بخلاف ما قبل الزفاف) ش : لأنه قبل الزفاف لا يكون عليها بل مستحقه م : (ويملكه)
ش : أي يملك الزوج قبض الهبة م : (مع حضرة الأب) ش : احتراز به عما ذكر في «الإيضاح» :
أن قبض الزوج لها إنما يجوز إذا لم يكن الأب حياً م : (بخلاف الأم وكل من يعولها غيرها) ش :
أي غير الأم م : (حيث لا يملكونها) ش : أي قبض الهبة لها م : (إلا بعد موت الأب أو غيبته غيبة
منقطعة في الصحيح) ش : قيل الصحيح متعلق بقوله ويملكه مع حضرة الأب . قال صاحب
«النهاية» : وإنما قلت هذا ، لأن في قوله بخلاف الأم وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونها إلا
بعد الموت ، أو غيبته غيبة منقطعة ليست رواية أخرى حتى يقع قوله : في الصحيح احترازاً
عنها .

قلت : كان حق الترتيب في التركيب أن يقول ويملكه مع حضرة الأب في الصحيح ،
بخلاف الأم وعبارته لا تخلو عن الإبهام م : (لأن تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الأب ، ومع
حضوره لا ضرورة) ش : احتراز بقوله لا بتفويض الأب عن تصرف الزوج لما ذكرنا أن ولاية
الزوج بتفويضه أمورها دلالة إليه ، أما قبض غير الأب عليه إنما يصلح للضرورة ، ولا ضرورة
عند حضور من له ولاية .

قال : وإذا وهب اثنان من واحد داراً جاز لأنهما سلماها جملة وهو قد قبضها جملة فلا شيوع وإن وهبها واحد من اثنين لا يجوز عند أبي حنيفة - رحمه الله - . وقالوا : يصح ؛ لأن هذه هبة الجملة منهما ، إذ التملك واحد فلا يتحقق الشيوع ، كما إذا رهن من رجلين داراً . وله أن هذه هبة النصف من كل واحد منهما . ولهذا لو كانت الهبة فيما لا يقسم فقبل أحدهما صح . ولأن الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف فيكون التملك كذلك ، لأنه حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع

م : (قال) ش : أي القدوري - رحمه الله - : م : (وإذا وهب اثنان من واحد داراً جاز ، لأنهما سلماها جملة وهو قد قبضها جملة فلا شيوع) ش : لأن المانع هو الشيوع عند القبض وقد انتفى . ونقل صاحب « الأجناس » عن الأصل إذا وهب رجلان داراً من رجل جاز في قولهم . ولو وهب رجل من رجلين داراً لم يجز في قول أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : جاز ، وفي الرهن من رجلين جاز في قولهم جميعاً ، وكذلك في الإجارة من رجلين جاز .

م : (وإن وهبها واحد من اثنين لا يجوز عند أبي حنيفة - رحمه الله - وقالوا : يصح ، لأن هذه هبة الجملة منهما ، إذ التملك واحد فلا يتحقق الشيوع ، كما إذا رهن من رجلين داراً) ش : فإنه يجوز فالهبة أولى ، لأن تأثير الشيوع في الرهن أكثر منه في الهبة ، حتى لا يجوز الرهن في مشاع لا يحتمل القسمة دون الهبة ، وبه قالت الثلاثة .

م : (وله) ش : أي ولأبي حنيفة م : (أن هذه هبة النصف من كل واحد منهما) ش : وهذا يثبت الملك ففي النصف هذا ، وفي النصف هذا بالإجماع م : (ولهذا) ش : أي ولأجل كون هذه هبة النصف من كل منهما م : (لو كانت الهبة فيما لا يقسم فقبل أحدهما صح) ش : فصار كما لو وهب النصف لكل واحد منهما بعقد على حدة م : (ولأن الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف) ش : هذا استدلال ثان ، والفرق بين الاستدلاليين أن الأول من جانب التملك ، وهذا من جانب الملك ، فإذا ثبت الملك لكل واحد منهما في النصف م : (فيكون التملك كذلك) ش : أي كالملك يكون لكل واحد منهما النصف م : (لأنه حكمه) ش : أي لأن بالتملك حكم الملك فإذا ثبت الملك مشاعاً ثبت التملك كذلك ، لأنه حكمه الحكم يثبت بقدر دليله م : (وعلى هذا الاعتبار) ش : أي الاعتبار المذكور ، وهو ثبوت الشيوع في التملك بثبوت الملك مشاعاً م : (يتحقق الشيوع) ش : فتفسد الهبة .

فإن قلت : التملك يحصل بالتسليم ، ولا شيوع فيه دون القبض ، والملك يتعلق بالقبض لبقية الضمان عن المتبرع ، فوجب أن يعتبر جانبه وهو التسليم لا جانب القبض .

قلت : التسليم إنما يعتبر إذا حصل به التمكن من القبض على سبيل الكمال ، ولأنه طريق

بخلاف الرهن ، لأن حكمه الحبس ويثبت لكل واحد منهما كملاً فلا شيوخ ، ولهذا لو قضى دين أحدهما لا يسترد شيئاً من الرهن . وفي « الجامع الصغير » : إذا تصدق على محتاجين بعشرة دراهم أو وهبها لهما جاز . ولو تصدق بها على غنيين أو وهبها لهما لم يجز . وقالوا : يجوز للغنيين أيضاً جعل كل واحد منهما مجازاً عن الآخر ، والصلاحية ثابتة ، لأن كل واحد منهما تمليك بغير بدل . وفرق بين الهبة والصدقة في الحكم في الجامع وفي الأصل سوى فقال وكذلك الصدقة لأن الشيوخ مانع في الفصلين لتوقفهما على القبض .

للقبض ، فإذا لم يتمكن هو من القبض بصفة الكمال يعتبر التسليم .

م : (بخلاف الرهن) ش : جواب استشهد م : (لأن حكمه الحبس ويثبت لكل واحد منهما) ش : أي من المرتهنين م : (كملاً) ش : نصب على الحال من الضمير الذي في ثبت ، أي كاملاً ، فإذا كان حكمه الحبس م : (فلا شيوخ ولهذا) ش : توضيح لما ذكره م : (لو قضى) ش : أي المراهن م : (دين أحدهما لا يسترد شيئاً من الرهن) ش : لأن حكمه الحبس فيتصور أن يكون ملك الحبس ثابتاً لكل واحد على الكمال إذ لا تضاييف في الحبس ، بخلاف ملك العين ، فإنه لا يتصور إثباته لكل واحد على الكمال .

م : (وفي الجامع الصغير) ش : إنما ذكر رواية الجامع الصغير لبيان ما وقع من الاختلاف بينهما وبين رواية « المبسوط » م : (إذا تصدق على محتاجين بعشرة دراهم أو وهبها لهما جاز ، ولو تصدق بها على غنيين أو وهبها لهما لم يجز) ش : عند أبي حنيفة . حاصل هذا أن أبا حنيفة - رضي الله عنه - جعل الهبة مجازاً عن الصدقة إذا صادفت الفقير والصدقة مجازاً عن الهبة إذا صادفت الغني لوجود المجوز إذ كل منهما تمليك بغير بدل .

م : (وقالوا : يجوز للغنيين أيضاً) ش : يعني كما يجوز للفقيرين مطلقاً فكذلك يجوز للغنيين مطلقاً م : (جعل) ش : أي أبو حنيفة - رحمه الله - م : (كل واحد منهما مجازاً عن الآخر ، والصلاحية ثابتة ، لأن كل واحد منهما) ش : أي من الهبة والصدقة م : (تمليك بغير بدل) ش : فإذا كان كل منهما تمليكاً بلا بدل يجوز استعارة أحدهما عن الآخر لوجود العلاقة م : (وفرق) ش : أي أبو حنيفة - رحمه الله - م : (بين الهبة والصدقة في الحكم) ش : حيث جواز الصدقة والهبة في الحكم م : (في الجامع) ش : حيث جواز الصدقة على الفقيرين ولم يجوز الهبة على الغنيين .

م : (وفي الأصل) ش : أي « المبسوط » م : (سوى) ش : أي الحكم م : (فقال وكذلك الصدقة) ش : أي لا يجوز الصدقة على رجلين عنده لا يجوز الهبة ، وهذا كما ترى لم يفرق بين الهبة والصدقة في منع الشيوخ فيهما عن الجواز ، وعلل بقوله م : (لأن الشيوخ مانع في الفصلين لتوقفهما) ش : أي لتوقف الهبة والصدقة م : (على القبض) ش : والشيوخ يمنع القبض على الكمال .

ووجه الفرق على هذه الرواية أن الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد والهبة يراد بها وجه الغني وهما اثنان . وقيل هذا هو الصحيح والمراد بالمذكور في الأصل الصدقة على غنيين . ولو وهب لرجلين داراً لأحدهما ثلثاها وللآخر ثلثها لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - . وقال محمد - رحمه الله - يجوز . ولو قال : لأحدهما نصفها وللآخر نصفها عن أبي يوسف - رحمه الله - فيه روايتان . فأبو حنيفة - رحمه الله - مر على أصله ، وكذا محمد - رحمه الله .

م : (ووجه الفرق) ش : أي بين الهبة من اثنين حيث لا يجوز عند أبي حنيفة ، وبين الصدقة على اثنين حيث يجوز م : (على هذه الرواية) ش : أي رواية الجامع الصغير م : (أن الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد) ش : لا شريك له فيقع جميع العين لله تعالى على الخلوص ، فلا شيوخ فيها ، وإنما يصير الفقير نيابة عن الله تعالى بحكم الرزق المودع ، فصار كالهبة إذا وقعت الواحد وقبضها اثنان بحكم الوكالة عن الموهوب له م : (والهبة يراد بها وجه الغني وهما اثنان) ش : لأن فرض المسألة فيه م : (وقيل هذا هو الصحيح) ش : أي المذكور في الجامع الصغير من جواز الصدقة على فقيرين هو الصحيح ، فإذا كان هذا هو الصحيح يحتاج ما ذكر في الأصل إلى التأويل ، أشار إليه بقوله م : (والمراد بالمذكور في الأصل الصدقة على غنيين) ش : فيكون مجاز الهبة والمجنون ما ذكرناه فعلى هذا التأويل لا مخالفة بين الروائين ، فلا يحتاج إلى الفرق .

م : (ولو وهب لرجلين داراً لأحدهما ثلثاها وللآخر ثلثها لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - . وقال محمد - رحمه الله - : يجوز) ش : وبه قالت الثلاثة ، التفضيل في الهبة إن كان ابتداء لم يجز بلا خلاف ، سواء كان التفصيل بالصاد المهملة بالتفضيل كقوله وهبت ثلثيه الآخر أو بالتساوي كقوله للشخص وهبت لك نصفه ولآخر كذلك هذا لم يذكره في الكتاب وإن كان بعد الإجمال لم يجز عند أبي حنيفة سواء متفاضلاً أو متساوياً بناء على أصله ، وجاز عند محمد مطلقاً بناء على أصله .

وفرق أبو يوسف بين المساواة والمفاضلة ، ففي المفاضلة لم يجوز . وفي المساواة جوز في رواية ، أشار إليها بقوله : م : (ولو قال لأحدهما نصفها وللآخر نصفها عن أبي يوسف - رحمه الله - فيه روايتان) ش : هذا ظاهر كلام المصنف . وجعل السغناقي هذا - أعني : قوله : ولو قال إلى آخره - تفضيلاً ابتدائياً . ونقل عن عامة النسخ من « الذخيرة » و « الإيضاح » وغيرهما : أنه لم يجوز بلا خلاف وليس بظاهر ، لأن المصنف عطف ذلك على التفصيل بعد الإجمال فالظاهر أنه ليس ابتدائياً .

م : (فأبو حنيفة - رحمه الله - مر على أصله وكذا محمد - رحمه الله -) ش : أي وكذا محمد

والفرق لأبي يوسف - رحمه الله - أن بالتنصيص على الأبعاض يظهر أن قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوع ، ولهذا لا يجوز إذا رهن من رجلين ونص على الأبعاض .

مر على أصله ، لأن هذه هبة واحد من رجلين نص على التفاضل أو التساوي أولاً ، ألا ترى أن في البيع من رجلين يجعل بيعاً واحداً منهما نص على التفاضل أولاً فكذا هنا م : (والفرق لأبي يوسف - رحمه الله - أن بالتنصيص على الأبعاض يظهر أن قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوع) ش : هذا دليل على صورة التفصيل بالمهملة بالتفضيل . وعلى صورة بالتساوي على رواية عدم الجواز . وأما رواية الجواز فلكونها غير معدولة عن أصله وهو أصل محمد - رحمه الله - فليست محتاجة إلى الدليل .

وبهذا التوجيه يظهر خلل ما قاله السغناقي أن في قوله : إن بالتنصيص على الأبعاض يظهر أن قصد ثبوت الملك في البعض نوع إخلال حيث لا يعلم بما ذكر موضع خلافه من الأبعاض وما ليس فيه خلافاً من الأبعاض فإنه لو نص على الأبعاض بالتنصيص بعد الإجمال ، كما في قوله : وهبت لكما هذه الدار نصفها ، ولهذا نصفها جاز ، وإنما لا يجوز عند التنصيص على الأبعاض بالتنصيف إذا لم يتقدمه الإجمال ، ووجه ظهور خلله أنه إنما يستدل على ما عدل فيه عن أصله ، والمذكور في الكتاب يدل عليه ، وأما صورة الجواز فليست بحاجة إلى الدليل لجريانها على أصله .

م : (ولهذا) ش : توضيح لدلالة التنصيص على الأبعاض على تحقيق الشيوع في الهبة بالتنصيص على الأبعاض في الرهن ، فقال وهذا م : (لا يجوز إذا رهن من رجلين ونص على الأبعاض) ش : بأن قال : رهتكما هذا الشيء على أن يكون النصف رهناً عند هذا ، والنصف الآخر عند هذا كان فاسداً ، لأن بالتفصيل يتفرق العقد ، فكذا هنا ، أما إذا نص على التناصف فقد أمكن تصحيح العقد يجعل هذا مجازاً عن موجب العقد ، لأن مطلق العقد يقتضيه ، فلا يكون حاله التفصيل مخالفاً لحالة الإجمال فيصير التفصيل لغواً فلا يختلف العقد ، فلم يعتبر شيوعاً في العقد ، بخلاف ما إذا نص على التفاوت في العقد حيث يفسد العقد ، لأن التفصيل يخالف الإجمال فيجب اعتباره فيفرق العقد .

وفي « الأسرار » : وكلام محمد أوضح لأن افتراق الملك في الهبة ثابت بنفس العقد ها هنا ولا يثبت بالتفصيل كما لو قال نصفين وإنما يثبت بالتفصيل التفاضل في النصيب والمبطل للهبة نفس الشيوع لا شيوع بأنصبة متفاوتة .

قال الكاكي : وتأخير دليل محمد - رحمه الله - في « المبسوط » دليل على اختياره قول محمد - رحمه الله - وفي « نوادر ابن رستم » عن محمد - رحمه الله - : لو دفع درهمين فقال :

أحدهما لك هبة والآخر يكون عندك وديعة فضاعا جميعاً يضمن درهماً ، وهو في الآخر أمين ، وإنما ضمن الدرهم الهبة لأنه أخذ على فساد ، لأن الهبة كانت غير مقسومة ، وهكذا نقل في «الأجناس» من «النوادر» وهذا يشعر بأن الهبة الفاسدة مضمونة لا يملكها الموهوب له . ألا ترى إلى ما ذكر في المضاربة الكبيرة ، ولو دفع ألف درهم إلى رجل وقال نصفه هبة ونصفه مضاربة لم يجز الهبة ، لأنه مشاع ، ولو هلك عند القابض ضمن النصف وهو خمسمائة درهم .

وقال اللؤلؤجي في «فتاواه» : رجل معه درهماً قال لرجل لك نصف هذا وقال آخر لك درهم منهما فالمسألة على وجهين إن كانا مستويين لا تجوز الهبة ، وإن كانا مختلفين تجوز والفرق في [...] تناولت الهبة أحدهما وهو مجهول . وفي الثاني تناولت قدر درهم منهما مشاع لا يحتمل القسمة . وقال فيها أيضاً رجلاً وهب لرجلين درهماً صحيحاً تكلموا فيه ، قال بعضهم : لا يجوز ، لأن تنصيف الدراهم لا يضر ، فكان مشاعاً يحتمل القسمة ، والصحيح أنه لا يجوز لأن الدرهم الصحيح لا يكسر عادة ، فكان مشاعاً لا يحتمل القسمة .

وفي «التقريب» للقدوري : قد روى ابن سماعة عن أبي يوسف فيمن قال لرجلين وهبت منكما هذه الدار لهذا نصفهما صحت الهبة ولو قال وهبتك منك نصف هذه الدار ومن الآخر نصفها لم تصح الهبة لأن في الأول أوقع العقد صفقة ، ثم فسر مقتضى الصفقة في القسمة . وفي الثاني فرق أحد الإيجابين عن الآخر .

وفي «التحفة» : هبة رجل من رجلين على أربعة أوجه ، أحدها : أن يكون العقد مختلفاً ، والقبض مختلفاً . ثانياً : أن يكون العقد معاً والقبض مختلفاً وكلاهما لا يجوز . وثالثها : أن يكون العقد مختلفاً والقبض مغاير . ورابعاً : أن يكون كلاهما معاً فإن يقولاً قبلناها وقبضناها فهما لا يجوز عند أبي حنيفة خلافاً لهما ، وهبة العين الواحدة لاثنتين من اثنتين لا يجوز عنده خلافاً لهما . ولو كان من واحد لثلاثة جاز عنده خلافاً لهما . قال صاحب «المجتبى» : وفيه نظر . ولو وهب لابنيه صغير وكبير لا يجوز بالاتفاق لتفرق القبض .

باب ما يصح رجوعه وما لا يصح

قال : وإذا وهب هبة لأجنبي فله الرجوع فيها . وقال الشافعي : لا رجوع فيها لقوله عليه السلام : « لا يرجع الواهب في الهبة إلا الوالد فيما يهب لولده » ،

م : (باب ما يصح رجوعه وما لا يصح)

ش : لما كانت الهبة غير لازمة حتى صح الرجوع فيها احتاج إلى بيان مواضع الرجوع بعقد باب علمها .

م : (قال : وإذا وهب هبة لأجنبي فله الرجوع فيها) ش : أى في الهبة ، والمراد الموهوب لأن الرجوع إنما يكون في حق الأعيان دون الأقوال . ولصحة الرجوع قيود .

الأول : أن يكون لأجنبي وهو هنا من لم يكن ذا رحم محرم منه ، فخرج منه من كان ذا رحم وليس بمحرم كبني الأعمام والأخوال ومن كان محرمًا ليس بذي رحم كالأخ الرضاعي .
الثاني : أن يكون قد سلمها إليه لأنه قبل التسليم يجوز مطلقًا .

الثالث : أن لا يقتصر بشيء من موانع الرجوع ، ولعله لم ينبه على القيدتين الأخيرين اعتماداً على أنه يفهم ذلك في أثناء كلامه .

م : (وقال الشافعي : لا رجوع فيها لقوله عليه السلام « لا يرجع الواهب في الهبة إلا الوالد فيما يهب لولده »)^(١) ش : وبقوله قال مالك وأحمد في ظاهر مذهبه ، وفي هبة الوالد لولده عن أحمد في رواية لا يرجع . وعن مالك : إذا رغب راغب في مواصلة الولد بسبب المال الموهوب بأن زوج لأجله أو جهز لابنته لا رجوع فيه . وكذا إذا انتفع الولد به ، وفي غير ذلك له الرجوع . وللشافعي في غير الأب من الأصول قولان : أحدهما : لا رجوع لأن الخبر ورد في الأب ، وأصحهما أنهم كالأب . وعن مالك لا رجوع لهم سوى الأم . وقال أحمد : لا رجوع لها أيضاً فأما غير الأصول من الأقارب كالأخ والعمة وسائر الأقارب كالأجنبي .

وقال ابن الجلاب المالكي في كتاب « التفرع » : وكل من وهب هبة فليس فيها رجعة إلا

(١) حسن : أخرجه أبو داود (٣٥٣٩) ، والترمذي (٢٢٣٠) ، والنسائي (٣٤٦٤) ، وابن ماجه (٢٣٧٨) ، والحاكم (٤٦/٢) وقال : صحيح الإسناد من طريق حسين المعلم عن عمرو بن شعيب عن طاووس عن ابن عمر وابن عباس . . . مرفوعاً . وقد خالف حسين المعلم عامر الأحول والحجاج بن أرطاة وأسامة بن زيد فرووه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده .

قلت : وحسين المعلم أحفظ لعلمهم سلكوا الجادة فرووه بالإسناد المشهور عن عمرو بن شعيب ، وعامر الأحول والحجاج وأسامة ضعفاء .

ولأن الرجوع يضاد التملك والعقد لا يقتضي ما يضاده ، بخلاف هبة الوالد لولده على أصله لأنه لم يتم التملك لكونه جزءاً له . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام : « الواهب أحق بهبته ما لم يشب منها »

للوالدين خاصة ، فإن لهما الرجعة فيما وهبا لولدهما ما لم يتداين أو يتزوج ، فإن تداين أو تزوج لم يكن للوالدين في الهبة رجعة ، فإن تغيرت الهبة عند الولد فليس للوالد فيها رجعة ، وإن باعها الولد وأخذ ثمنها لم يكن للوالد إلى الثمن فيها سبيل ، انتهى .

وفي « وجيز الشافعية » : ولا رجوع فيها إلا للوالد فيما يهب لولده ، وفي معناه الولد والجد وكل أصل . وقيل : إنه يختص بالأب ، وإن تصدق الأب عليه لفقره ففي الرجوع خلاف ، وتلف الموهوب أو زال ملك المتهب فات الرجوع ولا يثبت طلب القيمة ، وقال المزني : لا يحل لواهب أن يرجع في هبته وله أن يرجع في هديته ، وإن لم يثبت عليها إلا الأب .

وأما الحديث أخرجه أصحاب السنن الأربعة عن حسين المعلم عن عمرو بن شعيب عن طاووس عن ابن عمر وابن عباس - رضي الله عنهم - عن النبي عليه السلام قال : « لا يحل لرجل أن يعطي عطية أو يهب هبة فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده ، ومثل الذي يعطي العطية ثم يرجع فيها كمثل الكلب يأكل فإذا شبع فأنم عاد في قيئه » . قال الترمذي - رحمه الله - : حديث حسن صحيح ، ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم في مستدركه وقال : حديث صحيح الإسناد ، ورواه أحمد في مسنده والطبراني في معجمه والدارقطني في سننه .

م : (ولأن الرجوع يضاد التملك ، والعقد لا يقتضي ما يضاده) ش : فوجب أن يلزم كالبيع م : (بخلاف هبة الوالد لولده على أصله) ش : أي على أصل الشافعي ، فإن من أصله أن للأب حق الملك في مال ابنه ، لأنه جزؤه فالتملك منه كالتملك من نفسه من وجه . وقوله بخلاف إلى آخره جواب عما يقال فهذه العلة موجودة في هبة الوالد للولد ، وتقريره إياك نسلم ذلك م : (لأنه لم يتم التملك لكونه جزءاً له) ش : لأن الولد كسبه أو بعضه فلم يتم التملك كما في الزكاة .

م : (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام : « الواهب أحق بهبته ما لم يشب منها ») ^(١) ش : قال

(١) ضعيف جداً : رواه ابن ماجه (٢٣٨٧) ، والدارقطني (٤٣/٣) ، من طريق إبراهيم بن إسماعيل بن مجمع ابن جارية ، عن عمرو بن دينار ، عن أبي هريرة . . . مرفوعاً . وإبراهيم بن إسماعيل ضعيف . وأخرجه الدارقطني (٤٤/٣) ، من طريق إبراهيم الأسلمي عن محمد بن عبيد الله عن عطاء عن ابن عباس مرفوعاً .

قلت : وإسناده منكر ضعيف فيه العزمي وقد ضعفوه ، والأسلمي وهو متهم .

ورواه الحاكم (٥٢/٢) ، والدارقطني (٤٣/٣) ، من طريق عبد الله بن موسى ثنا حنظلة بن أبي سفيان ، قال : سمعت سالم بن عبد الله يحدث عن ابن عمر . . . مرفوعاً .

الأترزي : فيه نظر ، لأنه من كلام علي - رضي الله عنه - لا من كلام النبي عليه السلام ، وقد مر ذكره ، وأشار به إلى ما ذكره قبل هذا . وحديث الطحاوي عن سليمان عن عبد الرحمن بن زياد عن شعبة عن جابر الجعفي قال : سمعت القاسم بن عبد الرحمن عن عبد الرحمن بن أبزي عن علي قال : الواهب أحق بهبته ما لم يشب منها .

وحديث الكرخي في « مختصره » قال : حدثنا الحضري قال حدثنا يحيى قال : حدثنا شريك عن جابر عن القاسم عن ابن أبزي عن علي - رضي الله عنه - قال : « الرجل أحق بهبته ما لم يشب منها » .

قلت : كيف يقول الأترزي فيه نظر ، فكأنه لم يطلع على كتب القوم . وهذا الحديث قد رواه أبو هريرة وابن عباس وابن عمر - رضي الله عنهم .

أما حديث أبي هريرة : فأخرجه ابن ماجة 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 يشب منها » . وأخرجه الدارقطني في « سننه » وابن أبي شيبة في « مصنفه » .

وأما حديث ابن عباس - رضي الله عنهما - : فله طريقان : أحدهما : عند الطبراني في « معجمه » ، حدثنا محمد بن عثمان بن أبي شيبة حدثني أبي قال : وجدت في كتاب أبي عن ابن أبي ليلى عن عطاء عن ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ : « من وهب هبة فهو أحق بهبته ما لم يشب منها ، فإن رجع في هبته فهو كالذي بقيء ثم يأكل قبيته » . الطريق الثاني : عند الدارقطني في « سننه » عن إبراهيم بن أبي يحيى الأسلمي عن محمد بن عبيد الله عن عطاء عن ابن عباس - رضي الله عنهما - عن النبي ﷺ قال : « من وهب هبة فارتجع فيها فهو أحق بها ما لم يشب منها ، ولكنه كالكلب يعود في قبيته » .

وأما حديث ابن عمر - رضي الله عنه - : فرواه الحاكم في « المستدرک » حدثنا أحمد بن حازم بن أبي عذرة حدثنا عبيد الله بن موسى حدثنا حنظلة بن أبي سفيان قال : سمعت سالم بن عبد الله يحدث عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ قال : « من وهب هبة فهو أحق بها ما لم يشب منها » وقال : حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه ، إلا أن يكون الحمل فيه على شيخنا ، ورواه الدارقطني في « سننه » .

= قال البيهقي : وقد غلط فيه عبد الله بن موسى ، والصحيح رواية عبد الله بن وهب عن حنظلة عن سالم عن أبيه عن عمر . . . مرفوعاً .

أي ما لم يعوض ، ولأن المقصود بالعقد هو التعويض للعادة ، فثبت له ولاية الفسخ عند فواته ؛
إذ العقد يقبله .

فإن قيل : قد قال البيهقي غلط فيه عبید الله بن موسى ، والصحيح رواية عبد الله بن وهب عن حنظلة عن سالم عن أبيه عن عمر - رضي الله عنهما - من قوله ، وإسناد حديث أبي هريرة الأليق ، إلا أن فيه إبراهيم بن إسماعيل وهو ضعيف عند أهل الحديث ، فلا يبعد منه الغلط ، والصحيح رواية سفيان بن عيينة عن عمرو بن دينار عن سالم عن أبيه عن عمر فرجح الحديث إلى عمر - رضي الله عنه - من قوله وقال ابن القطان في طريق الطبراني : هو لم يصل إلى العزمي إلا على لسان كذاب وهو إبراهيم بن أبي يحيى الأسلمي ، فلعل الخيانة منه .

قلت : حديث ابن عمر صحيح مرفوعاً ، ورواته ثقات ، كذا قال عبد الحق في « الأحكام » ، وصححه ابن حزم ، وكذا قال الحاكم كما ذكرنا ، وقد توبع راويه كما أخرجه الدارقطني عن إسماعيل الصفار عن علي بن سهل عن عبید الله ، فلا حمل على شيخ الحاكم ، ولا نسلم للبيهقي أنه وهم ، بل يحمل على أن لعبید الله فيه إسنادين ولا يقال يجوز أن يكون المراد به قبل التسليم فلا يكون حجة ، لأن ذلك لا يصح ، لأن قوله أحق يدل على أن لغيره حقاً فيها ، ولا حق لغيره قبل التسليم . ولأنه لو كان كذلك لخلا قوله ما لم يثب منها عن الفائدة ، إذ هو أحق قبله وإن شرط العوض .

م : (أي ما لم يعوض) ش : هذا ليس من الحديث ، بل هو تفسير لقوله ما لم يثب وهو على صيغة المجهول من الإثابة وهو التعويض ، وأصله من الثوب وهو الرجوع . يقال ثاب الرجل يثوب ثوباً وثوباً ثوباً .

م : (ولأن المقصود بالعقد هو التعويض للعادة فثبت له ولاية الفسخ عند فواته) ش : أي فوات المقصود م : (إذ العقد يقبله) ش : أي الفسخ ، قيل فيه نظر ، لأن المقاصد بالهبات مختلفة ، فقد يكون المقصود مكافأة الموهوب عن إحسانه ، وقد يكون الحامل على الهبة مجرد المحبة ، وقد يكون المقصود نسج المودة أو النفع بالبدن أو بالجاه ، وتسمى رشوة أو العوض المالي وليس القصد منحصراً في التعويض بالمال ، حتى يقال إنه إذا لم يثب من الهبة بالمال ، والتعويض غير مشروط أنه يجوز الرجوع فيها ، ويمكن أن يجاب عنه بأن المقصود غالباً هو العوض المالي ، أشار إليه بقوله العادة يعني عادة الناس غالباً من هباتهم التعويض بالمال . ولهذا يقال - الأبادي فروض - وقد تأبدت بالشرع ، قال عليه السلام : « تهادوا تحابوا »^(١) والمعروف كالمشروط ، والتفاعل يقتضي وجود الفعل من الجانبين .

(١) ضعيف : تقدم تخريجه .

والمراد بما روي نفي استبداد الرجوع وإثباته للوالد ؛ لأنه يتملكه للحاجة ، وذلك يسمى رجوعاً ، وقوله في الكتاب : فله الرجوع لبيان الحكم ، أما الكراهة فلازمة لقوله عليه الصلاة والسلام : « العائد في هبته كالعائد في قبته » ،

فإن قيل : يشكل على هذا ما إذا وهب لعبد ذي الرحم المحرم ، فإن له أن يرجع على قول أبي حنيفة ومع أنه ليس من أهل التعويض . وكذا في هبة الفقير .

قلت : هو من أهل أن يعوض بمنافعه التي توجد منه ومن أهل أن يعوض بكسبه عند إذن المولى . وأما الهبة للفقير فعبرة عن الصدقة ، وقال صاحب « العناية » : لأن العادة الظاهرة أن الإنسان يهدي إلى من فوقه ليصونه بجاهه ، وإلى من دونه ليعدمه وإلى من يساويه ليعوضه .

قلت : فعلى هذا ليس له الرجوع إلا في الثالث ومع هذا له الرجوع في الكل ما لم يعوض .

م : (والمراد بما روي) ش : أراد به الحديث الذي احتج به الشافعي وهو على صيغة المجهول ويجوز صيغة المعلوم بأن يكون الشافعي أعلمه ، وأشار بهذا الكلام إلى الجواب عن هذا الحديث .

تقريره أن المراد به م : (نفي استبداد الرجوع) ش : أي عدم استقلال الواهب بالرجوع من غير قضاء ولا رضا إلا الوالد إذا احتاج إلى ذلك ، فإنه ينفرد بالأخذ لحاجته بلا قضاء ولا رضا ، وهو معنى قوله م : (وإثباته) ش : أي إثبات الرجوع م : (للوالد ؛ لأنه يتملكه للحاجة) ش : أي يتملك الرجوع عند حاجته من غير مانع لما ذكرنا م : (وذلك يسمى رجوعاً) ش : أراد أن رجوع الوالد عند الحاجة إنما يسمى رجوعاً باعتبار الظاهر وإن لم يكن رجوعاً في الحكم .

قيل : فيه نظر لأن النبي عليه السلام أطلق استثناء الوالد ولم يقيد جواز رجوعه فيما وهب لولدها حاجة فيجب إجراؤه على إطلاقه ، وليحصل الفرق بين أخذ من مال ولد ورجوعه فيما وهبه إياه .

وتأويل آخر أن المراد لا يحل الرجوع ديانة ومروءة ، وهذا جاء في أكثر الروايات بلفظ لا يحل ، فكان بمنزلة قوله عليه السلام : « لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر أن يبيت شبعمان وجاره جنبه طاو » أي لا يليق ذلك ديانة ومروءة . وإن كان جائزاً في الحكم إذا لم يكن عليه حق واجب ، وهكذا يقول لا يليق الرجوع ديانة ومروءة ، فيكون مكروهاً .

م : (وقوله في الكتاب) ش : أي قول القدوري في كتابه م : (فله الرجوع لبيان الحكم ، أما الكراهة) ش : أي في الرجوع م : (فلازمة لقوله عليه الصلاة والسلام : « العائد في هبته كالعائد في قبته ») ش : هذا الحديث أخرجه الجماعة إلا الترمذي عن قتادة عن سعيد بن المسيب عن ابن عباس عن النبي عليه السلام قال : « العائد في هبته كالعائد في قبته » زاد أبو داود قال قتادة : ولا نعلم القبيء إلا حراماً .

وهذا لاستقباحه ثم للرجوع موانع ، ذكر بعضها فقال : إلا أن يعوضه عنها لحصول المقصود

وأما في بعض نسخ الهداية : « العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه » وهو كذلك في غالب كتب أصحابنا . وهكذا أخرجه البخاري ومسلم عن طاووس عن ابن عباس أن النبي عليه السلام قال : « العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه » .

م : (وهذا) ش : أي تشبيه النبي عليه السلام م : (لاستقباحه) ش : واستقذاره لا في حرمة الرجوع كما زعم الشافعي ، ألا ترى أنه قال في رواية أخرى : « كالكلب يعود في قيئه » ، وفعل الكلب يوصف بالقبح لا بالحرمة وبه نقول إنه يستقبح .

قيل : قد استدل المصنف على كراهة الرجوع بهذا الحديث الصحيح ، ثم يشترطون في جوازه الرضى أو القضاء ، وإذا كان الرجوع بالرضى فلا كلام فيه ، ولا إشكال ، وأما إذا كان بالقضاء فكيف يسوغ للقاضي الإعانة على مثل هذه المعصية ، وكيف يكون إعانة على المعصية التي هي معصية أخرى نتيجة للجواز .

وإذا كان الرجوع قبل القضاء غير جائز فبعده كذلك ، لأن قضاء القاضي لا يحلل الحرام ولا يحرم الحلال . وإنما قضاء القاضي إعانة لصاحب الحق على وصوله إلى حقه ، فإذا كان الرجوع في الهبة لا يحل لا يصير بالقضاء حلالاً ، والقاضي غير مشرع .

وقد اعترف المصنف بعد ذلك بأن في الأصل الرجوع في الهبة واه فكيف يسوغ للقاضي الإقدام على أمر واه ضعيف مكروه ، ولا يقال إن اشتراط القضاء ليرتفع الخلاف ، لأن القضاء في مسائل الخلاف إنما يشترطه المخالف في ثبوت الحكم .

م : (ثم للرجوع موانع ذكر بعضها) ش : أي ذكر القدوري بعض الموانع ، قيل الموانع سبعة جمعها القائل في قوله : موانع الرجوع في فصل الهبة بسبعة حروف ، دمع خزقه ، فالدال الزيادة ، والميم موت الواهب ، والعين العوض ، والخاء الخروج عن ملك الموهوب ، والزاي الزوجية ، والقاف القرابة والهاء هلاك الموهوب . وذكر شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده في « مبسوطه » أن الموانع تسعة ، وذلك لأن الموت على قسمين ، موت الواهب وموت الموهوب له ، والتاسع التغير من جنس إلى جنس .

م : (فقال) ش : أي القدوري : م : (إلا أن يعوضه عنها) ش : أي إلا أن يعوض الموهوب له الواهب عن الهبة م : (لحصول المقصود) ش : لأن مقصوده كان التعويض وقد حصل ، قال أصحابنا : إن العوض الذي يسقط به الرجوع ما شرط في العقد ، فأما إذا عوضه بعد العقد لا يسقط الرجوع لأنه غير مستحق على الموهوب له ، وإنما تبرع به ليسقط عن نفسه الرجوع فيكون هبة مبتدأة وليس كذلك إذا شرطت في العقد ، لأنه يوجب أن يصير حكم العقد حكم

البيع وتعلق به الشفعة ويرد بالعيب ، فدل ذلك أنه قد صار عوضاً عنها .

وذكر في « التحفة » : فأما العوض المتأخر عن العقد فهو لإسقاط الرجوع ، ولا يصير في معنى المعاوضة لا ابتداء ولا انتهاء م : (أو تزيد) ش : أي العين الموهوبة م : (زيادة متصلة) ش : كالغرس والبناء والسمن ، وبه قال أحمد في رواية ، وفي أخرى : لا يمنع الرجوع في هبة الوالد لولده .

وقال الشافعي : لا تمنع هذه من الرجوع في موضع الرجوع . وفي « الروضة » : إن كانت الزيادة متصلة كالولد والكسب رجع في الأصل وبقيت الزيادة للمتهب ، ولو كان الموهوب ثوباً فضيعه الابن رجع في الثوب ، والابن شريك في الصبغ ، ولو قصره أو كان حنطة فطحنها ، أو غزلاً فنسجه ، فإن لم تزد قيمته رجع ولا شيء للابن وإن زادت . فإن قلنا : القصارة عين فالابن شريك ، وإن قلنا أثر فلا شيء له ، ولو كان أرضاً فبنى فيها أو غرس رجع الأب في الأرض ، وليس له قطع البناء والغراس مجاناً ، لكنه يحرس إلا لبقاء بأجرة ، أو التملك بالقيمة أو القلع ، وغرامة النقض كالعارية . انتهى .

ومذهب مالك في هذا الفصل أنه يمنع الرجوع كمذهبنا . وقال في « الجواهر » ولو زادت أي العين الموهوبة في عينها أو نقصت منع ذلك في الرجوع فيها . وقال مطرف وابن الماجشون لا يمنع ذلك من اعتبارها ، وفيه أيضاً وبغير الهبة في قيمتها تتغير الأسواق لا يمنع من الرجوع فيها . انتهى . وإنما قيد بقوله متصلة لأن المنفصلة لا تمنع الرجوع بلا خلاف ، فإن الجارية الموهوبة إذا ولدت كان للواهب الرجوع .

وفي « الذخيرة » : لو ولدت الجارية بعد الهبة يرجع فيها دون الولد . قال أبو يوسف : إنما يرجع فيها إذا استغنى الولد عنها ، والمراد بالزيادة في نفس الموهوب له شيء يوجب زيادة في قيمته ما لو زاد في نفسه ولم يوجب ذلك زيادة في قيمته ، كما لو طال الغلاء لا يمنع أيضاً تلك الزيادة يوجب نقصاً فيه فلا يمنع الرجوع والزيادة من حيث السعر لا يمنع أيضاً ، وكذا الحكم في جميع الحيوانات والثمار وغير ذلك ذكره في « المحيط » .

فإن قيل : ما الفرق بين الرد بالعيب والرجوع في الهبة والمتصلة بالعكس ؟ .

اجيب : بأن الرد في المنفصلة ، إما أن يرد على الأصل والزيادة جميعاً أو على الأصل ووجد لا سبيل إلى الأول ، لأن الزيادة إما أن تكون مقصودة بالرد أو بالتبعية والأول أصح ، لأن العقد لم يرد عليها ، والفسخ يرد على مورد العقد وكذلك الثاني ، لأن الولد بعد الانفصال لا يتبع الأم لا محالة ، ولا إلى الثاني لأنه يبقى الزيادة في يد المشتري مجاناً وهو ربا .

لأنه لا وجه إلى الرجوع فيها دون الزيادة لعدم الإمكان ، ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد. قال : أو يموت أحد المتعاقدين لأن بموت الموهوب له ينتقل الملك إلى الورثة، فصار كما إذا انتقل في حال حياته ،

بخلاف الرجوع في الهبة ، فإن الزيادة لو بقيت في يد الموهوب له مجاناً لم تفض إلى الربا ، وأما في المتصلة فلأن الرد بالعيب إنما هو ممن حصلت على ملكه فيه إسقاط حقه برضاه ، فلا تكون الزيادة مانعة عنه ، بخلاف الرجوع في الهبة ، فإن الرجوع ليس برضى ذلك وباختياره فكانت مانعة .

م : (لأنه) ش : أي لأن الشأن م : (لا وجه إلى الرجوع فيها) ش : أي في العين الموهوبة م : (دون الزيادة لعدم الإمكان) ش : الفصل م : (ولا مع الزيادة) ش : أي لا وجه للرجوع أيضاً مع الزيادة م : (لعدم دخولها تحت العقد) ش : أي لعدم دخول الزيادة في العقد ، وليست بموهوبة فلم يصح الرجوع فيها ، والفصل غير ممكن ليرجع في الأصل دون الزيادة ، فامتنع الرجوع أصلاً .

فإن قلت : حق الرجوع ثابت في حق الأصل فيسري إلى أوصافه .

قلت : ثبوت الحكم في التبع ثبوته في الأصل ، لأنه عرض قائم بالواهب وليس بوصف للمحل ، ولا يقال الملك لا يوصف للزوم من أوصافه . وفي « الذخيرة » : الزيادة من حيث الشعر لا تمنع ، لأنها ليست بزيادة في العين بل هي زيادة رغبات الناس ، والعين بحالها ، ولو علمه القرآن أو الحرفة أو أسلم أو قضى دينه فهذا لا يمنع عند أبي حنيفة وزفر - رحمهما الله - لأنها ليست بزيادة في العين كالشعر . وعند أبي يوسف ومحمد وأحمد - رحمهم الله - يمنع لأنها زيادة معنوية . ولو اختلفا في الزيادة فالقول للواهب لأنه ينكر لزوم العقد . وعند زفر القول للموهوب له لأنه ينكر حق الواهب في الرجوع .

م : (قال أو يموت أحد المتعاقدين ، لأن بموت الموهوب له ينتقل الملك إلى الورثة ، فصار كما إذا انتقل في حال حياته) ش : لأن الثابت للوارث وإن كان له حكم البقاء فيما يرجع إلى المحل حتى يرد بالعيب ويرد عليه ، ولكن في حق المالك هو ملك جديد لأنه صار له بعد أن لم يكن .

وهنا يجب الاستبراء أو يحل له لو كان صدقة ، فصار كأنه انتقل إليه في حال حياته ، فيمنع الرجوع وبهذا أخرج الجواب عما يقال لم يجعل موت المورث في حق خيار العيب بمنزلة انتقال الملك إلى الورثة وجعلها بمنزلة انتقاله إليهم .

وتحقيق الجواب : أن التوريث إنما يجري في الأعيان لا في الأوصاف ، وفي خيار العيب يستحق المورث سليماً والذي اشتراه معيباً وهو الذي انتقل إلى وارثه ، فيكون له الخيار في

وإذا مات الواهب فوارثه أجنبي عن العقد ، إذ هو ما أوجبه قال : أو يخرج الهبة عن ملك الموهوب له ؛ لأنه حصل بتسليطه فلا ينقضه ، ولأنه يتجدد الملك بتجدد سببه . قال : فإن وهب لآخر أرضاً بيضاء فأنبت في ناحية منها نخلاً أو بنى بيتاً أو دكاناً أو أرياً وكان ذلك زيادة فيها فليس له أن يرجع في شيء منها ؛ لأن هذه زيادة متصلة . وقوله : « وكان ذلك زيادة فيها »

العين . وأما ما هنا فليس له ذلك لأنه يؤدي إلى توريث الخيار وهو وصف محض فلا يصح .

م : (وإذا مات الواهب فوارثه أجنبي عن العقد إذ هو ما أوجبه) ش : أي ما أوجب الملك للموهوب له ، فلا يكون له حق الرجوع بالنص ، لأنه أوجب الرجوع للواهب وهو ليس بواهب .

م : (قال) ش : أي القدوري : م : (أو يخرج الهبة) ش : أي العين الموهوبة وفي بعض النسخ أو يخرج الموهوب م : (عن ملك الموهوب له ، لأنه حصل بتسليطه) ش : أي لأن خروج ملك الواهب عن ملك الموهوب له حصل بتسليط الواهب م : (فلا ينقضه) ش : لأن سعي الإنسان في نقص ما تم من جهته مردود ، م : (ولأنه يتجدد الملك بتجدد سببه) ش : وهو التملك ، وتبدل الملك كتبدل العين لم يكن له الرجوع ، فكذا في تبديل السبب .

م : (قال) ش : أي في « الجامع الصغير » : م : (فإن وهب لآخر أرضاً بيضاء) ش : أراد به أرضاً خالية مكشوفة عن الشواغل م : (فأنبت) ش : أي الموهوب له م : (في ناحية منها نخلاً أو بنى بيتاً أو دكاناً) ش : وهي مصطبة مرتفعة وعرف الناس الدكان هو الذي يسكنه السوقي وهو معروف م : (أو أرياً) ش : بفتح الهمزة وكسر الراء وتشديد الياء آخر الحروف ، وهو العلف عند العامة وهو مراد الفقهاء ، والأري في اللغة مجلس الدابة ، وقد يسمى الآخر « أرياً » وهو حبل يشد الدابة في مجلسها ، وهو في التقدير فاعل والجمع « الأري » يخفف ويشدد بقول منه أريت للدابة تارية وتاري .

وبالمكان إذا قام به م : (وكان ذلك) ش : الواو للحال ، والتقدير والحال أنه قد كان ذلك ، والإشارة إلى المذكور من قوله : أنبت في ناحية منها نخلاً إلى آخره .

وفي « الذخيرة » : وإن كان ذلك لا يعد زيادة كالأري أو يعد نقصاناً كالتنور في الكشانية لا يمنع الرجوع ، قيد به لأن ما لا يكون كذلك أو كان ولكن لعظم المكان بعد زيادة في قطعة منها لا يمنع الرجوع في غيرها .

م : (زيادة فيها) ش : أي في الأرض ، وقد أعاد بعض الشراح الضمير إلى الدار وليس كذلك ، لأن المذكور هو الأرض ، وإنما حملة على ما ذكره في « الجامع الصغير » لصدر الإسلام فإنه ذكر فيه .

إشارة إلى أن الدكان قد يكون صغيراً حقيراً لا يعد زيادة أصلاً ، وقد تكون الأرض عظيمة يعد ذلك زيادة في قطعة منها فلا يمتنع الرجوع في غيرها قال : فإن باع نصفها غير مقسوم رجع في الباقي ، لأن الامتناع بقدر المانع ، وإن لم يبع شيئاً منها له أن يرجع في نصفها لأن له أن يرجع في كلها ، فكذا في نصفها بالطريقة الأولى

وقوله : وكان ذلك فيما يريد بهذا إن بنى دكاناً بعد ذلك زيادة في الدار ، وهذا لأن الزيادة في جانب الدار توجب زيادة في كل الدار ، فإنه يزداد قيمة بها كل الدار ، كما إذا كان في أجدر عينها بياض فتزال البياض فالزيادة في عينها تكون زيادة في كل الجارية وإن كان في موضع خاص كذلك م : (فليس له أن يرجع في شيء منها ، لأن هذه زيادة متصلة) ش : فالاتصال يمنع الرجوع .

م : (وقوله : « وكان ذلك زيادة فيها » إشارة) ش : بهذا إلى بيان فائدة التقييد في الجامع الصغير بقوله وكان ذلك زيادة فيها م : (إلى أن الدكان قد يكون صغيراً حقيراً لا يعد زيادة أصلاً وقد تكون الأرض عظيمة يعد ذلك زيادة في قطعة منها فلا يمتنع الرجوع في غيرها) ش : أي في غير القطعة التي فيها الزيادة .

وقال شيخ الإسلام علي الدين الأسبجاني في شرح « الكافي » : وهو إذا كانت الأرض صغيرة يزيد الغرس ، فأما إذا كانت كبيرة وغرس في جانب منها ينقطع حق الرجوع في المكان الذي غرس فيه الأشجار فيكون وضع مسألة الكتاب في الأرض الصغيرة .

قال : وإن كانت الهبة داراً فانهدم البناء كان له أن يرجع في الباقي ، لأن هذا نقصان في الهبة ، والنقصان لا يمنع الرجوع .

وكذلك إذا استهلك بعض الهبة ببيع أو غيره ينقطع حقه في المسجد أو وضع فيه سواري أو باباً أو حصى ليس له الرجوع ، لأنه يترك عادة .

ولو وضع فيه حباً أو علق قنديلاً له الرجوع . والنقل والنقب في اللؤلؤة إن كان يزيد في الثمن يسقط الرجوع .

ولو وهبه عبداً صغيراً شاخ ونقصه قيمته سقط الرجوع ، لأنه زاد في يده ولو ازدادت قيمته بالنقل إلى بلد آخر سقط بخلاف ما إذا غلا السعر .

م : (قال) ش : أي في « الجامع الصغير » : م : (فإن باع نصفها غير مقسوم) ش : أي إن باع الموهوب له نصف الأرض الموهوبة حال كونه غير مقسوم م : (رجع في الباقي ، لأن الامتناع بقدر المانع وإن لم يبع شيئاً منها له أن يرجع في نصفها ، لأن له أن يرجع في كلها فكذا في نصفها بالطريقة الأولى) ش : هذا كله ظاهر غني عن زيادة البيان .

وإن وهب هبة لذي رحم محرم منه فلا يرجع فيها ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : « إذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها »

م : (وإن وهب هبة لذي رحم محرم منه فلا رجوع فيها) ش : وبه قالت الثلاثة ، وفي هبة أحد الزوجين لآخر لا رجوع فيها أيضاً ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد في رواية ، وفي أخرى يرجع في هبة المرأة لزوجها دون العكس . م : (لقوله عليه الصلاة والسلام : « إذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها ») ش : هذا الحديث أخرجه الحاكم في « مستدركه » في البيوع والدارقطني والبيهقي في « سننهما » عن عبد الله بن جعفر عن عبد الله بن المبارك عن حماد بن سلمة عن قتادة عن الحسن عن سمرة قال : قال رسول الله ﷺ : « إذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها »^(١) .

فإن قلت : هذا الحديث ضعفه البيهقي ، وقال ابن الجوزي في التحقيق : وعبد الله بن جعفر هذا ضعيف .

قلت : قال الحاكم : هذا حديث صحيح على شرط البخاري ومسلم ولم يخرجاه ، ولكن الشيخ تقي الدين تعقبه في الإمام ، وقال : بل هو على شرط الترمذي .

وخطأ صاحب « التنقيح » ابن الجوزي في تضعيفه عبد الله بن جعفر وقال : بل هو ثقة من رجال الصحيحين ، ورواة هذا الحديث كلهم ثقات .

فإن قلت : قال البيهقي : حديث الحسن عن سمرة هذا ليس بالقوي .

قلت : قد ذكر هو في كتاب « البيوع » في سننه حديث الحسن عن سمرة أنه عليه السلام نهى عن بيع الشاة ، وصحح إسناده ، وقال : قد احتج البخاري بالحسن عن سمرة .

فالعجب كل العجب من البيهقي إذا كان الحديث له يصححه بالإسناد الذي يضعفه عند كونه عليه ، والعجب أيضاً من بعض من يتصدى في إلقاء الأنظار في هذا الكتاب أنه قال : هذا الحديث ضعفه البيهقي وسكت على هذا ، ومضى ظاناً أنه نظر .

والعجب أيضاً من الأتزازي مع دعواه العريضة في الحديث حيث قال في شرحه مثل هذا في قول عمر ، وكذلك قال الكاكي ، ثم روى حديث آخر ضعيفاً وسكت عن الصحيح وانتصر بالضعيف .

(١) أخرجه الحاكم (٥٢/٢) ، والدارقطني (٤٤/٣) ، والبيهقي (١٨١/٦) من طريق عبد الله بن جعفر عن عبد الله بن المبارك عن حماد بن سلمة ، عن قتادة عن الحسن عن سمرة مرفوعاً ، قال الدارقطني : تفرد به عبد الله بن جعفر ، قال الحافظ البيهقي : لم يكتبه إلا بهذا الإسناد وليس بالقوي .

ولأن المقصود صلة الرحم وقد حصل . وكذلك ما وهب أحد الزوجين للآخر ؛ لأن المقصود فيها الصلة كما في القرابة . وإنما ينظر إلى هذا المقصود وقت العقد حتى لو تزوجها بعدما وهب لها فله الرجوع فيها ، ولو أبانها بعدما وهب فلا رجوع . قال : وإذا قال الموهوب له للواهب خذ هذا عوضاً عن هبتك أو بدلاً عنها أو في مقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع لحصول المقصود ،

م : (ولأن المقصود صلة الرحم وقد حصل) ش : لأن كل عقد أفاد المقصود يلزم ، فإن وهب لقن أخيه أو لأخيه القن يرجع خلافاً لهما في الأولى م : (وكذلك ما وهب أحد الزوجين للآخر ، لأن المقصود فيها الصلة كما في القرابة) ش : يعني أن ما يهبها من الزوجين للآخر نظير القرابة بدليل التوارث من الجانبين من غير حجب وعدم قبول الشهادة م : (وإنما ينظر إلى هذا المقصود وقت العقد ، حتى لو تزوجها بعدما وهب لها فله الرجوع فيها) ش : لوقوع الهبة لأجنبية ، وكان مقصوده الغرض ولم يحصل .

م : (ولو أبانها بعدما وهب فلا رجوع) ش : لأنها وقت الهبة زوجته ، وفي جامع قاضي خان : وهبت لزوجها ضيعة على أن لا يطلقها وقتاً معلوماً فطلقها قبله فالهبة باطلة ، وإن لم يوقت ثم طلقها بعده فالهبة صحيحة ، لأنه وفي بالشرط .

وقال الإمام الأسبجيابي في شرح « الكافي » : رجل وهب لامرأة هبة ثم تزوجها فله أن يرجع فيها ، لأنه لم يقع مجازاة ولا صلة ، وإن وهب لها هبة ثم أبانها لم يكن له أن يرجع فيها لأنه حصل المقصود بهذه الهبة وهو تحقيق الصلة حال وقوعها فبطل حق الرجوع .

م : (قال) ش : أي القدوري : م : (وإذا قال الموهوب له للواهب : خذ هذا عوضاً عن هبتك أو بدلاً عنها أو في مقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع لحصول المقصود) ش : الشرط فيه أن يعلم أنه عوض هبة ، فإذا لم يعلم أنه عوض هبة فإذا لم يعلم فله الرجوع في هبته والموهوب له في عوضه .

وفي « جامع قاضي خان » و « الفتاوى » : وصورة التعويض أنه يذكر لفظاً يعلم الواهب أنه عوض هبة بأن يقول الموهوب له خذ هذا عوضاً أو جزاء هبتك أو ثواب هبتك أو بدل هبتك ، أما إذا لم يعلم كان لكل منهما الرجوع .

وفي « المبسوط » : سواء كان العوض شيئاً قليلاً أو كثيراً من جنس الهبة أو من غير جنسها لأنها ليست معاوضة محضة ، فلا يتحقق فيه الربا ، ولا بد أن يكون العوض من مال هو غير الموهوب حتى لو عوض شيئاً من الموهوب بأن كانت الهبة ألف درهم واحد من تلك الدراهم لا يجوز ، وكذلك لو كانت الهبة داراً والعوض بيت منها لا يجوز ، وعند زفر يجوز ويشترط

وهذه العبارات تؤدي إلى معنى واحد ، وإن عوضه أجنبي عن الموهوب له متبرعاً فقبض الواهب العوض بطل الرجوع ، لأن العوض لإسقاط الحق فيصح من الأجنبي كبذل الخلع والصلح .

شرائط الهبة في العوض في القبض والإقرار لأنه تبرع م : (وهذه العبارات تؤدي إلى معنى واحد) ش : لأن هذه الألفاظ كلها تدل على المكافأة ، فحصل مقصود الواهب وانقطع الرجوع .

م : (وإن عوضه أجنبي عن الموهوب له متبرعاً) ش : أي حال كونه متبرعاً ، هذا ليس بقيد فإن الحكم في غير المتبرع كذلك ، حتى لو عوضه الأجنبي بأمر الموهوب له عوضه بشرط أن يرجع على الموهوب له بطل الرجوع ، وإنما ذكره ليعلم بطلان الرجوع في غير المتبرع بالطريق الأولى ، ولكن لو عوضه بأمر الموهوب له لا يرجع بالعوض عليه إلا أن يضمه الموهوب له صريحاً ، بخلاف قضاء الدين ، فإنه لو قضى ديناً آخر بأمره يرجع عليه سواء ضمنه صريحاً أو لا .

والفرق أن الأداء في قضاء الدين مستحق عليه ، فكان في الأمر بلا أداء إسقاط المطالبة لمال مستحق ، فيملك ما في ذمته فيرجع عليه ، أما العوض في الهبة غير مستحق على الموهوب له وإنما أمره بأن يتبرع عنه بمال نفسه ، والتبرع بمال نفسه على غيره لا يثبت حق الرجوع من غير ضمان .

وقال الكرخي في « مختصره » : لو عوض رجل أجنبي عن الموهوب له الواهب عن هبته وقبض العوض لم يكن للواهب أن يرجع في هبته ، سواء عوض بأمر الموهوب له أو بغير أمره ، ولا للمعوض أيضاً أن يرجع في العوض على الواهب ولا على الموهوب له .

وقال شمس الأئمة البيهقي - رحمه الله - في « الكفاية » : ولا يرجع على الموهوب إلا إذا قال عوض عني على أي ضامن م : (فقبض الواهب العوض بطل الرجوع ، لأن العوض لإسقاط الحق فيصح من الأجنبي) ش : أي لإسقاط حق الرجوع لا لتمليك العين م : (كبذل الخلع والصلح) ش : أي من الأجنبي فإن المرأة تستفيد ببذل الخلع سقوط ملك الزوج عنها .

فجواز أن يكون البذل على الأجنبي وكذلك الصلح عن إنكار ، لأنه لما يسلم للمصالح سوى سقوط حق الخصوم يجوز أن يجب بدل الصلح على الأجنبي حق ابتداء بدون أن يجب عليه ، وكذلك الصلح عن دم العمد ، لأنه إسقاط أو كان الصلح عن دين سواء كان بإقرار أو إنكار .

وفي « المبسوط » قال : كصلح الأجنبي مع صاحب الدين من دينه على مال نفسه يجوز ويسقط به الدين عن المديون ، وهذا مثله .

وإذا استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض لأنه لم يسلم له ما يقابل نصفه . وإن استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة إلا أن يرد ما بقي ثم يرجع . وقال زفر - رحمه الله - يرجع بالنصف اعتباراً بالعوض الآخر ، ولنا أنه يصلح عوضاً للكل من الابتداء وبالاتحاق ظهر أنه لا عوض إلا هو ، إلا أنه يتخير لأنه ما أسقط حقه في الرجوع إلا ليسلم له كل العوض ولم يسلم له فله أن يرده . قال : وإن وهب داراً فعوضه عن نصفها رجع الواهب في النصف الذي لم يعوض ، لأن المانع خص النصف .

م : (وإذا استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض لأنه لم يسلم له ما يقابل نصفه ، وإن استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة إلا أن يرد ما بقي) ش : أي من العوض م : (ثم يرجع وقال زفر - رحمه الله - يرجع بالنصف اعتباراً بالعوض الآخر) ش : وهو الهبة ، وهو قاس أحد العوضين على الآخر ، لأن كل واحد منهما مقابل بالآخر كما في بيع العوض بالعوض ، فإنه إذا استحق بعض أحدهما يكون للمستحق عليه أن يرجع على صاحبه بما يقابله .

م : (ولنا أنه) ش : أي أن الباقي م : (يصلح عوضاً للكل من الابتداء) ش : وما يصلح أن يكون عوضاً عن الكل من الابتداء ، يصلح أن يكون عوضاً عنه في البقاء ، لأن البقاء أسهل من الابتداء م : (وبالاتحاق ظهر أنه لا عوض إلا هو) ش : أي الباقي .

وعورض بأن الغرض أنه عوض وأجزاء العوض ينقسم على أجزاء المعوض ، فإذا كان الكل في الابتداء أعواضاً عن الكل كان النصف في مقابلة النصف فكان عوضاً عن النصف ابتداء .

وأجيب : بأن ذلك في المبادلات تحقيقاً لها ، وما نحن فيه ليس كذلك فليس له ذلك الرجوع في شيء من الهبة مع سلامة جزء من العوض لما ذكرنا من الدليل ، بخلاف ما إذا كان العوض مشروطاً لأنها تتم مبادلة فيودع البدل على المبدل .

والجواب عن قياس زفر أن المعوض يملك الواهب العوض في مقابلة الموهوب قطعاً فاعتبر المقابلة والانقسام . وأما الواهب فيملك الهبة ابتداء من غير أن يقابله بشيء ثم أخذ العوض علة لسقوط حق الرجوع ، والعلة لا تنقسم على أجزاء الحكم .

م : (إلا أنه) ش : أي إلا أن الواهب م : (يتخير) ش : بين أن يرد ما بقي من العوض ويرجع في الهبة وبين أن يمسه ولا يرجع بشيء م : (لأنه ما أسقط حقه في الرجوع إلا ليسلم له كل العوض ، ولم يسلم له فله أن يرده) ش : أي يرد ما بقي من العوض .

م : (قال : وإن وهب داراً فعوضه عن نصفها رجع الواهب في النصف الذي لم يعوض لأن المانع خص النصف) ش : وغاية ما في الباب أنه لزم من ذلك الشيوع لكنه طارئ فلا يضر كما لو رجع

قال : ولا يصح الرجوع إلا بتراضيهما أو بحكم الحاكم ؛ لأنه مختلف بين العلماء ،

في النصف بلا عوض .

فإن قيل : قد تقدم أن العوض لإسقاط الحق فوجب أن يعمل الكل لئلا يلزم تجزؤ الإسقاط كما في الطلاق .

أجيب : بأنه ليس بإسقاط من كل وجه لما تقدم أن فيه معنى المقابلة ، فيجوز التجزي باعتباراه ، بخلاف الطلاق .

م : (قال) ش : أي القدوري : م : (ولا يصح الرجوع) ش : أي في الهبة م : (إلا بتراضيهما) ش : أي بتراضي الواهب والموهوب له م : (أو بحكم الحاكم) ش : أراد أن الواهب يرفع أمره إلى الحاكم ليحكم على الموهوب له بالرد إليه ، حتى لو استردها بغير قضاء ولا رضا كان غاصباً ، ولو هلك في يده يضمن قيمته للموهوب له .

وقال الشافعي وأحمد - رحمهما الله - : يجوز الرجوع في موضع له الرجوع بدون القضاء أو الرضى .

وقال شيخ الإسلام الأسبجاني في شرح مختصره « الكافي » : ليس للواهب أن يرجع في هبته عند غير قاض ، لأن العقد انعقد بتراضيهما ، فلا ينفرد بالفسخ لعدم ولايته ، وإذا فسخ لا يفسخ إلا بتراضيهما على الفسخ ، فيلزمهما بتراضيهما . انتهى .

واختلف المشايخ في معنى قولهم لا يصح الرجوع إلا بقضاء أو تراض ، فمنهم من قال : لأن الرجوع في الهبة مختلف فيه ، كما ذكره المصنف ، ومنهم من قال : إنما لم يكن للواهب أن يرجع بغير قضاء أو تراض ؛ لأن الموهوب له ملك الهبة بالقبض رقبة وتصرفاً ، فلا يثبت إلا بهما ، كما في الرد بالعيب بعد القبض ، بخلاف من له خيار الرؤية ، حيث ينفرد بالفسخ بعد القبض ، لأن ما ثبت لفوات مقصود من مقاصد العقد .

ومنهم من قال : بأن الواهب في الرجوع مستوف بدل حقه بعد وقوع الملك للموهوب له رقبة وتصرفاً لا يكون إلا بقضاء أو رضا كما في الرد بالعيب ، وكصاحب الدين إذا أراد أن يأخذ دينه من جنس آخر من مال المديون لا يملك إلا بقضاء أو رضا ، بخلاف خيار الرؤية وخيار الشرط ، فإن من له الخيار ينفرد بالفسخ من غير قضاء ولا رضى لأنه بالفسخ مستوف عين حقه ، لأنه لم يثبت هذا الخيار لفوات مقصود من مقاصد العقد ، كذا في « المبسوط » .

م : (لأنه) ش : أي لأن الرجوع في الهبة م : (مختلف بين العلماء) ش : قال بعض الشراح منهم تاج الشريعة : لأن له الرجوع عندنا خلافاً للشافعي فكان ضعيفاً ، فلم يعمل بنفسه في

وفي أصله وهاء

إيجاب حكمه وهو الفسخ ما لم ينضم إليه قرينة ليتقوى بها .

وقال صاحب « العناية » : فيه نظر ، والمخلص حمله على اختلاف الصحابة إن ثبت .

قلت : نظيره وارد ، لأن مذهب أبي حنيفة بالرجوع قد تقرر قبل الشافعي وأمثاله ، وكيف يكون اختلاف من لم يوجد وقت اجتهد المجتهد سبباً لكونه ضعيفاً ، ولكن قوله إن ثبت منه وكيف يقول ذلك بالشك وهو مذهب جماعة من الصحابة كعمر وعثمان وعلي وأبي الدرداء وغيرهم - رضي الله عنهم - .

وأخرج ابن أبي شيبة في مصنفه عن ابن عمر - رضي الله عنهما - قال : هو أحق بها ما لم يعوض منها الهبة ، يعني الهبة ، وصححه ابن حزم ، وقال : لا مخالف لهم من الصحابة .

وأخرج البيهقي من حديث حنظلة عن سالم عن أبيه عن عمر - رضي الله عنه - : من وهب هبة فهو أحق بها ، ثم كلام ابن حزم يخدش كلام صاحب « العناية » أيضاً ، لأنه ادعى أنه لا مخالف من الصحابة فمن ذهب منهم إلى الرجوع فحينئذ يتعين على كلامه مختلف بين العلماء من التابعين .

م : (وفي أصله) ش : أي وفي أصل الرجوع م : (وهاء) ش : أي ضعف ، لأنه ثبت بخلاف القياس لكونه تصرفاً في ملك الغير ، وهذا يبطل بالزيادة المتصلة وبغيرها من الموانع .

قال السغناقي وتبعه الأترازي والكاكي ناقلين عن « المغرب » : إن وهاء بالمد خطأ ، وإنما هي الوهي مصدر وهي الجمل وهي وهياً إذا ضعف . وقال صاحب « العناية » : وهو خطأ ، لأن من المقصور السماعي ليس بخطأ وتخطئة ما ليس بخطأ خطأ .

قلت : قال الجوهري : وهي السقاء وهي وهياً إذا تخرق وانشق . وفي السقاء وهي بالتسكين ووهية على التصغير ، وهو خرق قليل وهي الحائط إذا ضعف وهم بالسقوط انتهى .

فهذا كما ترى من باب فعل يفعل بفتح العين في الماضي وكسرها في المضارع نحو رمى يرمي ، ومصدر هذا الباب يأتي على وزن فعل بفتح الفاء وسكون العين نحو رمى يرمي رمياً ، ووعى يعي وعياً .

فصاحب « المغرب » يصيب من وجه في قوله وإنما هي الوهي يعني بالتسكين العين ، ومخطئ من وجه في قوله وهاء بالمد خطأ ، لأن هذا أيضاً مصدر على وزن فعال كما تقول في قلى يقلى قلاء وقلاء فعلاء على وزن فعال ، وهاء كذلك ، وقد قال الجوهري القلي البعض ، فإن فتحت القاف مددت نقول قلاه يقليه قلى وقلاء .

وفي حصول المقصود وعدمه خفاء ، فلا بد من الفصل بالرضاء أو بالقضاء حتى لو كانت الهبة عبداً فأعتقه قبل القضاء نقد ، ولو منعه فهلك لا يضمن لقيام ملكه فيه ، وكذا إذا هلك في يده بعد القضاء ، لأن أول القبض غير مضمون وهذا دوام عليه إلا أن يمنعه بعد طلبه ، لأنه تعد ، وإذا رجع بالقضاء أو بالتراضي يكون فسخاً من الأصل ، حتى لا يشترط قبض الواهب ويصح في الشائع ، لأن العقد وقع جائزاً

وقول صاحب « العناية » : لأن مد المقصور السماعي ليس بخطأ خطأ ، لأن جواز مد المقصور السماعي مبني على وجود المقصور حتى يد ، والمصدر بناء على وزن فعل بالتسكين ، فمن أين يأتي المد . نعم هذا الذي ذكره إنما يكون إذا كان المصدر على وزن فعل بتحريك العين على أن قصر الممدود أو مد المقصور من ضرورات الأشعار فافهم . فحينئذ ينبغي أن يقدر أو في أصله وهي بالتسكين أو وهاء بالمد وقد وقع في نسخ الهداية كلاهما وكلاهما صحيح بما ذكرنا ، والخطأ وهي بتحريك العين والقصر ، وهكذا هو التحقيق واقتراء الخطأ والتخبط من التقليد .

م : (وفي حصول المقصود وعدمه خفاء) ش : لأن مقصوده منها إن كان الثواب فقد حصل . وكذا إن كان غرضه إظهار الجود والسماحة ، وإن كان القرض لم يحصل فعل الوجهين الأولين ليس له الرجوع لحصول المقصود ، وعلى الوجه الأخير له الرجوع ، فلما تردد أمره احتاج إلى القضاء ليرجع جانب الرجوع على عدمه م : (فلا بد من الفصل بالرضاء أو بالقضاء حتى لو كانت الهبة عبداً فأعتقه) ش : أي الموهوب له م : (قبل القضاء نقد) ش : أي انتقد م : (ولو منعه) ش : أي الموهوب له من الواهب م : (فهلك لا يضمن لقيام ملكه فيه) ش : أي ملك الموهوب له في الموهوب .

م : (وكذا إذا هلك في يده بعد القضاء) ش : أي وكذا لا يضمن الموهوب به إذا هلك الموهوب في يده بعد قضاء القاضي بالرجوع قبل الطلب م : (لأن أول القبض غير مضمون وهذا دوام عليه) ش : أي المتحقق بعد القضاء أو على القبض الذي لم يتعقد سببه للضمان عليه م : (إلا أن يمنعه بعد طلبه لأنه تعد) ش : إلا أن يمنع الموهوب عن الواهب بعد طلبه عند القضاء بالرجوع ، لأن منعه حينئذ تعد م : (وإذا رجع بالقضاء أو بالتراضي يكون فسخاً من الأصل) ش : وبه قال الشافعي وأحمد - رحمهما الله - . وقال زفر : الرجوع بغير القضاء بمنزلة الهبة المبتدأ لعود الملك إليه بتراضيها فيعتبر عقداً جديداً في حق ثالث فأشبه الرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء م : (حتى لا يشترط قبض الواهب) ش : يعني بعد الرجوع ، فلو كان كالهبة المبتدأ مثل ما قال زفر شرط القبض .

م : (ويصح في الشائع) ش : يعني يصح الرجوع في الشائع إن رجع عن نصفه ، ولو كان كالهبة المبتدأ لما صح الرجوع في النصف الشيوع م : (لأن العقد وقع جائزاً) ش : هذا دليل على المطلوب ، تقريره أن هذا العقد وقع جائزاً غير لازم

موجباً حتى الفسخ من الأصل، فكان بالفسخ مستوفياً حقاً ثابتاً له ، فيظهر على الإطلاق .
بخلاف الرد بالعيب بعد القبض ، لأن الحق هناك في وصف السلامة لا في الفسخ فافترقا . قال :
وإذا تلفت العين الموهوبة واستحقها مستحق وضمن الموهوب له

م: (موجباً حتى الفسخ من الأصل) ش: لثبوت حق الرجوع م: (فكان بالفسخ مستوفياً حقاً
ثابتاً له ، فيظهر على الإطلاق) ش: يعني سواء كان بالتراضي أو بالقضاء ، لأنهما يفعلا
بالتراضي ما يفعل القاضي وهو الفسخ ، فيظهر على الإطلاق .

وفسر تاج الشريعة قوله : على الإطلاق ، بقوله : أي في الشائع وغيره وفي المقبوض وغير
المقبوض ، والذي ذكرناه هو أقرب ، وهو الذي ذكره بقية الشراح ، يظهر ذلك بالتأمل ، ولا يلزم
على هذا الرد في المرض ، فإنه لو رد في مرضه بغير قضاء يعتبر من الثلث ولو كان الرد
بالتراضي فسخاً من الأصل لاعتبر ذلك من جميع ماله كما في الرد بالقضاء ، لأن فيه روايتين .

وذكر ابن سماعة فيه القياس والاستحسان في القياس يعتبر من جميع ماله .

وفي الاستحسان من الثلث لأنه تمليك مبتدأ ، ولكن الرد في مرضه باختياره تم بالقصد
إلى إبطال حق الورثة عما يعلق حقهم فللرد قصد يعتبر من الثلث ، لا لأنه تمليك مبتدأ ، كذا في
«المبسوط» .

م: (بخلاف الرد) ش: هذا جواب عن قياس زفر - رحمه الله - ، وتقديره أن الرد م: (بالعيب
بعد القبض) ش: إنما يكون في صورة القضاء خاصة م: (لأن الحق هناك في وصف السلامة) ش:
حتى لو زال العيب قبل رد المبيع بطل الرد السلامة حقه له م: (لا في الفسخ) ش: لأن العيب لا
يمنع تمام العقد ، فإذا كان ثابتاً لم يقتض الفسخ ، فإذا تراضيا على ما لم يقتضه العقد من رفعه
كان ذلك كابتداء عقد بينهما ، وأما القاضي فإنما يقضي أولاً بما يقتضيه العقد من وصف
السلامة ، فإن عجز البائع قضى بالفسخ فلم يكن ما ثبت بالتراضي عين ما ثبت بالقضاء .

م: (فافترقا) ش: أي الرجوع التراضي والرد بالعيب بعد القبض بالتراضي ، وإنما قيد
بقوله بعد القبض لأن الرد بالعيب قبل القبض فسخ من الأصل سواء كان بالقضاء أو بالرضا .
وفائدة هذا أنه لو وهب لإنسان فوهب الموهوب له لآخر ثم رجع الثاني في هبته كان للأول أن
يرجع ، سواء رجع الثاني بقضاء أو بغيره خلافاً لزفر في غيره ، وإذا رد المبيع بعيب على البائع
قبل القبض فللبائع أن يرده على بائعه كذلك ، وبعد القبض إن كان بقضاء فكذلك ، وإن كان
بغيره فليس له ذلك .

م: (قال) ش: أي القدوري م: (وإذا تلفت العين الموهوبة واستحقها مستحق وضمن الموهوب له

لم يرجع على الواهب بشيء ، لأنه عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة وهو غير عامل له ،
والغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب للرجوع لا في ضمن غيره .

لم يرجع على الواهب بشيء لأنه عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة (ش : لأنه لم يلزمها لا صريحاً
وهو ظاهر ، ولا دلالة لأنه ما سلم له شيء بخلاف المعاوضة ، لأنه سلم له البديل فيكون ملتزماً
سلامة البديل م : (وهو غير عامل له) ش : أي الموهوب له غير عامل للواهب ، واحترز به عن
المودع .

فإنه يرجع على المودع بما ضمن لأنه عامل للمودع في ذلك القبض بحفظهما لأجله . وعن
المضارب إذا اشترى شيئاً بمال المضاربة ثم استحق رأس المال فضمنه المستحق فإن المضارب يرجع
على رب المال لأنه عامل له .

م : (والغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب للرجوع) ش : هذا جواب عن سؤال مقدر تقريره
أن يقال إنه غره بإيجاب الملك له في المحل ، واختياره بأنه ملك والغرور يوجب الضمان كالبائع
إذا غر المشتري . وتقرير الجواب أن الغرور لا يكون سبباً للرجوع في غير المعاوضة كالبيع
ونحوه م : (لا في ضمن غيره) ش : أي لا يكون الغرور سبباً للرجوع وغير المعاوضة كمن أخبر
إنساناً بأمن الطريق فسلك فيه فأخذه للصوص لم يرجع على المخبر بشيء .

فعلم أن حق الرجوع إنما يثبت باعتبار عقد المعاوضة ، حتى لو ضمن الواهب سلامة
الموهوب للموهوب له نصاً يرجع على الواهب ، ذكره في «الذخيرة» . وهذا لو وهب الغاصب
ما غصب أو باع أو تصدق أو أجر أو رهن أو أودع أو أعار فهلك ضمنوا ولا يرجع الموهوب
على الغاصب والمتصدق عليه على الغاصب ، ويرجع المستأجر والمرتهن ، ويرجع المشتري
بالثمن ولا يرجع السارق من الغاصب ولا غاصب الغاصب ، كذا في « فصول الإسترويشي » .

فإن قلت : لم قال والغرور في ضمن عقد المعاوضة ولم يقل في عقد المعاوضة ، فهل في
زيادة لفظه ضمن فائدة ؟

قلت : نعم فإن في ولد المغرور يرجع بالقيمة على البائع وإن لم توجد المعاوضة في الولد ،
ولكنه غرور في ضمن عقد المعاوضة فكان أن عقد المعاوضة بسبب الضمان فكذلك ما كان في
ضمنه ، لأن المتضمن يكتسي كسوة التضمنين .

فإن قلت : المودع يرجع على المودع بما ضمن ، مع أن عقد المعاوضة لم يوجد .

قلت : هذا ليس على الغرور ، بل بناء على أنه عامل له كما تقدم آنفاً . وقال الكاكي :
وقوله والغرور ، إلى آخره جواب عما قال الشافعي أنه يرجع على الواهب لأنه غره بالهبة
كالبايع إذا غر المشتري .

قال : وإذا وهب بشرط العوض اعتبر التقابض في المجلس في العوضين وتبطل بالشيوع ، لأنه هبة ابتداء ، فإن تقابضا صح العقد وصار في حكم البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية وتستحق فيه الشفعة لأنه بيع انتهاء . وقال زفر والشافعي -رحمهما الله- هو بيع ابتداء وانتهاء لأن فيه معنى البيع وهو التملك بعوض ، والعبرة في العقود للمعاني ، ولهذا كان بيع العبد من نفسه إعتاقاً . ولنا أنه اشتمل على جهتين فيجتمع بينهما ما أمكن عملاً بالشبهين

قلت : هذا ليس بظاهر على أن أكثر كتب الشافعية ناطقة ، بخلاف ما ذكره . وقال الأترابي : في قول المصنف نظر ، لأن المودع بما ضمنه لكونه يرجع مع أن عقد المعاوضة لم يوجد .

قلت : لقائل أن يقول رجوع المودع بما ضمنه لكونه عاملاً للمودع لا للغرور كما ذكرناه . م : (قال) ش : أي القدوري : م : (وإذا وهب بشرط العوض) ش : مثل أن يقول وهبتك هذا العبد على أن تهب لي هذا العبد . قال المحبوبي -رحمه الله- هذا ما ذكره بكلمة على . مثل ما ذكرناه أما لو ذكره بحرف الباء بأن قال وهبتك بهذا الثوب أو بألف درهم وقبله الآخر يكون بيعاً ابتداء أو انتهاء بالإجماع م : (اعتبر التقابض في المجلس في العوضين) ش : حتى لو لم يوجد لا يثبت الملك لواحد منهما م : (وتبطل بالشيوع لأنه هبة ابتداء . فإن تقابضا صح العقد وصار في حكم البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية وتستحق فيه الشفعة لأنه بيع انتهاء) ش : وإن كان هبة ابتداء .

م : (وقال زفر والشافعي -رحمهما الله- : هو بيع ابتداء وانتهاء ، لأن فيه معنى البيع وهو التملك بعوض ، والعبرة في العقود للمعاني) ش : وبه قال مالك وأحمد ، ألا ترى أن الكفالة له بشرط براءة الأصل حوالة ، والحوالة بشرط عدم براءة الأصل كفالة . ولو وهب ابنته لرجل كان نكاحاً .

ولو وهب عبد لنفسه كان إعتاقاً ، ولو وهب الدين لمن عليه كان إبراء فاللفظ واحد والعقود مختلفة لاختلاف المعنى والمقصود .

م : (ولهذا) ش : أي ولكون الهبة المذكورة بيعاً مطلقاً م : (كان بيع العبد) ش : أي بيع المولى للعبد بالمصدر مضاف إلى مفعوله وطوى ذكر الفاعل م : (من نفسه إعتاقاً) ش : بأن قال لعبيده بعثتك نفسك منك بألف درهم مثلاً يكون إعتاقاً للعبد .

م : (ولنا أنه اشتمل على جهتين) ش : أي جهة الهبة لفظاً وجهة البيع معنى م : (فيجتمع بينهما ما أمكن عملاً بالشبهين) ش : لأن كل ما يشتمل على جهتين وأمكن الجمع بينهما وجب إعمالهما ، لأن إعمال الشبهين لو وجد أولى من إهمال أحدهما كالإقالة لما اشتملت على معنى البيع والفسخ جمع بينهما .

وقد أمكن ، لأن الهبة من حكمها تأخر الملك إلى القبض وقد يتراخى عن البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم ، وقد تنقلب الهبة لازمة بالتعويض فجمعنا بينهما ، بخلاف بيع نفس العبد من نفسه ؛ لأنه لا يمكن اعتبار البيع فيه ، إذ هو لا يصلح مالاً لنفسه

أما اشتماله على الجهتين فظاهر ، وأما إمكان الجمع بينهما فلما ذكره بقوله م : (وقد أمكن) ش : أي الجمع بينهما م : (لأن الهبة من حكمها تأخر الملك إلى القبض) ش : وقد يوجد ذلك في البيع ، أشار إليه بقوله م : (وقد يتراخى) ش : أي الملك م : (عن البيع الفاسد والبيع) ش : أي والحال أن البيع م : (من حكمه اللزوم) ش : وبهذا ظهرت المناسبة بين البيع والهبة م : (وقد تنقلب الهبة لازمة بالتعويض) ش : يعني إذا قبض العوض م : (فجمعنا بينهما) ش : أي إذا كانت المناسبة بينهما متحققة جمعنا بينهما .

فإن قيل : المنافا هنا ثابتة لأن قضية البيع اللزوم وترتب الملك عليه بلا فصل وحكم الهبة على عكسه ، وتنافي الملازمين مستلزم لنا في الملزومين فتحقق المنافا بين البيع والهبة ضرورة .

أجيب : بأن البيع قد يكون غير لازم كالبيع بالخيار وقد لا يترتب الملك عليه كما في البيع الفاسد لتوقفه على القبض فلم يكن اللزوم ، والترتب من لوازمه ضرورة والهبة قد تقع لازمة كهبة القريب وبالعوض ، وقد يترتب الملك عليها بلا فصل كما لو كانت الهبة في يد الموهوب له فلم يكن عدم اللزوم وعدم الترتيب من لوازمه ضرورة على أن المستحيل الجمع بين المتنافيين في حالة واحدة ، فأما إذا جعلناها هبة ابتداءً وبيعاً انتهاءً فلا .

م : (بخلاف بيع نفس العبد من نفسه) ش : هذا جواب عما قاله زفر والشافعي من قولهما ، ولهذا كان بيع العبد من نفسه إعتاقاً وتقريره أن بيع العبد من نفسه إنما جعل إعتاقاً م : (لأنه لا يمكن اعتبار البيع فيه إذ هو لا يصلح مالاً لنفسه) ش : لأنه لا يملك غيره مالاً فكيف يملك نفسه مالاً .

فصل

قال : ومن وهب جارية إلا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء ، لأن الاستثناء لا يعمل إلا في محل يعمل فيه العقد ، والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفاً على ما بيناه في البيوع فانقلب شرطاً فاسداً ، والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة ، وهذا هو الحكم في النكاح والخلع

م : (فصل)

ش: أي هذا فصل ، لما كانت مسائل هذا الفصل متعلقة بالهبة بنوع من التعلق ذكرها في فصل على حدة .

م : (قال) ش: أي القدوري م : (ومن وهب جارية إلا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء ، لأن الاستثناء لا يعمل إلا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل) ش: بأن وهب حمل الجارية دونها ، فإنه لا يجوز م : (لكونه وصفاً) ش: أي لكون الحمل وصفاً لها كأطرافها من اليد والرجل فلا يكون من جنسها فلا يصح استثنائه ، لأن الاستثناء يكون من جنس المستثنى منه ، وأيضاً العقد لا يرد على الأوصاف مقصوداً حتى لو وهب الحمل لا يصح ، فكذا إذا استثنى .

م : (على ما بيناه في البيوع) ش: أي في الفصل المتصل بأول كتاب البيع م : (فانقلب شرطاً فاسداً) ش: يعني إذا لم يكن الاستثناء عاملاً انقلب شرطاً فاسداً ، لأن اسم الجارية يتناول الحمل تبعاً لكونه جزءاً منها ، فلما استثنى كل كان الاستثناء مخالفاً لمقتضى العقد ، وهو معنى الشرط الفاسد م : (والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة) ش: لأن الملك في الهبة معلق بفعل حسي وهو القبض ، والفعل الحسي لا يبطل بالشرط الفاسد ، وإنما الشرط الفاسد يؤثر في العقود الشرعية ، لأن الحسيات إذا وجدت لا مرد لها ، فلا يمكن أن يجعل عدماً .

فإن قيل : ما الفرق بين الحمل وبين الصوف على الظهر واللبن في الضرع ، فإنه إذا وهب الصوف على ظهر الغنم وأمره بجزه أو اللب في الضرع وحلبه وقبض الموهوب له ، فإنه جائز استحساناً دون الحمل .

الجواب : أن ما في البطن ليس بمال أصلاً ، ولا يعلم وجوده حقيقة ، بخلاف الصوف واللبن . ومن أصحابنا من قال : إن أمره في الحمل بقبضه بعد الولادة فقبض ينبغي أن يجوز استحساناً ، والأصح أنه لا يجوز خلافاً لأحمد وأبي ثور ، فإن عندهما يصح الاستثناء وتصح الهبة في الإماء دون الولد .

م : (وهذا هو الحكم) ش: أي صحة العقد وبطلان الاستثناء هو الحكم م : (في النكاح) ش: بأن قال تزوجتك على هذه الجارية إلا حملها يبطل الاستثناء حتى تصير الجارية مع الحمل مهرأ م : (والخلع) ش: بأن جعلت الجارية الحامل بدل الخلع ، واستثنت الحمل تكون الجارية والحمل بدل

والصلح عن دم العمد لأنها لا تبطل بالشروط الفاسدة . بخلاف البيع والإجارة والرهن لأنها تبطل بها

الخلع م : (والصلح عن دم العمد) ش : بأن قال صاحبتك ، وعلى هذا الجارية إلا حملها م : (لأنها لا تبطل بالشروط الفاسدة) ش : أي لأن هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة كالهبة .

م : (بخلاف البيع والإجارة والرهن لأنها تبطل بها) ش : أي بالشروط الفاسدة بأن اشترى جارية أو أجرها أو رهنها إلا حملها فإنه لا يصح لما قلنا .

فإن قلت : ينبغي أن لا يفسد الرهن بالشرط فالهبة لتوقف عقد الرهن على القبض ، وهو فعل حسي .

قلت : القبض في باب الرهن حكم للرهن ، لأن حكمه ثبوت يد الاستيفاء ، وحكم العقد يضاف إلى العقد ، والشرط الفاسد يؤثر في العقد ، أما في الهبة الحكم هو الملك والمالك يثبت بالقبض ، فكان القبض حكم ركن العلة ، والفساد لا يؤثر في الركن فلغى الشرط ، كذا في الإيضاح ، قال السغناقي : كأنه أراد بالركن غير العقد كما في أركان العبادات ، انتهى .

فهذا كما قد علمت ذكر المصنف القسمين في الاستثناء ، أحدهما ما يجوز فيه أصل العقد ويبطل الاستثناء ، والآخر ما يبطلان فيه جميعاً ، وبقي قسم ثالث لم يذكره ، وهو ما يصح فيهما جميعاً كالوصية ، لأن أفراد الحمل بالوصية جائز ، فكذا استثناءه . ذكر في « شرح الطحاوي » : أن هذه ثلاث مراتب ، الأولى : العقد والاستثناء فاسدان نحو البيع والإجارة والكتابة والرهن .

الثانية : العقد جائز والاستثناء فاسد نحو الهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح في دم العمد ، ويدخل في العقد الأم والولد جميعاً ، وكذلك العتق إذا أعتق الجارية واستثنى ما في بطنها صح العتق ولم يصح الاستثناء .

الثالثة : العقد والاستثناء صحيحان نحو الوصية إذا أوصى الرجل بجارية واستثنى ما في بطنها فإنه يصح وليس هذا كما إذا أوصى بجارية واستثنى خدمتها وغلتها للورثة فالوصية صحيحة والاستثناء باطل ، لأن الخدمة والغلة لا تجري فيها الميراث دون الأصل ، ألا ترى أنه لو أوصى بخدمتها وغلتها لإنسان ثم مات الموصى له بعدما صحت الوصية فإنهما يعودان إلى ورثة الموصي فلا تكون الخدمة موروثه عن الموصى له ولو وقع العقود على ما في البطن ، أما عقد البيع فلا يجوز ، وكذلك الكتابة عليه لا يجوز وإن قبلت الأم عنه ، وكذلك الهبة والصدقة لا يجوز وإن سلم الأم إلى الموهوب له ، ولو تزوج عليها فالقسمة باطلة ويجب مهر المثل .

ولو صالح عن القصاص على ما في البطن فإن الصلح صحيح ويبطل القصاص والتسمية

ولو أعتق ما في بطنها ثم وهبها جاز لأنه لم يبق الجنين على ملكه فأشبه الاستثناء . ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم يجز ، لأن الحمل بقي على ملكه فلم يكن شبيه الاستثناء ، ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير فبقي هبة المشاع

باطلة ، ويكون للمولى على القاتل الدية ، وإنما جاز عتق ما في البطن لأن العتق ينافي وما في البطن موقوف ، فكذا الوصية بما في البطن يصح إذا علم وجوده وقت الوصية ، لأن الوصية أخت الميراث ، والميراث تجري فيه فكذا الوصية .

ولو خالغ امرأته على ما في بطن جاريته فالخلع واقع وللزوج الولد إذا كان موجوداً في البطن وقت الخلع ، وإن لم يكن موجوداً كما إذا جاءت به لستة أشهر فصاعداً فلا سبيل للزوج على ما في البطن ولكنه ينظر إن قالت اخلعني على ما في بطن جاريته ولم يقل من ولد فلا شيء له عليها ، ولو قالت من الولد فإنه يرجع عليها بما ساق إليها من المهر لأنها غرت الزوج حين قالت من ولد وليس في بطنها ولد ، وإذا لم تقل من ولد لم تغرر .

وهذا إذا قالت : اخلعني على ما في يدي أو على ما في صندوقي هذا من شيء أو لم تذكر شيئاً ، فإن كان فيه شيء فللزوج ، وإن لم يكن فيه شيء فلا يرجع الزوج عليها بشيء ، لأنها لم تغره حيث لم تسم له مالاً . فأما إذا قالت : اخلعني على ما في صندوقي هذا من متاع ، فإن كان فيه شيء من متاع فهو له ، وإن لم يكن يرجع عليها بما ساق لها من المهر .

م : (ولو أعتق ما في بطنها ثم وهبها) ش : أي الجارية م : (جاز لأنه لم يبق الجنين على ملكه) ش : أي على ملك الواهب لخروجه عنه بالإعتاق ، فلم تكن هبة مشاع فتكون جائزة م : (فأشبه الاستثناء) ش : أي في تحرير الهبة . تقريره أن إعتاق الحمل قبل هبة الجارية مشابه لما إذا وهب الجارية واستثنى حملها .

ووجه المشابهة أن في صورة إعتاق الحمل قبل الهبة لا يبقى الحمل على ملك الواهب ، فكذا في استثناء الحمل ، لأن الحمل لا يبقى أيضاً على ملك الواهب بعد الاستثناء لعدم صحة استثناء الحمل .

م : (ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم يجز ، لأن الحمل بقي على ملكه فلم يكن شبيه الاستثناء) ش : في التجويز ، لأن الجواز في الاستثناء كان بإبطاله وجعل الحمل موهوباً م : (ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير فبقي هبة المشاع) ش : وهي لا تجوز فيما يقسم ، وروي أن هبة الأم تجوز بعد تدبير ولدها ذكره في « المبسوط » ، ويمكن أن يكون قول المصنف فلم يكن شبيه الاستثناء جواباً لرد هذه الرواية .

فإن قيل : هب أنها هبة مشاع لكنها فيما لا يحتمل القسمة وهي جائزة . والجواب أن

عرضية الانفصال في ثاني الحال ثابتة لا محالة فأنزل منفصلاً في الحال ، مع أن الجنين لم يخرج من ملك الواهب ، فكان في حكم المشاع يحتمل القسمة .

وكان المصنف - رحمه الله - لما استشعر هذا السؤال أردفه بقوله م : (أو هبة شيء) ش : بنصف الهبة ، لأن التقدير أو نفى هبة شيء فيكون حالاً عن الضمير الذي في بقي م : (هو مشغول بملك المالك) ش : كما إذا وهب الجوالق وفيه طعام الواهب وذلك لا يصح كهبة المشاع .

وفي « نوادر هشام » قال أبو حنيفة - رحمه الله - : إذا وهب لابنه الصغير أرضاً فيها زرع الأب أو وهب منه داراً والأب فيها ساكن لم تجز الهبة فيهما .

وفي « الهاروني المجرد » قال أبو حنيفة في رجل تصدق على ابن صغير بدار له وفيها متاع الرجل أو كان الأب فيها ساكناً أو فيها متاع له وليس ساكن فيها أو قوم سكان بغير أجر جازت فكان قابضاً لابنه .

ولو كان فيها مكان بأجر كانت الصدقة باطلة .

فإن قيل : قد جعل في « الإيضاح » مسألة هبة الجارية بعد التدبير شبيه الاستثناء ، وهبتها بعد الإعتاق غير شبيه الاستثناء على عكس ما ذكره المصنف ، فما التوفيق بينهما ؟

قلت : مراد صاحب « الإيضاح » بالاستثناء الحقيقي وهو التكلم بالباقي بعد الاستثناء ولكن لم تصح الهبة بذلك الاستثناء لمكان الشيوع وهذا متحقق في مسألة التدبير ، لبقاء الملك في المدبر وفي مسألة الإعتاق لم تكن في معنى الاستثناء الذي يورث الشيوع فصح ، والمصنف أراد بالاستثناء استثناء الحمل ، ومسألة الإعتاق تشابهه في جواز الهبة والتدبير لم يشابهه كما تقدم .

فائدة : صاحب « الإيضاح » هو الإمام ركن الدين أبو الفضل عبد الرحمن بن محمد بن إبراهيم الكرمانى . قال السمعاني : في معجم شيوخه إمام أصحاب أبي حنيفة - رحمه الله - بخراسان قدم مرو وتفقه على القاضي محمد بن الحسن الأرده وكان من القضاة ظهرت تصانيفه بخراسان والعراق .

ومن تصانيفه « الجامع الكبير » و « التجريد في القيمة » في مجلد واحد وشرحه في ثلاث مجلدات وسماه « الإيضاح » . قال السمعاني : سمعت منه وقد كانت ولادته بكرمان في شوال سنة سبع وخمسين وأربعمائة ومات بمرو عشية الجمعة لعشرة بقين من ذي القعدة سنة ثلاث وأربعين وخمسائة - رحمه الله .

فإن وهبها له على أن يردها عليه أو على أن يعتقها أو أن يتخذها أم ولد ، أو وهب له داراً أو تصدق عليه بدار على أن يرد عليه شيئاً منها ، أو يعوضه شيئاً منها فالهبة جائزة والشرط باطل ، لأن هذه الشروط تخالف مقتضى العقد ، فكانت فاسدة والهبة لا تبطل بها ،

م : (فإن وهبها له على أن يردها عليه) ش : أي فإن وهب جارية له ، أي لفلان على أن يردها عليه م : (أو على أن يعتقها أو أن يتخذها أم ولد أو وهب له داراً أو تصدق عليه بدار على أن يرد عليه) ش : أي على الواهب م : (شيئاً منها) ش : أي من الدار م : (أو يعوضه شيئاً منها) .

ش : وهذا متصل بقوله : وتصدق عليه بدار لأنه لو وصل بقوله أو وهب داراً كان هبة بشرط العوض ، والهبة بشرط العوض صحيح ، والشرط صحيح حتى يكون هبة ابتداءً بيعاً انتهاءً . وإنما لا يصح اشتراطاً العوض في الصدقة لأخ الهبة ، اللهم إلا إن أراد بقوله أو يعوضه شيئاً منها هو أن يرد بعض الدار الموهوب له على الواهب بطريق العوض قبل الدار فيصح صرف قوله أو بعضه حيثنذ إلى قوله أو وهب داراً إلا أنه يلزم التكرار لا فائدة . قاله الكاكي .

قلت : لا يلزم ، لأن الرد عليه لا يستلزم كونه عوضاً فإن كونه عوضاً إنما هو باللفاظ تقدم ذكرها . وفي الجامع الصغير عن يعقوب عن أبي حنيفة : في الرجل يهب للرجل هبة أو يتصدق عليه بصدقة على أن يرد عليه ثلثها أو ربعها أو بعضها أو يعوضه ثلثها أو ربعها ، قال : الهبة جائزة ولا يرد عليه ولا يعوضه منها شيئاً .

وقال الأسبجاني في شرح « الكافي » : فإن كانت الهبة ألف درهم والعوض درهم منها لم يكن ذلك عوضاً لأن الشيء لا يصلح أن يكون عوضاً عن نفسه ، وكان للواهب أن يرجع في الهبة لانعدام العوض . وكذلك إذا كانت الهبة داراً والعوض بيت منها وإن وهب له حنطة وطحن بعضها فعوضه دقيقاً عن تلك الحنطة كان عوضاً لأنه بالطحن صار شيئاً آخر فالقطع حق الواهب عنه فصلح عوضاً .

وكذلك لو وهب له ثياباً فصنع منها ثوباً بعصفراً أو قميصاً ثم عوضه إياه لأن الزيادة القائمة بالثوب صلحت عوضاً وقد انقطع حق المالك عنه . وكذلك لو وهب له سويقاً فلت بعضه ثم عوضه بعضه .

م : (فالهبة جائزة) ش : هذا جواب أن في قوله فإن وهبها إلى آخره م : (والشرط باطل) ش : وبه قال الشافعي وأحمد - في رواية عن أبي ثور - وأحمد في صحة الهبة بالشرط الفاسد وجهان بناء على الشروط الفاسدة في البيع م : (لأن هذه الشروط تخالف مقتضى العقد) ش : لأن مقتضى ثبوت الملك مطلقاً بلا توقيت ، فإذا شرط عليه الرد والإعتاق أو غير ذلك يعتد بها م : (فكانت فاسدة والهبة لا تبطل بها) ش : أي بالشروط الفاسدة .

ألا ترى أن النبي عليه الصلاة والسلام أجاز العمرى وأبطل شرط المعمر بخلاف البيع ، لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرط ، ولأن الشرط الفاسد في معنى الربا ،

فإن قلت : للواهب حق فيكون اشتراطه الرد عليه عبارة عن ذلك الحق الثابت .

قلت : قوله على أن يرد إخبار عن لزوم الرد ولزومه غير ذلك الحق إذ ليس من حق الرد لزوم الرد . م : (ألا ترى) ش : إشارة إلى بيان أصل ذلك وهو م : (أن النبي عليه الصلاة والسلام أجاز العمرى وأبطل شرط المعمر) ش : يعني في رجوعها إليه بعد الموت المعمر له وجعلها ميراثاً لورثة المعمر له ، والحديث أخرجه البخاري ومسلم عن أبي سلمة عن جابر - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ كان يقول : « العمرى لمن وهبت له » ، وأخرجه مسلم أيضاً عن أبي الزبير عن جابر قال قال رسول الله ﷺ : « أمسكوا عليكم أموالكم لا تممروها فإنه من أعمار عمرى فإنها للذي أعمارها حياً وميتاً » ، وأخرجه أبو داود والنسائي عن عروة عن جابر قال : من أعمار عمرى فهي له ولعقبه .

وأخرج البخاري ومسلم أيضاً عن بشير بن نهيك عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال : قال رسول الله ﷺ : « العمرى جائزة » .

فإن قلت : يشكل على هذا ما أخرجه مسلم عن الزهري عن أبي سلمة عن جابر - رضي الله عنه - قال : إنما العمرى التي أجازها رسول الله ﷺ أن يقول هي لك ولعقبك . فأما إذا قال هي لك ما عشت فإنها ترجع إلى صاحبها . قال معمر : وكان الزهري يقول به .

قلت : هذا مقيد بالعقب وغيره من الأحاديث مطلقة ، ونحن نعمل بالمطلق والمقيد جميعاً ولا نقيد المطلق .

م : (بخلاف البيع) ش : فإنه يبطل بالشروط الفاسدة م : (لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرط) ش : هذا الحديث أخرجه الحارث في مسند أبي حنيفة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ نهى عن بيع وشرط^(١) ، وقد طعنوا في هذا الحديث وقد مر الكلام فيه مستوفى في كتاب البيوع م : (ولأن الشرط الفاسد في معنى الربا) ش : لأنه لما قوبل المبيع بالثمن خلاف الشرط عن العوض ، وفيه منفعة لأحدهما أو للمعقود عليه وهو من أهل الاستحقاق . وليس الربا إلا بآل يملك بالعقد من غير عوض ، والشرط الذي قلنا له حكم المال لأنه يجوز أخذ

(١) لا أصل له .

قال الشوكاني (٥/٢١٣) : وأخرجه ابن حزم في « المحلى » والخطابي في « المعالم » والطبراني في « الأوسط » والحاكم في « علوم الحديث » من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بلفظ « نهى عن بيع وشرط » وقد استغربه النووي وابن أبي الفوارس .

وهو يعمل في المعاضات دون التبرعات . قال : ومن كان له على آخر ألف درهم فقال إذا جاء غد فهي لك أو أنت بريء منها . أو قال إذا أدبت إلي النصف فلك النصف أو أنت بريء من النصف الباقي فهو باطل ، لأن الإبراء تمليك من وجه إسقاط من وجه ، وهبة الدين ممن عليه إبراء ، وهذا لأن الدين مال من وجه . ومن هذا الوجه كان تمليكاً ووصف من وجه . ومن هذا الوجه كان إسقاطاً ، ولهذا قلنا إنه يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول

المعوض عليه م : (وهو يعمل في المعاضات دون التبرعات) ش : والهة ليست من المعاضات فلا يبطل الشرط .

م : (قال) ش : أي في « الجامع الصغير » : م : (ومن كان له على آخر ألف درهم فقال إذا جاء غد فهي لك ، أو أنت بريء منها ، أو قال : إذا أدبت إلي النصف فلك النصف أو أنت بريء من النصف الباقي فهو باطل) ش : فإذا كان باطلاً يكون الألف عليه على حاله م : (لأن الإبراء تمليك من وجه) ش : لأنه يرتد بالرد م : (إسقاط من وجه) ش : لأنه لا يتوقف على القبول .

م : (وهبة الدين ممن عليه إبراء) ش : وبه قال الشافعي ، وهل يقبض الإبراء إلى القبول عنده فيه وجهان ، في وجه يفتقر قبل هذا الكلام يستقيم على قول زفر - رحمه الله - فإنه قال يتم هبة الدين بلا قبول كالإبراء فسوى بينهما أما عندنا الهبة لا تتم بدون القبول والإبراء يتم من غير قبول ، هكذا ذكره في المبسوط ولكن ذكر في « المغني » : أن هبة الدين لا تتوقف على القبول في حق المديون .

أما هبة الدين للكفيل تمليك فيتوقف على القبول ، وفيه أن هبة دين الصرف والسلم فيه ، وإبرأؤه يتوقف على القبول ، وفي سائر الديون لا يتوقف الإبراء باتفاق الروايات .

وفي الهبة روايتان ، قيل في الفرق بينهما أن إبراء بدل الصرف والسلم فيه يوجب انفساخ العقد لأنه يوجب فوات القبض المستحق بالعقد فلم ينفرد أحد العاقلين به فيتوقف قبول الآخر بخلاف الإبراء عن سائر الديون لأنه ليس فيه معنى فسخ عقد ثابت وأن فيه معنى التمليك من وجه ، ومعنى الإسقاط من وجه فلا يتوقف على القبول ، كذا في « الذخيرة » .

م : (وهذا) ش : توضيح لكون الإبراء تمليكاً من وجه وإسقاطاً من وجه م : (لأن الدين مال من وجه) ش : حتى تجب فيه الزكاة ، ويصح البيع بالدين وفي بعض النسخ لأنه مال ، أي لأن الدين م : (ومن هذا الوجه كان تمليكاً) ش : أي الإبراء م : (ووصف من وجه) .

ش : يعني أنه ليس بمال حتى لا يحنث لو حلف أن لا مال له وله ديون على الناس م : (ومن هذا الوجه كان إسقاطاً ولهذا) ش : أي ولأجل هذين المعنيين م : (قلنا إنه يرتد بالرد) ش : هذا آية التمليك م : (ولا يتوقف على القبول) ش : هذا آية الإسقاط ، وإطلاق قوله يرتد بالرد يفيد أن عمل

والتعليق بالشرط يختص بالإسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعناق فلا يتعدها .
قال : والعمرى جائزة للمعمر له حال حياته ولورثته من بعده لما روينا ، ومعناه أن يجعل داره له
مدة عمره ، وإذا مات ترد عليه

الرد في المجلس وغيره سواء ، وهذه الرواية عن السلف إلا ما روي عن الأعمش والإسكاف من
وجوب الرد في مجلس الإبراء والهبة .

م : (والتعليق بالشرط يختص بالإسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعناق) ش : لأن
التعليق بالشرط يمين فما لا يجوز أن يحلف به لا يحتمل التعليق بالشرط كالعفو عن القصاص
والإقرار بالمال والحجر على المأذون وعزل الوكيل . وأما الإبراء وإن كان إسقاطاً من وجه ولكن
ليس من جنس ما يحلف بها فلا يصح تعليقه بالشرط بخلاف ما لو قال أنت بريء من النصف
على أن تؤدي إلي النصف الآن ، لأن ذلك ليس بتعليق بل هو تقييد . ألا ترى أنه لو قال لعبد
أنت حر على أن تؤدي إلي ألف درهم فقليل فإنه لا يعتق قبل الأداء ، كذا ذكره قاضي خان
والمحبوبي م : (فلا يتعدها) ش : أي فلا يتعدى الإسقاطات المحضة إلى ما فيه تمليك .

م : (قال) ش : أي القدوري م : (والعمرى جائزة للمعمر له حال حياته ولورثته من بعده لما
روينا) ش : وهو قوله عليه السلام العمرى . . . وأبطل شرط العمر وقد بيناه عن قريب ،
ويقولنا قال الشافعي وأحمد وهو قول جابر بن عبد الله وعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر
وعلي - رضي الله عنهم .

وروي عن شريح ومجاهد وطاوس والثوري وقال مالك والليث والشافعي في القديم :
العمرى تمليك المنافع لا تمليك العين ، ويكون للمعمر السكنى ، فإذا مات عادت إلى المعمر ،
وإن قال له ولعقبه كان سكنها لهم فإذا انقرضوا عادت إلى المعمر ، وفي «الجواهر» : أما العمرى
فصورتها أن يقول أعمرتك داري أو ضيعتي فإنه قد وهب له الانتفاع بذلك مدة حياته حكماً ،
فإذا مات رجعت الرقبة إلى المالك الذي هو المعمر .

فإن قال : أعمرتك وعقبك فإنه قد وهب له ولعقبه الانتفاع ما بقي منهم إنسان ، فإذا لم
يبق منهم أحد رجعت الرقبة إلى المالك الذي هو المعمر ، لأنه وهب له المنفعة ولم يملك الرقبة ،
وكذلك إذا قال أسكتك هذا الدار عمرك أو هبتك سكنها عمرك ، أو قال هي لك سكنى أو
لك ولعقبك سكنى ، فإذا مات المعمر أو انقرض عقبه بعد وفاة المعمر الواهب رجعت الرقبة إلى
وارث المعمر يوم مات ، انتهى .

م : (ومعناه) ش : أي معنى العمرى أراد تفسيره م : (أن يجعل داره له مدة عمره) ش : أي مدة
عمره م : (وإذا مات) ش : أي المعمر بفتح الميم الثانية م : (ترد عليه) ش : أي على المعمر بكسر الميم

فيصح التملك ويطل الشرط لما روينا ، وقد بينا أن الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة ، والرقيى باطله عند أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله- وقال أبو يوسف -رحمه الله- جائزة لأن قوله داري لك تملك ، وقوله رقيى شرط فاسد

الثانية . وقيل صورته أن يقول أعمرتك داري هذه ، أو هي لك عمرى أو ما عشت أو مدة حياتك أو ما حييت ، فإذا مت فهي رد علي أو نحو هذا سميت عمرى لتقيدها بالعمر .

فإن قلت : روي عن ابن الأعرابي : لم يختلف العرف في العمرى والرقيى والمنحة والعريه والعارية والسكنى إنها على ملك أربابها ومنافعها من جعلت له ، ونقل إجماع أهل المدينة على ذلك .

قلت : دعوى إجماع أهل المدينة غير صحيحة لاختلاف كثير من الصحابة -رضي الله عنهم . وقوله : إنها عند العرب تملك المنافع لا يضر إذا نقلها الشارع إلى عدم تملك الرقبة كما في الصلاة والزكاة .

م : (فيصح التملك ويطل الشرط لما روينا ، وقد بينا أن الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة والرقيى باطله عند أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله-) ش : وبه قال مالك وهي أن يقول : أربقتك هذه الدار وهي لك حياتك على أنك إن مت قبلي عادت إليّ ، وإن مت قبلك فهي لك ولعبيك ، فكأنه يقول : هي لأخرنا موتاً سميت رقيى . لأن كل واحد يرقب موت صاحبه ، وقال الحسن بن زياد في «المجرد» : وإن قال قد أربقتك داري هذه ، كانت عارية ، وإن قال : هي لك رقيى كانت هبة إذا دفعها إليه .

وقال الكرخي في «مختصره» : وقال محمد -رحمه الله- في «إملائه» قال أبو حنيفة إذا قال الرجل : لرجل هذه الدار لك رقيى ودفعها إليه ، وقال : هذه الدار لك حبيس ودفعها إليه فهي عارية في يده إذا شاء أن يأخذها . قال محمد : وهذا قولنا أيضاً ، ثم قال : وقال أبو يوسف وأنا أرى أنه إذا قال هي لك حبيس فهي له إذا قبض .

وقوله : حبيس باطل وكذلك إذا قال هي لك رقيى . وقال شيخ الإسلام خواهر زاده في «مبسوطه» : إذا قال داري لك رقيى أو داري لك هذا حبيس ، قال أبو حنيفة ومحمد -رحمهما الله- لا تكون هبة . وروى الحسن عن أبي حنيفة ومحمد أنه يكون عارية ، وقال أبو يوسف : يكون هبة .

م : (وقال أبو يوسف -رحمه الله- : جائزة) ش : وبه قال الشافعي وأحمد -رحمهما الله- م : (لأن قوله داري لك تملك ، وقوله رقيى شرط فاسد) ش : فكأنه قال رقبة داري لك فصار م :

(كالعمري) ش: في الجواز .

م: (ولهما) ش: أي لأبي حنيفة ومحمد م: (أنه - عليه الصلاة والسلام- أجاز العمري ورد الرقبى) ش: وقال ابن قدامة في «المغني»: وحديثهم أنه ﷺ أجاز العمري ورد الرقبى ، لا نعرفه . وقال الأترازي: هذا لا يوجب الطعن فإن الثقات مثل ذلك وأبو حنيفة تمسكوا به .

قلت : هذا الكلام لا يرضى به الخصم ولا يقنع به . وكيف ولم يبين فيه من هم رواه وما حالهم وعن أي صحابي أخرجه ومن أخرجه من أهل هذا الشأن . وفي «المبسوط» حديثه مروي عن أبي الزبير عن جابر وحديثهما مروي عن الشعبي عن شريح ، والحديثان صحيحان فلا بد من التوفيق بينهما .

فنقول : الرقبى قد تكون بمعنى الأرقاب ، وقد تكون بمعنى الترقب فحيث قال أجاز الرقبى كان بمعنى الإرقاب بأن يقول رقبة داري لك ، وحيث قال رد الرقبى كان من الترقب وهو أن يقول أراقب موتك وتراقب موتي ، فإن مت فهي لك ، وإن مت فهي لي فيكون هذا تعليق التملك بالخطر وهو موت المالك قبله وذلك باطل . ثم لما احتمل المعنيان والمالك لذي اليد فيها ثابت يبين ، فلا يزيد له بالشك .

والجواب عن قوله داري لك تملك وذلك إنما يصح إذا لم يفسر هذه الإضافة بشيء أما إذا فسر بقوله رقبى أو حبيس تبين به أنه ليس بتملك كما في قوله داري لك سكنى تكون عارية . وقوله إنه من الإرقاب بمعنى الرقبة داري لك الاشتقاق من الرقبة مما لم يقله أحد وإيداع الشيء في اللغة ليس بمستحسن . والصواب أنه بمعنى المراقبة والترقب . وأما قوله الحديثان صحيحان ، فإن كان كذلك فالتأويل ظاهر وهو أن يراد بالرد والإبطال شرط الجاهلية وبالإجارة أن يكون ذلك تملكاً مطلقاً ، ويدل عليه ما روى جابر أنه ﷺ قال : « أمسكوا عليكم أموالكم لا تمروها ، فمن أعر شيئاً فهي له » . ألا ترى أنه ﷺ نهى ثم أجاز على اختلاف العرضين ويبقى الاشتقاق على أصل واحد كما هو القياس مع سلامة المعنى ، انتهى .

قلت : قول أبي يوسف - رحمه الله - أقوى وهو مذهب أحمد والثوري وذلك لأن حديث جابر - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال : « العمري جائزة لأهلها ، والرقبى جائزة لأهلها » ^(١) ،

(١) ضعيف : رواه النسائي (٢٧٤ / ٨) ، من طريق هشيم عن داود عن أبي الزبير عن جابر مرفوعاً . ورواه من طريق حجاج عن أبي الزبير عن طاووس عن ابن عباس مرفوعاً .
والإسناد الأول فيه علتان : الأولى عن عتبة هشيم ، وهو مدلس ، الثانية : عن عتبة أبي الزبير وهو مدلس أيضاً .
والإسناد الثاني : فيه الحجاج بن أرطاة وهو ضعيف ، ومدلس وقد عتقه .

ولأن معنى الرقى عندهما إن مت قبلك فهو لك ، واللفظ من المراقبة كأنه يراقب موته ، وهذا تعليق التمليك بالخطر فبطل . وإذا لم تصح تكون عارية عندهما ، لأنه يتضمن إطلاق الانتفاع به .

رواه أبو داود والنسائي وحسنه الترمذي .

وأخرج النسائي أيضاً عن حجاج بن أرطاة عن أبي الزبير عن طاوس عن ابن عباس - رضي الله عنهما - مرفوعاً : « من أضر عمرى فهي لمن أضرها جائزة ، ومن أرقب رقى فهي لمن أرقبها جائزة » .

وقال ابن المنذر : وروينا عن علي - رضي الله عنه - أنه قال : الرقى والعمرى سواء .

وقوله الاشتقاق من الرقبة مما لم يقله أحد فيه نظر ، لأنه لا يلزم في صحة الاشتقاق النص عليه من جهة أحد ، بل كل موضع يوجد فيه حد الاشتقاق وشرائطه يصح أن يقال هذا مشتق من ذلك ، وها هنا كذلك على ما لا يخفى .

م : (ولأن معنى الرقى عندهما إن مت قبلك فهو لك واللفظ من المراقبة) ش : يعني مشتق منها م : (كأنه يراقب موته ، وهذا تعليق التمليك بالخطر فبطل) ش : أراد بالخطر موت المملك قبله م : (وإذا لم تصح) ش : أي الرقى م : (تكون عارية عندهما ، لأنه يتضمن إطلاق الانتفاع به) ش : وذلك لأنه أطلق له الانتفاع .

وحاصل اختلافهم راجع إلى تفسير الرقى مع اتفاقهم أنها من المراقبة ، فحمل أبو يوسف هذا اللفظ على أنه تملك للحال ، والرجوع إلى الواهب منتظر فيكون كالعمرى . وقال : المراقبة في نفس التملك ، لأن معناه لآخرنا موتاً ، فكان هذا تعليقاً للتملك بالخطر ، وذا باطل .

وفي « الأسرار » : حمل أبو يوسف حديث بطلان الرقى على أنه ﷺ سئل عن الرقبة التي بمعنى المراقبة يعني راقب موتي إن مت قبلك فهي لك ، فعلى هذا الوجه لا يصح بالاتفاق ، وعلى الوجه الأول كالعمرى فيصح بالاتفاق .

فصل في الصدقة

قال : والصدقة كالهبة لا تصح إلا بالقبض ، لأنه تبرع كالهبة فلا تجوز في مشاع يحتمل القسمة لما بينا في الهبة ولا رجوع في الصدقة لأن المقصود هو الثواب ، وقد حصل . وكذلك إذا تصدق على غني استحساناً لأنه قد يقصد بالصدقة على الغني الثواب وقد حصل . وكذا إذا وهب لفقير لأن المقصود هو الثواب وقد حصل . قال : ومن نذر أن يتصدق بماله يتصدق بجنس ما يجب فيه الزكاة .

م : (فصل في الصدقة)

ش : لما شاركت الصدقة الهبة في الشروط وخالفتهما في الحكم ذكرها في كتاب الهبة وفصل لها فصلاً .

م : (قال) ش : أي القدوري : م : (والصدقة كالهبة لا تصح إلا بالقبض) ش : قال الأترازي : لما روى أصحابنا في نسخ « المبسوط » عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أنه قال : لا تجوز الصدقة إلا مقبوضة ، وهذا الحديث حجة على الشافعي في تجويزه الصدقة بلا قبض .

قلت : للشافعي إما أن يقول هذا ليس بثابت ، ولئن ثبت فقول الصحابي ليس بحجة عندي م : (لأنه) ش : أي لأن الصدقة والتذكير باعتبار التصديق م : (تبرع كالهبة فلا تجوز في مشاع يحتمل القسمة لما بينا في الهبة) ش : أراد به قوله : لأن تجويزه التزام أشياء لم تلزمه وهو القسمة م : (ولا رجوع في الصدقة لأن المقصود هو الثواب وقد حصل) ش : أي المقصود ، فصارت كهبة عوض عنها .

فإن قلت : حصول الثواب في الآخرة فضل من الله ليس بواجب ، فمن أين يقطع بحصوله .

قلت : يمكن أن يكون المراد حصول الوعد بالثواب .

م : (وكذلك إذا تصدق على غني) ش : يعني يرجع م : (استحساناً ، لأنه قد يقصد بالصدقة على الغني الثواب وقد حصل) ش : فإن من له نصاب وله عيال كثيرة فالتناس يتصدقون عليه على فعل الثواب ، وهذا يتأدى الزكاة بالتصدق عليه حالة الاشتباه ، ولا رجوع فيه بالاتفاق ، فكذا عند العلم بحاله لا يثبت له حق الرجوع بالشك . وفي القياس ينبغي أن يرجع لأن الصدقة في حق الغني هبة . وبه قال بعض أصحابنا لأنه إنما يقصد به العوض منه دون الثواب ، فصارت الهبة فيه كالصدقة ، والهبة في حق الفقير سواء ، م : (وكذا إذا وهب لفقير) ش : يعني لا يرجع م : (لأن المقصود هو) ش : من الهبة الفقير م : (الثواب وقد حصل) ش : المقصود .

م : (قال) ش : أي القدوري : م : (ومن نذر أن يتصدق بماله يتصدق بجنس ما يجب فيه الزكاة)

ومن نذر أن يتصدق بملكه لزمه أن يتصدق بالجميع . ويروى أنه والأول سواء وقد ذكرنا الفرق ،
ووجه الروایتين في مسائل القضاء ، ويقال له أمسك ما تنفقه على نفسك وعيالك إلى أن تكتسب
مالاً فإذا اكتسب يتصدق بمثل ما أنفق ، وقد ذكرناه من قبل .

ش: اعتباراً لإيجابه بإيجاب الله فيتصدق بالنقدين وعروض التجارة والسوائم والغلة والثمرة
العشرية ، ولا يتصدق بغير ذلك من الأموال لأنها ليست بأموال الزكاة . وقال زفر : يجب
إخراج الجميع لعموم اللفظ ، وبه قال أحمد في رواية . وقال الشعبي : لا يلزمه شيء . وقال
الشافعي ومالك وأحمد في رواية : يجب إخراج الثلث كالوصية . وفي « الروضة » : لو قال
مالي صدقة أو في سبيل الله ففيه أوجه : أحدها : وهو الأصح عند الغزالي وقطع القاضي حسين
به أنه لغو لأنه لم يأت بصيغة الإلزام . والثاني : أنه كما لو قال علي أن أتصدق بمالي فيلزمه
التصدق . والثالث : يصير ماله بهذا اللفظ صدقة . وذكر في « التتمة » : إن كان المفهوم من
اللفظ في عرفهم معنى النذر أو نواه فهو لو قال : علي أن أتصدق بمالي أو أنفقه في سبيل الله
وإلا فلغو . وأما إذا قال إن كلمت فلاناً أو فعلت كذا فمالي صدقة فالذي قطع به الجمهور ونص
عليه الشافعي أنه بمنزلة قوله فعلي أن أتصدق بمالي أو بجميع مالي أن طريق الوفاء أن يتصدق
بجميع ماله . وإذا قال في سبيل الله يتصدق بجميع ماله على الفقراء ، انتهى .

وذكر في غيره أنه إن علقه بشرط المنع كان ميئاً فإذا حثت فعليه كفارة والله أعلم .

م: (ومن نذر أن يتصدق بملكه لزمه أن يتصدق بالجميع) ش: أي بجميع ما يملكه ، لأن الملك
أعم من المال ، لأنه قد يملك غير المال مثل القصاص والنكاح والخمر ، فوجب العمل لعمومه ،
ولكن يحبس قدر ما ينفق على نفسه وعامله إلى حين كسبه مالا آخر فيخرج مثله ولا يقدر
بشيء لأن الناس يتفاوتون في ذلك باختلاف أحوالهم في النفقات م: (ويروى أنه) ش: أي الملك
م: (والأول) ش: أي المال م: (سواء) ش: لأن الملك عبارة عن الربط والشد والمال ما يصل إليه
القلب فيكون في معنى الربط والشد فيتناسبان ، وهذه الرواية رواية الحاكم الشهيد م: (وقد ذكرنا
الفرق) ش: أي بين المال والملك م: (ووجه الروایتين في مسائل القضاء) ش: أي من هذا الكتاب في
مسألة مالي صدقة على المساكين .

م: (ويقال له) ش: أي الناذر يتصدق بملكه م: (أمسك ما تنفقه على نفسك وعيالك إلى أن
تكتسب مالا ، فإذا اكتسب يتصدق بمثل ما أنفق ، وقد ذكرناه من قبل) ش: أي في كتاب القضاء في
باب القضاء بالمواريث . وفي « الغاية » : ثم إنه يمك قوته في قوله جميع ما أملك صدقة لأنه لا
بدل له منه ، ولكن لم يبين محمد في « المبسوط » و« الجامع الصغير » مقدار ما يمك من القوت ،
فقال مشايخنا إن كان دهقاناً يمك قوت سنة ، لأن القوت لدهقان يتجدد كل سنة ، وإن كان
تاجراً يمك قوت شهر ، لأن التجارة للتاجر لا تنفق كل حين ، وإنما ينفق في بعض الأحيان ،

فقدرونا بالشهر وإن كان محترماً يمسك قوت يومه لأنه يتجدد له قوت كل يوم ، ثم إذا وجد شيئاً يتصدق بمقدار ما أمسك للقوت ، لأنه استهلك قدر القوت في المال الذي لزمه التصديق به ، فصار ضامناً لمثله .

فروع : وفي « الفتاوى الكبرى » : إذا تصدق عن الميت أو دعا له يصل ثواب ذلك إلى الميت ، وبه قال أحمد . وقال الشافعي : لا يلحق الميت ما يفعله عنه من صدقة يتصدق بها له ، أو دعاء يدعاه له ، أو قراءة قرآن إذا قال لله علي أن أتصدق بهذا الدرهم ولم يتصدق حتى هلك في يده فلا شيء عليه كذا في « الذخيرة » .

رجل أخرج الخبز إلى المسكين فلم يجده فهو بالخيار إن شاء أدى إلى مسكين آخر ، وإن شاء لم يؤد لأنه لم يخرج عن ملكه ، كذا في التجنيس . رجل تصدق على ابنه الصغير بدار والأب ساكنها قال أبو حنيفة - رحمه الله - لا يجوز . وقال أبو يوسف : يجوز وعليه الفتوى ، كذا في « النوازل » . ولو قال : داري في المساكين صدقة فعليه أن يتصدق بها ، وإن تصدق بقيمتها أجرأه ، كذا في « الاختيار » .
