

كتاب

الحدود

جمع في هذا الكتاب بين حد الزنا وحد القذف ، وبين التعزير -
فيحتاج إلى :

بيان سبب وجوب كل واحد منها ،
وإلى بيان شرائط الوجوب .
وإلى بيان كيفية الحد ، ومقداره .

أما حد الزنا

فنوعان : الرجم ، والجلد مائة .
وسبب وجوبها جميعا هو الزنا ، إلا أن لوجوب الرجم شرائط : إذا
وجد الكل يجب ، وإلا فيجب الجلد .
ولو أسقط الجلد للشبهة ، يجب العُقْر ، إذ الزنا ، في دار الإسلام ،
لا يخلو عن عقوبة ، أو غرامة .

فنذكر :

الزنا الموجب للحد ،
وشرائط وجوب الرجم ،
وطريق ثبوته عند القاضي .

أما الزنا :

فهو : الوطء ، الحرام ، الخالي عن حقيقة الملك ، وحقيقة النكاح ، وعن شبهة الملك ، وعن شبهة النكاح ، وعن شبهة الاشتباه أيضا .

أما الوطء ففعل معلوم ، وهو إيلاج فرج الرجل في فرج المرأة .

وإنما شرطنا كونه حراما فإن وطء المجنون ووطء الصبي العاقل ، لا يكون زنا ، لأن فعلهما لا يوصف بالحرمة .

وكذلك الوطء في الملك والنكاح ، وإن كان حراما ، لا يكون زنا ، كوطء الحائض ، والنفساء ، ووطء الجارية المجوسية ، والأخت من الرضاع ، والجارية المشتركة ، ونحوه .

وقوله الخالي عن شبهة الملك ، فإن وطئ جارية ابنه ، وجارية مكاتبه ، وجارية عبده المأذون المديون ، والجارية من المغنم في دار الحرب ، أو بعد الإحراز قبل القسمة ، فليس بزنا ، فإن شبهة الملك ، وهو الملك من وجه ، ثابت في هذه المواضع ، حتى لا يجب الحد ، وإن قال : « علمت أنها علي حرام » .

وقولنا عن شبهة العقد : فإن وطئ امرأة تزوجها بغير شهود ، أو أمة تزوجت بغير إذن مولاه ، أو عبد تزوج بغير إذن مولاه - لا يكون زنا .

وكذا من تزوج أمة على حرة ، أو تزوج مجوسية ، أو خمسا في عقد أو جمع بين أختين ، أو تزوج من محارمه - فوطئها ، وقال : « علمت أنها علي حرام » : لأحد عليه عند أبي حنيفة ، وعندهما : يجب الحد في كل وطء ، حرام على التأبيد ، فوجود التزوج فيه لا يوجب شبهة ، وما ليس بحرام على التأبيد ، فالعقد يوجب شبهة ، كالنكاح بغير شهود ونحوه - والمسألة معروفة .

وأما شبهة الاشتباه - وهي أنه إذا وطئ فقال « ظننت أنها تحل لي » -

لا يجب الحد . وإذا قال « علمت أنها علي حرام » - فإنه يحّد .

وجملة هذا أن دعوى الاشتباه معتبرة في سبعة مواضع : جارية الأب ، وجارية الأم ، وجارية الزوجة ، والمطلقة ثلاثا ما دامت في العدة ، وأم الولد ما دامت تعتد منه ، والعبد إذا وطئ جارية مولاه ، والجارية المرهونة في رواية كتاب الرهن . وفي أربعة مواضع لا يحّد ، وإن قال « علمت أنها علي حرام » : جارية الابن وإن سفل ، والجارية المبعة إذا وطئها البائع قبل القبض ، والجارية المتزوج عليها إذا كانت في يد الزوج والمطلقة طلاقا بائنا ، والجارية بين الشريكين .

وفيما سوى ما ذكرنا يجب الحد ، ولا يعتبر شبهة الاشتباه .

ومن وجد على فراشه ، أوفى بيته ، امرأة ، فوطئها ، وقال « ظننت أنها جاريتي » أو « امرأتي » - يحّد لأنه لا يحل له الوطء مع الاشتباه .

فأما الأعمى إذا وجد على فراشه امرأة ، فوطئها فكذلك الجواب عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال زفر : لا يجب عليه الحد ، كما في المرأة المزفوفة الى بيت زوجها . وقال محمد : إذا دعا الزوج الأعمى امرأته ، فأجابته امرأة فقالت « أنا فلانة امرأتك » - فوطئها ، لا حد عليه ، فأما إذا أجابته ولم تقل « أنا فلانة » - يجب الحد ، لأنه في وسعه ان يتحفظ أكثر من هذا ، فلا يصير شبهة ، فيجب الحد .

وأما شرائط وجوب الرجم :

فأن يكونا محصنين .

والإحصان عندنا عبارة عن استجماع سبعة أشياء : البلوغ ، والعقل ، والإسلام ، والحرية ، والنكاح الصحيح ، والدخول على وجه يوجب الغسل ، من غير إنزال ، وهما على صفة الإحصان .

وروي عن أبي يوسف ان الإسلام ليس بشرط - وهو قول الشافعي .
وكذا روي عنه : أنه لا يعتبر الدخول بها وهما على صفة الإحصان -
حتى قال : ان المسلم إذا وطئ الكافرة صار بها محصنا .
وإذا وجد الوطء قبل الحرية ، ثم أعتقا صارا محصنين بالوطء المتقدم -
والمسألة معروفة .

فإذا فات شرط من شرائط الإحصان ، يجب الجلد لا الرجم ، لقوله
تعالى : ﴿ فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾^(١) .

ولا يجمع بين الجلد والرجم ، بالاتفاق .

واختلفوا في الجمع بين الجلد والتغريب : فقال أصحابنا رحمهم الله :
لا يجمع . وقال الشافعي : يجمع - والمسألة معروفة .

فأما طريق ثبوته عند القاضي :

فشيئان : البينة ، والإقرار .

أما مشاهدة القاضي الزنا ، في حالة القضاء أو قبل القضاء ، فلا
يعتبر في حق الحدود ، بالإجماع ، وإن كان بين العلماء اختلاف في غيرهما
من الأحكام .

أما البينة - فشهادة أربعة رجال ، عدول ، أحرار ، مسلمين ، على
الزنا . ولا تقبل فيها شهادة النساء ، مع الرجال ، بلا خلاف .

وأما الإحصان : فيثبت بشهادة الرجال مع النساء ، عندنا - خلافا
لزفر .

وأما الإقرار - فهو أن يقر المقر ، أربع مرات ، بالزنا ، عند الإمام ،
في أربعة مواطن ، عندنا - خلافا للشافعي .

(١) النور : ٢ .

وينبغي للإمام ، إذا جاء الرجل وأقر بالزنا ، أن يزره عن الإقرار ، ويظهر الكراهية من ذلك ، ويأمر بتنحيته عن المجلس - فإن عاد ثانياً ، فعل به مثل ذلك . وإن عاد ثالثاً ، فعل به مثل ذلك .

فإذا أقر ، أربع مرات ، نظر في حاله : هل هو صحيح العقل ، وأنه ممن يجوز إقراره على نفسه؟ فإذا عرف ذلك ، سأله عن الزنا : ما هو؟ وكيف زنى؟ وبمن زنى ، ومتى زنى؟ وأين زنى؟ لاحتياال الشبهة في ذلك .

فإذا بين ذلك ، سأله : هل هو محصن؟ فإن قال : هو محصن ، سأله عن الإحصان : ما هو؟ فإن فسره ، ووصفه بشرائطه : حكم عليه بالرجم ، وأمر بإقامته عليه .

ويعتبر اختلاف مجلس المقر ، لا اختلاف مجلس القاضي ، حتى إن القاضي إذا كان في مجلسه ، فأقر الزاني أربع مرات في أربعة مجالس من مجالس المقر ، يقام عليه الحد ، سواء تقدم العهد أو لا .

وإنما يعتبر التقدم مانعاً في الشهادة : إذا شهدوا بعد تقدم العهد : لا تقبل - لأجل التهمة ، ولا تهمة في الإقرار .

ولو أقر ، بالزنا ، عند غير الإمام أو عند من ليس له ولاية إقامة الحد ، أربع مرات - فإنه لا يعتبر حتى إنه لو شهد الشهود ، على إقراره ، أربع مرات ، في مجالس مختلفة في حضرة من ليس له ولاية إقامة الحد - فالقاضي لا يقبل هذه الشهادة ، لأن الزاني ، إن كان منكراً ، فقد رجع عن الإقرار ، وإن كان مقراً ، فلا عبرة لشهادة مع الإقرار .

ولو أنه إذا أقر أربع مرات ، عند القاضي ، ثم رجع ، بعد الحكم بالرجم ، أو قبله ، أو رجع ، بعدما رجم ، قبل الموت إن كان محصناً ، أو بعد ما ضرب بعض الجلد إذا لم يكن محصناً ، أو هرب ، فإنه يدرأ

الحد عنه ، لأن النبي عليه السلام لقن ماعزا^(١) الرجوع حين أقرب بين يديه بالزنا : « لعلك مسستها ! لعلك قبلتها ! » فلو لم يصح الرجوع ، لم يكن لهذا التلقين فائدة .

ثم إذا ثبت وجوب الرجم ، بالشهادة ، فالقاضي يأمر الشهود أولاً بالرجم ، فإذا رجموا ، رجم الإمام بعدهم ، ثم الناس .
وقال الشافعي : البداءة بالشهود ليس بشرط .

فإن امتنع الشهود أو بعضهم عن الرجم سقط الرجم في قول أبي حنيفة ومحمد ، وفي إحدى الروايتين عن أبي يوسف ، لأن امتناعهم عن الرجم أورث شبهة الكذب في شهادتهم .

وفي الجلد لا يؤمر الشهود به ، لأن كل واحد لا يعرف الجلد على وجهه .

ولو جن الشهود أو خرسوا ، أو عموا ، أو ارتدوا ، أو ماتوا - سقط الحد ، لما قلنا .

ثم ينصب الرجل قائماً ، ولا يربط بشيء ، ولا يحفر له حفيرة . لأنه ربما يفر ، فيكون دلالة الرجوع . وفي المرأة يحفر لها حفيرة ، للستر ، وفي رواية : لا بأس بترك الحفر .

فأما في الجلد فإنه يقام الرجل ، وتضرب المرأة قاعدة ، وينزع عن الرجل ثيابه ، إلا الإزار في الزاني ، وفي التعزيز ولا ينزع في القاذف إلا الفرو ، والحشو ، وفي الشارب روايتان ، وأشهرهما أنه يجرد .

(١) هو ماعز بن مالك الأسلمي الصحابي المعترف بالزنا المرجوم ، وهو معدود في المدنيين . وكتب له رسول الله ﷺ كتاباً بإسلام قومه . وروى عنه ابنه عبد الله حديثاً واحداً رحمه الله .

فالحاصل أن أشد الضرب هو التعزير ، ثم الجلد في الزنا ، ثم في الشرب ، ثم في القذف .

وفي المرأة لا ينزع الثياب ، إلا الفرو والحشو ، لأن كشف العورة حرام ، والزجر واجب .

ويضرب الحد في الأعضاء كلها متفرقا إلا في العضو الذي هو مقتل ، وهو الرأس والوجه والصدر والبطن ، والمذاكير - وهذا في حق الصحيح .

فأما المريض فلا يجلد حتى يبرأ ، وكذا الحامل حتى تضع حملها وتخرج عن النفاس ، لأن النفاس مرض ، بخلاف الحيض .

فأما الرجم فيقام في الأحوال كلها ، إلا في الحامل ، لأنه لا جناية من الحمل .

ولا تقام الحدود في المسجد ، وإنما تقام في موضع يشاهده الإمام ، أو يبعث أمينه حتى يقام بين يديه .

وإذا مات المرحوم ، يدفع إلى أهله حتى يغسلوه ، ويكفنوه ، ويصلوا عليه - هكذا قال النبي عليه السلام في ماعز : « اصنعوا به ما تصنعون بموتاكم » .

وأما حد القذف

فيحتاج الى :

بيان كيفيته ، وبيان مقداره ،

وإلى تفسير القذف الموجب للحد ،

وإلى بيان شرائطه .

وإلى بيان أحكامه .

أما الأول :

فحد القذف بمقدر بثمانين سوطا ، لقوله تعالى : ﴿ فاجلدوهم ثمانين
جلدة ﴾ . (١)

وأما تفسير القذف :

فهو نوعان :

أحدهما - أن أن يقذفه بصريح الزنا ، الخالي عن شبهة الزنا الذي لو
أقام عليه أربعة من الشهود أو أقربه المقذوف - يجب عليه حد الزنا ، فإذا
عجز القاذف عن إثباته بالحجة ، فينقذ سببا لوجوب حد القذف .

والثاني - أن ينفي نسب إنسان ، من أبيه المعروف ، فيقول « لست
بابن فلان » أو « هو ليس بأبيك » فهو قاذف لأمه ، كأنه قال : « أمك
زانية » أو « زنت امك » .

ولو قال : « يا ابن الزاني » أو « يا ابن الزانية » - يكون قاذفا .

ولو قال : « لست لأمك » لا يكون قذفا .

ولو قال « أنت ابن فلان » لعمه ، أو خاله أو لزوج امه ، في غير
حال الغضب - لا يكون قذفا ، لأنه ينسب إليه في العرف . وإن كان في
حال الغضب ، على سبيل الشتم ، يكون قذفا .

ولو قال لرجل : « يا زانية » - لا يجب الحد عند أبي حنيفة وأبي
يوسف ، خلافا لمحمد .

ولو قال لامرأته : « يا زاني » ، يحد ، بالإجماع .

ولو قال « يا زاني » بالهمزة ، وعنى به الصعود - يحد لأن العامة لا

(١) النور : ٤

تعرف هذا .

ولو قال « زنأت في الجبل » وعنى به الصعود : فعند أبي حنيفة وأبي يوسف : يحد ، لما قلنا - خلافا لمحمد .

ولو قال : « زنأت على الجبل » - يحد ، بالإجماع ، لأنه لا يستعمل لفظه على الصعود .

وأما الشرائط :

فشروط وجوب الحد أن يكون المذدوف محصناً .

وشرائط إحصان حد القذف خمسة : العقل ، والبلوغ ، والحرية ، والإسلام ، والعفة عن الزنا .

وأما شرط ظهور حد القذف عند القاضي ، بالبينّة أو بالإقرار - فهو خصومة المذدوف ، ومطالبته وحضرته عند الإقامة ، لأن فيه حق العبد ، وحق العبد لا يثبت إلا بمطالبته وخصومته .

ثم حق الخصومة والطلب ، للمذدوف ، إذا كان حيا ، سواء كان حاضرا أو غائبا ، وليس لأحد حق الخصومة إلا بإنابته عند أبي حنيفة ومحمد . وعند أبي يوسف : لا تصح وكالة في حد ولا قصاص .

وأجمعوا أنه لا يصح الوكالة في استيفاء الحدود والقصاص ، وعنوا بهذا انه لا بد من حضرة المذدوف ، وحضرة ولي القصاص - للاستيفاء . فأما إذا حضر : ففي حد القذف : الاستيفاء إلى الإمام ، وفي القصاص : إلى الولي . لكن إذا وكل إنسانا بالاستيفاء ، بين يديه ، لعجزه وضعف قلبه - جاز ، بالإجماع .

ولو أنه طلب المذدوف الحد ، وخاصم بين يدي القاضي ، وحكم القاضي به ، ثم مات ، أو مات قبل أن يطالب ، أو مات بعدما ضرب

بعض الحد - بطل الحد وبطل ما بقي ، وإن كان سوطا واحدا ، ولا تبطل شهادة المقدوف - وهذا عندنا .

وعند الشافعي : يقوم الوارث مقامه ، في الخصومة ، والحضرة .

فالخاص أن المقلب في حد القذف حق الله تعالى عندنا . وعنده : المقلب حق العبد - فلا يرث عندنا ، خلافا له .

وعلى هذا : لا يصح الصلح ، والعفو من المقدوف ، عندنا - خلافا له ، والمسألة معروفة .

هذا إذا قذفه في حال الحياة ، فأما إذا قذفه بعد الموت ، بالزنا ، فإن حق الخصومة فيه للوالد وإن علا ، وللولد وإن سفل ، ولاحق للأخ ، والعم والمولى - وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف حتى يدخل فيه أولاد البنات عندهما ، وعند محمد : لا يدخل إلا من يرث بالعصوبة .

وأما بيان الأحكام - فنقول :

إذا رفع المقدوف الأمر إلى القاضي ، والقذف صحيح ، فلا يخلو : إما أن ينكر القاذف ، أو يقر .

فإن أنكر وطلب المقدوف من القاضي أن يؤجله حتى يقيم البينة ، وادعى أن له بينة ، حاضرة في المصر - فإنه يؤجله إلى أن يقوم من المجلس ، ويحبس المدعى عليه القذف ، فإن أقامها ، إلى آخر المجلس ، وإلا خلى سبيله ، ولا يأخذ منه كفيلا بنفسه - وهذا قول أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف : يأخذ منه كفيلا بنفسه ، حتى يحضر الشهود ، ولا يحبسه . وعن محمد أنه قال : أكفله ، ثلاثة أيام ، ولا أحبسه : فإن أقام شاهدا ، واحدا ، عدلا ، فإنه يحبس حتى يحضر الشاهد الآخر ، وإن أقام شاهدا غير عدل ، فإنه يؤجله إلى آخر المجلس .

وإن قال المقذوف « بينتي خارج المصر » أو « غائبون » : فإن القاضي يخلي سبيل القاذف ، على ما ذكرنا .

وإن أقام رجلاً وامرأتين : أو الشهادة على الشهادة ، أو كتاب القاضي في إثبات القذف - فلا يقبل ، لأن الذكورة شرط في الحد .

ولو أقام القاذف رجلاً وامرأتين ، على أن المقذوف صدقه في قذفه له ، يقبل ، لأنها قامت على درء الحد .

وإن طلب المقذوف من القاضي ، أن يستحلف القاذف - فإنه لا يحلفه عندنا ، خلافاً للشافعي ، بناء على أن حد القذف حق العباد عنده .

فإذا أقام البينة على القذف ، أو أقر القاذف - فإن القاضي يقول للقاذف « أقم البينة على صحة قولك » .

فإن أقام أربعة من الشهود ، على معاناة الزنا ، أو على إقراره بالزنا ، على الوجه الذي ذكرنا - يقيم حد الزنا ، على المقذوف ، ولا يقيم حد القذف على القاذف ، لأنه ظهر أنه صادق في مقالته .

فإن عجز عن إقامة البينة للحال ، وقال للقاضي « أجليني حتى أحضر البينة ، ولي بينة في المصر » فإنه يؤجله إلى قيام المجلس : فإن أقام البينة إلى آخر المجلس ، وإلا أقام عليه حد القذف ، ولا يأخذ منه كفيلاً ، حتى يذهب ، فيطلب شهوده ، ولكن يحبس ، ويقول له « ابعث إلى شهودك » . وعلى قول أبي يوسف : يؤجل إلى المجلس الثاني .

وعن محمد أنه قال : إن لم يجد أحداً يبعثه إلى الشهود ، أتركه حتى يذهب ويحضر الشهود ، وأبعث معه شرطاً حتى يحفظوه ولا أدعه حتى يفر : فإن عجز ، أقيم عليه الحد .

فإن ضرب بعض الحد ، فحضر الشهود ، وشهدوا - بطل الحد

الباقى ، وأقبل شهادتهم .

وإن شهدوا بعد إقامة الحد ، على صدق مقالته - تقبل شهادتهم ،
ويظهر في حق الشهادة حتى لا يرد شهادته بعد ذلك .

وأما التعزير

فيجب في جناية ليست بموجبة للحد ، بأن قال « يا كافر » أو « يا
فاسق » أو « يا فاجر » ونحو ذلك .

ويكون التعزير على قدر الجناية ، وعلى قدر مراتب الجاني : قد يكون
بالتغليظ في القول ، وقد يكون بالحبس ، فقد يكون بالضرب .

وأقل التعزير ثلاثة أسواط فصاعداً ، ولا يبلغ أربعين ، بل ينقص منه
سوط - وهذا عند أبي حنيفة ومحمد .

وقال أبو يوسف : في العبد ينقص من أربعين خمسة أسواط ، وفي الحر
لا يبلغ ثمانين ، وينقص منه خمسة أسواط .

وأصله قوله عليه السلام : « من بلغ حدا ، في غير حد - فهو من
المعتدين » .

ولا يؤخذ فيه الكفالة .

ولا يثبت بشهادة النساء مع الرجال ، ولا بالشهادة على الشهادة .

وعند محمد : يؤخذ فيه الكفيل ، وتقبل فيه الشهادة على الشهادة ،
وشهادة النساء مع الرجال - وروى عنه أنها تقبل في حق الحبس أياما ثم
يخرج ، ولا تقبل في حق الضرب .

كتاب السرقه

قال رحمه الله :

جمع في الكتاب بين السرقة ، وقطع الطريق ، وتفسير البغاة ،
وأحكامهم .

أما الأول - فنقول :

يحتاج إلى :

تفسير السرقة ، الموجبة للقطع ، في الشرع ،
ولإى بيان حكمها .

أما الأول :

فهو أخذ مال الغير ، على سبيل الخفية ، مع شرائطها :

منها - أن يكون السارق عاقلا ، بالغا .

ومنها - أن يكون المسروق مالا ، متقوما - حتى لو سرق الخمر ،
والخنزير ، وجلد الميتة : فإنه لا قطع عليه .

ولو سرق حرا ، صغيرا ، فمات في يده ، أو مرض - فلا شيء عليه
ولو أصابته آفة : من الوقوع في البئر أو افتراس السبع - يضمن ، لأنه
تضييع له .

ومنها - أن يكون المال المسروق مقدرا ، عندنا ، بعشرة دراهم .

وعند مالك بثلاثين درهما . وعند الشافعي بربع دينار .

وتكلم العلماء في صفة الدراهم العشرة :

ذكر أبو الحسن الكرخي أنه يعتبر عشرة دراهم مضروبة . وكذا روي عن أبي يوسف ومحمد : أنه لا يقطع في عشرة دراهم تبراً ، ما لم تكن مضروبة .

وروي الحسن عن أبي حنيفة أنه إذا سرق عشرة مما يروج بين الناس : قطع - فهذا يدل على أن التبر إذا كان رائجاً ، يقطع فيه .

ويجب أن يكون وزن الدراهم العشرة وزن سبعة مثاقيل ، كما في نصاب الزكاة .

ويجب أن يكون قيمة المسروق عشرة ، من وقت السرقة ، إلى وقت القطع ، ولا ينتقص من حيث السعر .

وروي عن محمد أنه لا يعتبر نقصان السعر ، بعد الأخذ .

ولو سرق في بلد ، وأخذ في بلد أخرى ، لا يقطع ، ما لم تكن القيمة ، في البلدين ، عشرة .

فأما نقصان القيمة ، بانتقاص العين بعد الأخذ ، فلا عبرة به ، فيقطع ، لأنه لو هلك كله لقطع ، فكذا إذا انتقص .

وهذا الذي ذكرنا شرط في سرقة عشرة من حرز واحد : فإن أخذ عشرة ، من حرز واحد ، يقطع سواء كانت العشرة لواحد أو لجماعة ، لأنها سرقة واحدة ، من حرز واحد .

ولو أخرج عشرة لرجل : بعضها من دار ، وبعضها من دار أخرى - لا يجب القطع ، لأنه سرقتان بلا نصاب .

ولو أخرج من دار واحدة ، عشرة : مرة خمسة ، ومرة خمسة : لا

يقطع ما لم يوجد إخراج العشرة جملة : مرة واحدة .

ولو حمل اللصوص جملة متاعا من الحرز ، دفعة واحدة : فإن بلغ قيمة المتاع مقدار ما تكون حصة كل واحد منهم نصابا كاملا ، يجب القطع ، وإلا فلا .

ومنها - أن يكون المال المسروق ، محفوظا ، محرزا على الكمال . وإنما يكون محرزا بأحد أمرين : إما أن يكون في مكان معد للإحراز ، عادة ، كالدير ، والبيوت ، والحوانيت ، والصناديق . وإما أن يكون محرزا بالحافظ .

وفي القسم الأول - يكون المكان حرزا ، بنفسه سواء كان ثمة حافظ أولا ، وذلك أن يكون في الأمصار ، والقرى والخيام ، والأخبية ، في المفاوز ، مع جماعة ممتنعة ، إلا إذا كان الباب مفتوحا ، في الليل والنهار ، وليس ثمة حافظ ، فهذا لا يكون حرزا في العادة .

وأما القسم الثاني - فأن لا يكون المكان حرزا بنفسه ، وإنما يكون حرزا بالحافظ - وذلك نحو قارعة الطريق ، والمفازة ، والمساجد - فإن كان ثمة حافظ قريب من المال ، يكون حرزا ، سواء كان نائما أو يقظانا .

ولو كان العدل والجوالق على الدابة في حال السير ، فسرق رجل من العدل - يقطع . ولو سرق والعدل نفسه ، والجوالق : لا يقطع ، لأن هذا غير محفوظ بالسائق .

ولو دخل السارق الحرز ، وأخذ منه متاعا ، فقبل أن يخرج ، علم به صاحب الحرز ، فأخذه - لا يقطع ، لأنه لم يوجد منه الإخراج من الحرز .

ولو أخذ السارق ورمى به إلى خارج الحرز ، فأخذه صاحبه ، ثم إن صاحب الحرز أخذ السارق من الحرز - لا يقطع ، لأنه لم تثبت يده عليه ،

عند الخروج ، لثبوت يد غيره .

ولورماه من الحرز ، ثم خرج ، وأخذه : يجب القطع عندنا ، خلافا
لزفر ، لأن هذا في حكم يده ، إذا لم يأخذه غيره .

ولو أخذ المتاع من الحرز ، وناول صاحباً له خارج الحرز : فلا قطع
عليهما عند أبي حنيفة ، كيفما كان ، وقال محمد : إن أخرج الداخل يده
يده من الحرز ، ونال الخارج : يقطع الداخل ، دون الخارج ، وإن أدخل
الخارج يده في الحرز وأخذ : فلا قطع عليهما .

وقال أبو يوسف إذا أخرج الداخل يده : لا قطع عليه ، فأما الخارج
إذا أدخل يده وأخذ منه : يجب القطع عليهما - لأن عنده دخول الحرز
ليس بشرط ، إذا امكن السارق أخذ المال المحرز .

وعلى هذا : إن السارق إذا نقب الجدار وأدخل يده ، وأخذ متاعاً
يساوي عشرة دراهم : لا قطع عليه عند أبي حنيفة ومحمد .
وقال أبو يوسف : يقطع .

وكذا لو دخل الحرز ، وجمع المتع عند النقب ، ثم خرج وأدخل
يده ، وأخرج - فهو على هذا الخلاف .

وكذا لو دخلوا الحرز ، وحملوا الأمتعة على ظهر رجل منهم ، أو
رجلين حتى أخرجوا الأمتعة ، وخرج الباقون من غير حمل شيء : القياس
أن لا يقطع غير الحامل ، وفي الاستحسان : يقطعون ، لأن السرقة من
الجماعة هكذا تكون عادة .

وكذا لو حملوا على دابة ، حتى خرجت بها من الحرز - يجب القطع .

وإن كان معهم صبي أو مجنون : لا قطع على الكل عند أبي حنيفة
ومحمد ، وقال أبو يوسف : إن باشرا الإخراج دون الكبار العاقلين : لا

قطع على الكل ، وإن باشر الإخراج غيرهما : يجب القطع على الكبار .

ومنها - أن يكون المسروق أعيانا ، قابلة للادخار ، والإمساك ولا يتسارع إليها الفساد - حتى لو سرق ثمارا محدودة ، محرزة في حظيرة عليها باب مغلق ، أو كان ثمة حافظ ، ولكن يتسارع إليها الفساد ، نحو العنب والتين ، والسفرجل ، والرطب والبقول : لا يقطع .

ولو كانت مما يبقى ، مثل الجوز ، واللوز ، والتمر اليابس ، والفواكه اليابسة : يجب القطع .

ولو كانت الثمرة الباقية على الشجر ، والحنطة في السنبلة لم تحصد - في حائط موثق ، أو ثمة حافظ : لا يجب القطع ، لأنه لم تستحكم مالهته بعد .

وعلى هذا - لو سرق اللحم الطري : أو اليابس : لا يجب القطع ، لأنه مما يتسارع إليه الفساد .

وعلى هذا : النيذ الحلال ، والعصير ، واللبن ، بخلاف الخل والدبس .

ومنها - أن لا يكون المسروق شيئا يوجد مباح الأصل ، كالطيور والخشب والقصب ، والثورة واللبن ، إلا إذا كان شيئا له خطر عند الناس ، كالذهب والفضة واللؤلؤ^(١) والفيروزج والساج والعاج ونحوها ، أو يحدث فيه صنع كالسرير ونحوه .

ومنها - أن لا يكون مأذونا بالدخول في الحرز ، أو فيه شبهة الإذن ، كالسرقة من ذوي الرحم المحرم .

وكذلك عبد الرجل ، ومدبره ، ومكاتبه ، وخادمه ، وخادم امرأته ،

(١) اللؤلؤ حجر كريم والكلمة من الدخيل .

وأجبرهما ، وضيّفهما ، ونحو ذلك .

وكذلك لو سرق العبد من ابن مولاه ، وأبويه - لأنه يدخل عليهم ، عادة .

وإن سرق من غريمه : فإن كان من جنس دَيْنه ، وهو حال : لا يقطع وإن كان الدين مؤجلا : لا يقطع ، استحسانا . وإن كان المسروق أكثر من الدين ، وتلك الزيادة تكون نصبا : فكذلك ، لأن حقه ثابت في الجملة شائعا .

وإن كان من خلاف جنسه : يقطع - خلافا للشافعي . وبعض أصحابنا قالوا : لا يقطع ، لاختلاف العلماء فيه من السلف .

ومنها - أن لا يكون المسروق شيئا له تأويل الأخذ أو الإتلاف ، كما إذا سرق مصحفا ، أو صليبا ، أو نردأ أو شطرنجا من ذهب أو فضة .

ومنها - أن لا يكون النصاب تبعا لما لا يقطع بسرقة ، كما إذا سرق كلبا أو سنورا وفي عنقه طوق ذهب أو فضة ، أو مصحفا مرصعا بالذهب والياقوت ، أو سرق صبيبا حرا عليه حلّ أو ثياب ديباج - لا يجب القطع .

وكذلك لو سرق إناء فضة فيه طعام ، وأخرجه من الحرز : كذلك لا يجب القطع . ولو صب الطعام ، وأخرج الإناء : يقطع .

ومنها - شرط ظهور السرقة ، الموجبة للقطع ، عند القاضي ، وهو خصومة المسروق منه - حتى لو شهدوا على السرقة من غير خصومة ، أو أقر السارق : فإن القاضي لا يقطع .

ولو جاء السارق ثانيا إلى المالك ، ورد إليه ، قبل المرافعة إلى الحاكم : سقط الحد ، في المشهور ، عندنا .

وأما إذا ردها بعد المرافعة ، وسماع البينة : لا يسقط القطع ، سواء

كان قبل القضاء أو بعده .

وأما إذا وهبها من السارق ، أو ملكها السارق ، بوجه ما : سقط القطع ، قبل القضاء ، وبعده - عندنا ، خلافا للشافعي .

ثم الشرط خصومة المسروق منه ، بأن كان صاحب ملك ، أو صاحب يد أمانة ، أو يد ضمان ، ويثبت السرقة في حق الاسترداد ، أما في حق القطع ، فعندنا : كذلك - وعند زفر : لا يثبت . والشافعي يقول : لا يعتبر خصومة غير المالك أصلا .

وأما السارق من السارق ، فإن خصومته لا تعتبر ، في حق القطع ، بالإجماع . وهل تعتبر في حق الاسترداد ؟ فيه روايتان .

ولإنما تعتبر الخصومة إذا لم يتقدم العهد . فأما إذا تقدم عهد السرقة ، فلا يسمع الخصومة ، كما في حد الزنا ، على ما ذكرنا .

وأما قطاع الطريق والبلغاة - فنقول :

إن قطاع الطريق ، الذين لهم أحكام مخصوصة ، لهم شرائط :

أحدها - أن يكون لهم منعة وشوكة ، بحيث لا تمكن للمارة المقاومة معهم ، وقطعوا الطريق عليهم ، سواء كان بالسلاح ، أو بالعصا الكبيرة ، والحجر ، وغيرها .

والثاني - أن يكون ذلك خارج المصر ، بعيدا عنه . فأما في المصر وقريبا منه ، أو بين مصرين : فلا يكون قطع الطريق - وهو قول أبي حنيفة ومحمد ، وخلافا لأبي يوسف .

والثالث - أن يكون ذلك في دار الإسلام ، على أهل دار الإسلام .

والرابع - أن يوجد فيه ، جميع ما شرط في السرقة الصغرى ، حتى إن ما أخذوا لو قسم على القطاع ، فأصاب كل واحد منهم عشرة دراهم -

يجب القطع ، وإلا فلا .

ويشترط أن يكون القطاع ، كلهم ، أجنب ، في حق أصحاب الأموال ، وأن يكون كلهم من أهل وجوب القطع ، حتى إذا كان أحدهم ذا رحم محرم ، أو صبيا ، أو مجنونا : لا يجب عليهم القطع عند أبي حنيفة ومحمد ، خلافا لابي يوسف . وإذا كان معهم امرأة : ففيه روايتان ، والأصح أنه لا يقطع .

والخامس - أن يظفر بهم الإمام ، قبل التوبة ، ورد الأموال إلى أربابها .

أما أحكامهم - فنقول :

إن قطع الطريق على أربعة أنواع :

- إن أخذوا المال لا غير : تقطع أيديهم وأرجلهم ، من خلاف ، إذا كانوا صحيححي الأطراف .

- وإن قتلوا ، ولم يأخذوا المال : قتلوا .

- وإن أخذوا المال ، وقتلوا : فالإمام بالخيار : إن شاء قطع وقتل ، وإن شاء قتل لا غير - ثم هو مخير بين أن يقتله صلبا ، وبين أن يقتله بلا صلب .

ثم الكرخي يقول : يصلب حيا ، ثم يقتل ، والبطحاوي يقول : يصلب مقتولا .

- وإن خوفوا بقطع الطريق لا غير : يحبسون ، ويعزرون حتى يتوبوا - وهو تفسير النفي لقوله تعالى : ﴿ أو ينفوا من الأرض ﴾^(١) .

(١) المائدة : ٣٣ .

ثم إذا أقيم الحدان : القطع ، والقتل - فلا شيء عليهم من ضمان ما هلك من الأموال ، وضمان الجراحات والقتل ، لأن الحد مع الضمان لا يجتمعان .

وأما إذا فات شيء من الشرائط حتى لا يقام الحد عليهم ، فإنه يحكم القاضي بما هو حكم ذلك الفعل ، بدون قطع الطريق ، حتى إذا أخذوا المال لا غير : يجب الرد أو الضمان ، فإن قتلوا لا غير : يجب القصاص لا الحد - حتى إذا قتلوا بالسلاح ، يقتلوا ، ولا يقتلوا إذا قتلوا بغير السلاح .

ولا يقتل الردء^(١) والمعين .

وإن خرجوا - إن أمكن استيفاء القصاص : يقتص منهم ، وإلا فيجب الضمان .

وأما البغاة :

فقوم لهم شوكة ومنعة ، وخالفوا المسلمين في بعض الأحكام ، بالتأويل ، كالخوارج وغيرهم ، وظهروا على بلدة من البلاد ، وكانوا في عسكر ، وأجروا أحكامهم .

فإذا قطعوا الطريق على أهل العدل ، من المسافرين - فلا يجب عليهم الحد ، لأنهم يدعون إباحة أموالهم عن تأويل ، ولهم منعة .

ولو جاء رجل من أهل البغي تائباً وأتى بسارق - قد سرق ماله - من أهل البغي : لا يقطعه الإمام العدل .

ولو كان رجل منهم في دار أهل العدل ، فسرق مال أهل العدل : يقطع ، وإن استحلّه ، لأنه لا منعة له - والله تعالى أعلم .

(١) الردء المعين من رده أهانه .

كتاب
الهبة

يحتاج إلى :

- بيان مشروعية عقد الهبة .
- وإلى بيان ركنه ،
- وإلى بيان شرائط صحته ،
- وإلى بيان حكمه .

أما الأول - فنقول :

الهبة عقد ، مشروع ، مندوب إليه ، بالكتاب ، والسنة ، والإجماع .

أما الكتاب - فقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ طَبِنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا ، فَاكْلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا ﴾^(١) .

وأما السنة - فقوله عليه السلام : « تحابوا » ، وقال عليه السلام : « العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه » .
وعليه الإجماع .

(١) النساء : ٤ .

وأما ركن الهبة :

فهو الإيجاب والقبول .

فالإيجاب قوله « وهبت هذا الشيء منك » أو « جعلته لك » أو « هذا لك » أو « نحلته لك » أو قال « جعلت هذه الدار لك عمري أو عمرك أو حياتي أو حياتك ، فإذا مت فهو رد علي » - فهذا كله هبة ، وهي له حياته وموته ، والشرط الذي شرطه باطل ، على ما روي عن النبي عليه السلام أنه قال : « امسكوا عليكم أموالكم ، لا تعمروها^(١) ، فإن من أعمار شيئا كان لمن أعمره » .

ولو قال « هذه الدار لك رُقبي^(٢) أو حبيسة » ودفعها إليه فهي عارية في يده ، ويأخذها منه متى شاء ، وقال أبو يوسف : إذا قبضها فهي هبة ، وقوله « رُقبي وحبيسة » : باطل .

ولو قال « هذه الدار لك سكنى » أو « هذه الشاة أو هذه الأرض لك منحة » - فهي عارية في قولهم جميعا ، لأن المنحة عبارة عن بذل المنافع ، فإذا أضاف إلى عين ينتفع بها مع قيامها ، عمل بحقيقته ، فأما إذا أضاف إلى شيء لا ينتفع به ، إلا باستهلاكه ، كما إذا منحه طعاما ، أو لبنا ، أو دراهم ، أو دنائير - فإنه يكون هبة ، لأنه لا منفعة له مع قيام عينه . وعلى هذا قالوا : إن عارية الأعيان تمليك المنافع ، وعارية المكيل والموزون قرض ويكون تمليك العين .

وكذا لو قال « هذه الدار لك سكنى عمري ، أو عمري سكنى » ، فهي عارية . وكذا إذا قال « هبة سكنى أو سكنى هبة » : فهي عارية .

(١) العُمَرَى ما يجعل لك طول عمرك أو عمره وعُمَرَتُهُ إياه وأعمرته جعلته له عمره أو عمرى .

(٢) « معنى الرُقْبَى أنه يقول إن مت أنا قبلك فهو لك وإن مت أنت قبلي فهو لي : سمي الرُقْبَى من الرقوب والارتقاب والترقب وهو الانتظار لأن كل واحد منهما ينتظر موت صاحبه قبل موته » .

وإن قال « هذه الدار لك عمري تسكنها أو صدقة تسكنها » : فهي هبة وصدقة ، وقوله « تسكنها أو تؤاجرها أو تعيرها » : يكون مشورة ، فيكون شرطاً فاسداً ، والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة .

كذا لو قال « هي لك هبة تسكنها » - فهي هبة جائزة لما ذكرنا .

ولو وهب الرجل أمة ، على أن لا يبيعها - فالهبة جائزة ، والشرط باطل عند أبي حنيفة ومحمد ، وهو قول أبي يوسف أيضاً .

وكذا لو شرط أن يتخذها أم ولد ، أو أن يبيعها من فلان ، أو يردها عليه بعد شهر - كانت الهبة جائزة ، والشرط باطل - وكان ينبغي أن لا يكون الشرط الفاسد مفسداً للعقد ، وإنما جاء الفساد لأجل النهي والنهي ورد في البيع وما ورد في غيره ، فبقي غيره على الأصل ، إلا إذا كان في معناه ، وأصله ما روي عن النبي عليه السلام أنه أجاز العُمري وأبطل شرط المعمر .

أما شرائط الصحة :

فمنها - القبض : حتى لا يثبت الملك للموهوب له قبل القبض - وهذا عندنا .

وقال مالك : القبض ليس بشرط .

وأصله ما روي عن جماعة من الصحابة رضوان الله عليهم أنهم قالوا : « لا تجوز الهبة إلا مقبوضة محوزة » .

ومنها - أن تكون الهبة مقسومة إذا كان يحتمل القسمة ، وتجاوز إذا كان مشاعاً لا يحتمل القسمة ، سواء كانت الهبة للشريك أو غيره .

وقال الشافعي : هبة المشاع جائزة .

وكذلك الخلاف في التصديق بالمشاع .

وأصله ما روينا عن الصحابة أنهم قالوا : « لا تجوز الهبة الا مقبوضة محوزة » ، والحيازة يراد بها القسمة ههنا ، بالإجماع .

ومنها - أن تكون الهبة متميزة عن غير الموهوب وغير متصلة به ، ولا مشغولة بغير الموهوب ، حتى لو وهب أرضا فيها زرع للواهب دون الزرع ، أو نخلا فيها ثمرة للواهب معلقة به دون الثمرة ، لا يجوز ، وكذلك لو وهب ثمرة النخل دون النخل ، أو الزرع دون الأرض - وقبض النخيل والثمرة والأرض والزرع : لا يجوز .

وكذا لو وهب دارا فيها متاع للواهب ، أو ظرفا فيه متاع للواهب دون المتاع ، أو وهب دابة عليها حمل للواهب دون الحمل - وقبضها : فإنه لا يجوز ، ولا يزول الملك عن الواهب إلى الموهوب له ، لأن الموهوب غير متميز عما ليس بموهوب ، فيكون بمنزلة هبة المشاع .

ولو قسم المشاع ، وسلم ما وهب : جاز .

وكذا في هذه الفصول ، إذا سلم الدار فارغة عن المتاع .

وكذا إذا حصد الزرع ، وجز الثمر ، ثم سلم النخل والأرض : جاز ، لأن الملك يثبت عند القبض ، فيعتبر حالة القبض وتكون الهبة موقوفة في حق ثبوت الملك إلى وقت الإفراز ، وفي كون الهبة ، في الحال ، فاسدة أم لا ، خلاف بين المشايخ - ولكن لا خلاف أنه إذا وجد التسليم بعد القسمة ، والإفراز : جاز .

ولو وهب دارا من رجلين ، أو كرا من طعام ، أو ألف درهم ، أو شيئا مما يقسم : فإنه لا يجوز عند أبي حنيفة ، وعندهما : جائز .

والحاصل أن عند أبي حنيفة : الشيوع متى حصل عند القبض : فإنه يمنع صحة الهبة ، وإن حصل القبض في غير مشاع : جاز - فجوز هبة الاثنين من الواحد ، ولم يجوز هبة الواحد من الاثنين . واعتبر أبو يوسف

ومحمد في فساد العقد حصول الشيوخ في الطرفين جميعا ، فجوزا هبة الواحد من اثنين وهبة الاثنين من الواحد .

ولو وهب عبدا من رجلين ، أو شيئا مما لا يقسم : جاز ، بالإجماع ، لأنه لا عبرة للشيوخ فيما لا يحتمل القسمة في باب الهبة .

ولو وهب رجل لرجلين وقال : « وهبت لكما هذه الدار : لهذا نصفها ولهذا نصفها » : فهو على الخلاف الذي ذكرناه .

ولو قال : « وهبت لك نصفها ولهذا نصفها » : لم يجوز ، بالإجماع ، لأن العقد وقع في المشاع في كل نصف .

ولو قال : « وهبت لكما هذه الدار : لهذا ثلثها ولهذا ثلثاها » : جاز عند محمد ، وعند أبي حنيفة وأبي يوسف : لا يجوز - فهما مرا على أصلهما ، وأبو يوسف فرق عند مخالفة النصيين ، كما لو رهن عينا واحدة من اثنين : لأحدهما الثلث وللآخر الثلثان ، فكذلك هذا .

ثم إن عند أبي حنيفة : إذا قسم وسلم إلى كل واحد منهما حصته مفرزة : جاز ، لما قلنا .

ولو تصدق بعشرة دراهم على مسكينين : جاز ، ولو تصدق على غنيين : لم يجوز عند أبي حنيفة ، كالهبة من اثنين - لأن الصدقة تقع من المتصدق لله تعالى ، لا للفقير ، فلا يتحقق الشيوخ ، والصدقة من الغنيين هبة : فلم تجز ، وقيل : على قوله : تجوز الصدقة من الغنيين ، لأنه يحل لهما صدقة التطوع .

ولو وهب رجل لرجل ما في بطن جاريته أو غنمه أو ما في ضروعها ، أو وهب له سمنا في لبن ، أو زبدا قبل أن يخض . أو دهنًا في سمس قبل أن يعصر ، أو زيتا في زيتون ، أو دقيقا في حنطة - وسلطه على قبضه عند الولادة ، وعند استخراج ذلك : فإنه لا يجوز ، لأن بعض هذه

الأشياء معدوم عند العقد ، أو معجوز التسليم لمعنى في المحل ، أو مجهول حتى لا يكون محلا للبيع ، وإذا كان هكذا ، فيكون فاسدا ، لا موقوفا ، بخلاف ما ذكرنا من هبة المشاع ، والموهوب المتصل بغيره : حيث يجوز إذا سلم بعد الإفراز والفصل ، لأن المشاع قابل لحكمه ، لكن المانع هو العجز عن التسليم ، لمعنى في غيره ، فإذا زال المانع فينقلب جائزا .

ولو وهب جارية أو حيوانا ، واستثنى الحمل : جازت الهبة في الأم والحمل جميعا ، وبطل الاستثناء . وجملة هذا أن العقود على ثلاثة أضرب :

أحدها - إذا عقد على الأم ، دون الحمل : فسد العقد ، وبطل الاستثناء ، وهو كالبيع والإجارة والرهن ، لأن الحمل تبع للأم في هذه العقود ، فكان موجب ثبوت الحكم في الكل ، فإذا استثنى الحمل فقد نفى بعض موجب العقد ، ففسد العقد .

والثاني - أن يصح فيه العقد ، وبطل الاستثناء ، وذلك مثل النكاح والخلع والصلح عن دم العمد والهبة ، لأن موجبها أن يثبت الحكم في الكل . وقد نفى بعض الموجب ، بالاستثناء ، فيكون شرطا فاسدا ، والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة .

والثالث - يجوز العقد والاستثناء - وهو الوصية : إذا وصى بجارية إلا حملها ، صحت الوصية في الجارية ، وبقي الحمل للورثة ، لأن الحمل أصل في حق هذا التصرف ، حتى تجوز الوصية بالحمل ، فجاز الاستثناء .

ولو أعتق ما في بطن جاريته ، ثم وهبها : جازت الهبة في الأم .

ولو دبر ما في بطن جاريته ، ثم وهبها : لم يجوز - فمن أصحابنا من

قال في المسألة روايتان ، ومنهم من فرق بين التدبير والإعتاق .

ولو وهب عبدا ، أو ثوبا ، أو عينا من الأعيان ، مفرزا ، مقسوما ، ولم يأذن له في قبضه ، فقبضه الموهوب له : فإن كان بحضرة الواهب يجوز استحساننا ، والقياس أن لا يجوز : ذكرها في الزيادات . وإذا قام من المجلس ، ثم قبض : لا يصح ، لأن القبض في الهبة بمنزلة القبول في حق إثبات الحكم ، وذلك يصح في المجلس لا بعده ، كذلك هذا .

ولو وهب ديناً له ، على رجل ، لرجل ، وأذن له بقبضه ممن عليه : جازت الهبة ، إذا قبض ذلك ، استحسانا ، والقياس أن لا يجوز ، وهو قول زفر ، ولو لم يأذن له في قبض الدين : لم تجز الهبة ، وإن قبضه الموهوب له بحضرة الواهب .

ولو وهب العارية ، أو الوديعة ، وكل أمانة في يد إنسان من صاحب اليد : فإنه يجوز ، ويثبت الملك للموهوب له ، وينوب قبض الأمانة عن قبض الهبة ، وهذا استحسان ، والقياس أن لا يكون قابضاً حتى يتمكن من قبضه بالتخلية - ووجه الاستحسان أن الهبة تبرع ، وقبض الأمانة ينوب عنه ، بخلاف ما إذا باع من المودع ، لأن البيع عقد ضمان ، وقبض الأمانة لا ينوب عن قبض الضمان .

ولو كانت العين مضمونة في يد إنسان ، بالمثل أو بالقيمة ، كما في الغصب والمقبوض على سوم الشراء ، فوهبها من صاحب اليد : تصح الهبة ، ويبرأ عن الضمان ، فيكون قبضاً غير مضمون .

ولو كانت مضمونة بغيرها ، كالرهن والمبيع ، فوهبها المالك ، لمن هي في يده - فإنه لا يكون قابضاً بذلك ما لم يقبضها قبضاً مستأنفاً بعد عقد الهبة ، لأنها إذا كانت مضمونة بغيرها لم تصح البراءة عنها بالهبة فلا يصير قبض أمانة ، ولا بد من تجانس القبضين حتى يتساويا .

ثم إذا صحت الهبة عند وجود شرائطها واحتجنا الى :

بيان الحكم - فنقول :

حكم الهبة ثبوت الملك للموهوب له ، غير لازم ، حتى يصح الرجوع والفسخ عندنا .

وعند الشافعي : يقع الملك لازما ، إلا في هبة الولد لولده .

لكن يكره الرجوع في الهبة ، لأنه من باب الدناءة .

وللموهوب له أن يمتنع عن الرد .

ولا يصح الرجوع إلا بتراض أو بقضاء القاضي ، لأنه فسخ بعد تمام العقد ، فصار كالفسخ بسبب العيب بعد القبض .

وإنما يمتنع الرجوع بأسباب :

منها - العوض ، للحديث : « الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها » - أي يعوض .

ولكن العوض نوعان : عوض مشروط في العقد ، وعوض متأخر عن العقد :

أما المشروط في العقد - بأن قال « وهبت لك هذا العبد على أن تعوضني هذا الثوب » - فحكمه أن لكل واحد أن يرجع في السلعتين جميعا ، ما لم يتقابضا . وإن قبض أحدهما دون الآخر : كان للقباض وغير القباض الرجوع . فإذا تقابضا جميعا : انقطع الرجوع ، وصار بمنزلة البيع ، وإن كان عقده عقد هبة ، حتى يرد كل واحد منهما بالعيب ، ويرجع في الاستحقاق ، وتثبت الشفعة - وهذا عندنا ، وعند زفر : عقده عقد بيع - حتى يشترط القبض عندنا ، لثبوت الملك في هذه الهبة ، ولا يصح في الشيوع ، وعنده بخلافه .

فأما العوض المتأخر عن العقد - فهو لإسقاط الرجوع ، فلا يصير في معنى المعاوضة ، لا ابتداء ولا انتهاء ، وإنما يكون المال الثاني عوضاً عن الأول بالإضافة إليه نصاً ، بأن أعطى للواهب شيئاً ، وقال « هذا عوض عن هبتك » أو « قد نحللتك هذا عن هبتك » أو « كافأتك » أو « جازيتك » أو « أثبتك » أو قال « هذا بدل هبتك » أو « مكان هبتك » أو « قد تصدقت بهذا عليك بدلاً من هبتك » - فإن هذا عوض في هذه الوجوه إذا وجد قبض العوض ، ويكون العوض هبة : تصح بما تصح به الهبة ، وتبطل بما تبطل به الهبة .

فأما إذا لم يضاف العوض إلى الهبة الأولى : فإنها تكون هبة مبتدأة ، ويثبت حق الرجوع في الهبتين جميعاً .

ومنها - العوض من حيث المعنى ، وهو ليس بعوض مالي ، كالشواهد في الصدقة : فإنه يكون عوضاً مانعاً من الرجوع ، وكصلة الرحم المحرم ، وصلة الزوجية ، حتى لا يصح الرجوع في هبة ذوي الأرحام المحارم ، وهبة الزوجين لأنه قد حصل العوض معنى .

ومنها - إذا زادت في الهبة زيادة متصلة : بفعل الموهوب له ، أو بفعل غيره ، بأن كانت جارية مهزولة فسمنت ، أو كانت داراً فبنى الموهوب له فيها بناءً ، أو كانت أرضاً فغرس فيها أشجاراً أو نصب فيها دولاباً ، وهو مثبت في الأرض مبني فيها ، أو كان ثوباً فصبغه بعصفر ، أو قطعه قميصاً وخاطه ، لأن الموهوب اختلط بغيره ، والرجوع لا يمكن في غير الموهوب ، فامتنع أصلاً .

أما الزيادة المنفصلة ، كالأرث والولد والعقر : فلا تمنع الرجوع ، لأنه يمكن الفسخ في الأم والأصل ، دونها ، بخلاف زوائد المبيع ، لأن ثم يؤدي إلى الربا ، لأنها عقد معوضة ، بخلاف الهبة .

وأما نقصان الموهوب : فلا يمنع الرجوع ، لأنه فات بعضه ، ولو كان الكل قائما فرجع في البعض دون البعض ، جاز - فكذا هذا .

ومنها - خروج الموهوب عن ملك الموهوب له ، بأن باع أو وهب ، لأن اختلاف الملكين كاختلاف العينين .

وكذا إذا مات الموهوب له ، لأن الملك ينتقل إلى ورثته .

وكذا إذا مات الوهاب ، لأنه ينتقل إلى ورثته .

وكذا لو هلك الموهوب ، لأنه زال الملك ، فلا يحتمل الفسخ .

ثم الرجوع في الهبة بغير القضاء : فسخ عندنا - حتى يجوز في المشاع ، ولا يشترط القبض ، خلافا للزفر - والمسألة معروفة .

ولو وهب رجل لابنه الصغير شيئا - صحت الهبة ، لأن قبض الأب كقبضه ، وكذا قبض جده بعده ، وقبض وصي الأب والجد بعدهما ، حتى لو وهب هؤلاء من الصغير ، والمال في أيديهم - صحت الهبة ، ويصيرون قابضين للصغير ، وعلى هذا قالوا : إذا باع الأب ماله ، من ابنه الصغير ، ثم هلك المبيع عقيب البيع ، كان الهلاك على الصغير ، لأنه صار قابضا بقبض الأب .

وكذلك لو وهب أجنبي للصغير شيئا ، فقبض ذلك أحد هؤلاء الأربعة ، لأن لهم ولاية التصرف في ماله .

ومن غاب عنهم غيبة منقطعة ، فالولاية تنتقل إلى الأبعد ، كما في ولاية النكاح .

ولا يجوز قبض غير هؤلاء عنه ، أجنبيا كان أو ذا رحم منه ، لأنه لا ولاية لهم عليه ، إلا إذا كان الصغير في حجره وعياله ، فيكون قبضه للهبة بمنزلة إيصال النفع إليه ، ويكون من باب الحفظ .

ولو قبض الصغير ، العاقل ، ما وهب له واحد من هؤلاء الأربعة -
جاز قبضه ، استحسانا ، والقياس أن لا يجوز ، لأن هذا من باب
النفع ، وقبض هؤلاء جائز عليه أيضا ، وإن كان عاقلا ، لأن النظر
الكامل في هذا أن يملك كل واحد منهما ذلك .

ولو وهب الأب مال الصغير : لا يجوز ، لأنه تبرع ولو وهب بشرط
العوض ، وقبل الآخر العوض - لم يجوز ذلك في قول أبي حنيفة وأبي
يوسف ، وقال محمد : يجوز - فأبو حنيفة اعتبر نفس الهبة ، وهي من
باب التبرع ، ولا يملك الأب ذلك ، ومحمد يقول : هذا بمعنى البيع .

وعلى هذا الخلاف : المأذون والمكاتب ، إذا وهبا بشرط العوض - لم
يجز عندهما - خلافا له .

ولو وهب رجل ، لعبد رجل - فإن القبول والقبض إلى العبد ، دون
مولاه ، ويكون الملك للمولى بحكم أنه كسب عبده لأن الغرض هو وجه
العبد فيكون هبة له ، ولا يجوز قبض المولى وقبوله عنه ، سواء كان على
العبد دين أو لم يكن ، لأنه هبة للعبد .

وكذلك الجواب في المكاتب : أن قبول الهبة وقبضها إليه ، دون
مولاه ، لأنه أحق بكسبه .

ويكون للوهاب الرجوع إذا كان العبد أجنبيا في حقه ، وإن كان
انتقل الملك إلى مولاه ، لأن ملك العبد غير مستقر فيه ، فكأن الملك وقع
للمولى ابتداء .

وكذلك في المكاتب : إن عتق فظاهر ، لأنه استقر ملكه ، وإن
عجز ، وصاركسبه للمولى ، فله حق الرجوع في قول أبي يوسف ولم يجوز
الرجوع في قول محمد - بناء على أن عند أبي يوسف : كأن الملك وقع
للمولى من الابتداء ، وعند محمد : كأنه ثبت من وقت العجز .

ولو وهب الرجل لعبد رجل هبة ، والواهب ذو رحم محرم من العبد ، دون المولى ، فإنه يرجع ، بالاتفاق . وأما إذا كان المولى ذا رحم محرم من الواهب دون العبد : فعند أبي حنيفة : يرجع أيضاً ، وعندهما : لا يرجع - وهذا بناء على أن الملك في الهبة يقع للمولى ، فيكون هبة من المولى عندهما ، وإن كان ذا رحم محرم : لا يرجع ، وإن كان أجنبياً : يرجع ، ولا عبرة لجانب العبد ، وعند أبي حنيفة : هذا هبة للمولى من وجه ، وللعبد من وجه ، فلا تكون صلة كاملة في حق كل واحد على الانفرد ، والصلة الكاملة مانعة للرجوع ، فلا تتعدى إلى الصلة من وجه .

فأما إذا كانا جميعاً ذوي رحم محرم من الواهب : ذكر أبو الحسن الكرخي عن محمد أن قياس قول أبي حنيفة : أن يرجع ، لأنه لم يكن لكل واحد منهما صلة كاملة .

وقال أبو جعفر الهندواني : ليس له أن يرجع في قولهم جميعاً ، لأن الهبة - لأيهما كانت - تمنع الرجوع .

وعلى هذا التفريع : لو وهب للمكاتب وهو ذو رحم محرم من الواهب أو مولاه ذو رحم محرم من الواهب :

فإن أدى المكاتب : اعتبر حاله ، لأنه استقر ملكه بالعتق .

وإن عجز : ففي قياس قول أبي حنيفة : يعتبر حال المولى ، كأن الهبة وقعت له من الابتداء . وعند محمد : لا يرجع ، لأن الكسب كان للمكاتب ، وعند العجز ينتقل إلى المولى .

ولو وهب الرجل أولاده ، فسلم إلى الكبار حصتهم ، وقبض هو حصّة الصغار - جاز ، لما قلنا . ولكن ينبغي أن يسوي بين أولاده ، في الهبة ، في قول أبي يوسف ، وفي قول محمد : يجزيه إن أعطاهم على قدر موارثهم - والله أعلم بالصواب .

كتاب

الوديعة

اعلم أن عقد الوديعة مشروع ، ومندوب إليه ، لأن فيه إعانة لصاحبها لحفظ ماله ، والله تعالى يقول : ﴿ وتعاونوا على البر والتقوى ﴾ ^(١) .

ثم عقد الوديعة استحفاظ من المودع ، واثتمان له ، فتكون الوديعة أمانة في يد المودع ، لوجود الائتمان من المودع ، ويلزمه حفظها ، إذا قبل الوديعة ، لأنه التزم الحفظ ، فيجب عليه أن يحفظ على الوجه الذي يحفظ ماله ، بحرزه ، وييده . ويبد من كان ماله في يده - نعني بحرزه : الذي هو ملكه ، أو يستأجره ، أو يستعيّره ، وليس الشرط أن يحفظه في الحرز الذي يحفظ فيه ماله ، ونعني بيد من كان ماله في يده : كل من كان في عياله ، حتى المستأجر الذي استأجره مشاهرة بنفقته وكسوته ، دون الذي استأجره بالدراهم أو المستأجر مياومة ، ويدخل فيه العبد المأذون الذي في يده ماله ، وشريك المفاوضة والعنان ، وإن لم يكونوا في عياله .

ثم إذا أخرجه من يده ، ودفعه إلى غيره ، وديعة : يصير ضامنا ، لأنه رضي بحفظه ، دون حفظ غيره ، من غير ضرورة ، حتى إذا وقع الحريق ونحوه في داره فأودع غيره : لا يضمن .

وأما مودع المودع - هل يضمن لو هلكت الوديعة ؟ فعند أبي حنيفة :

(١) المائدة : ٢ .

لا يضمن ، وعند أبي يوسف ومحمد : يضمن ، والمالك بالخيار : إن شاء ضمن المودع الأول ، وإن شاء ضمن الثاني ، فإن ضمن الأول : لا يرجع على الثاني ، وإن ضمن الثاني : يرجع على الأول .

ولو استهلك الثاني الوديعة ، فلصاحب الوديعة الخيار في تضمينها : فإن ضمن الأول : يرجع الأول على الثاني ، لأنه يصير ملكا له ، بالضمان ، فكأنه أودع ماله عنده ، وإن ضمن الثاني : لا يرجع على الأول - والمسألة معروفة .

فإن استرد المودع الأول ، من الثاني ، وحفظه بنفسه : يبرأ عن الضمان ، عندنا - خلافا للشافعي .

وعلى هذا : إذا استعمل الوديعة ، بأن ركب الدابة ، ولبس الثوب - ثم نزل ، ونزع : يعود أمينا ، عندنا ، خلافا للشافعي - والمسألة معروفة .

وفي المستأجر والمستعير ، إذا خالفا ثم تركا الخلاف : بقي الضمان - وعند بعضهم : هذا بمتزلة المودع .

ولو سافر بالوديعة : لا يضمن ، عند أبي حنيفة ، ولو أودع إنسانا : ضمن . وعندهما : يضمن - والمسألة معروفة .

ولورد الوديعة إلى بيت المودع ، من غير حضرة المودع : يضمن .

وكذا إذا رد إلى يد من في عيال المالك ، لأنه لم يرض بيدهم حيث أودع ، وفي الإجارة والعارية : لا يضمن ، لعادة الناس ، حتى إن العارية إذا كانت شيئا نفيسا - قالوا : يضمن ، وقيل أيضا في الثياب كذلك ، وإنما العادة في بعض آلات البيت .

ولو بعث الوديعة مع من كان في عياله : لا يضمن .

ولو قال له : « احفظ في هذه الدار ولا تحفظ في هذا البيت » ، وإنه مثل غيره في الحرز - فلو حفظ في غيره : لا يضمن ، بخلاف الدارين .

ولو قال : « احفظ في هذا المصر ولا يخرج » - يجب عليه الحفظ في ذلك المصر ، إلا إذا كان ثمة عذر ظاهر ، بأن قصد السلطان أخذه فأخرجه مع نفسه .

ولو قال المودع : « هلكت الوديعة عندي » أو « رددتها إليك » ، وأنكر المودع وقال : « لا ! بل أتلقتها » - فالقول قول المودع ، لأنه أمين في ذلك ، ولكن مع اليمين ، لأنه لو أقر بذلك يلزمه ، فإن أقام المودع البيينة على الإلتلاف : يضمن المودع ، وكذا إذا حلف المودع على الإلتلاف ، فنكل . فلو أقام المودع البيينة على أنه أتلقتها المودع ، وأقام المودع البيينة على أنها هلكت ، فبيينة المودع أولى ، لأنها أكثر إثباتا . ولو أقام على إقرار المودع أنها هلكت : يقبل ، ويكون إكذابا لبينته .

ولو طلب المودع يمين المودع : « بالله ما يعلم أنها هلكت » - فالقاضي يحلفه - فإن حلف : يقضي بالضمان ، وإن نكل : يقضي بالبراءة . وعلى هذا - إذا جحد الوديعة : فالقول قوله .

ولو أقام المودع البيينة على الوديعة : يضمن المودع - فإن أقر بالوديعة وأقام المودع البيينة على أنها هلكت قبل جحوده الوديعة : لا يقبل ، لأنه بالجحود أكذب بيئته . وإن أقام على إقرار المودع ، بذلك يقبل .

ولو طلب من القاضي أن يحلف المودع « بالله ما يعلم أن الوديعة هلكت قبل جحوده إياها » : يحلفه - فإن حلف يقضي بالضمان ، وإن نكل : يقضي بالبراءة .

ولو أودع رجلان عند رجل وديعة ، وغابا ، ثم حضر أحدهما : فليس له أن يدفع إليه حصته ، ما لم يجتمعا وإن طلب منه عند أبي

حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد : له أن يقسم ، ويدفع إليه حصته ، ولا تصح القسمة في حق الغائب ، حتى لو هلك النصف الباقي في يده ، يكون للغائب أن يأخذ المودع نصفه الآخر .

ولو أودع رجل عند رجلين وديعة مما يقسم ، فلهما أن يقسماه ويأخذ كل واحد نصفه للحفظ ، لأنه رضي بحفظهما ، وأمكن من هذا الوجه .

ولو دفع أحدهما إلى صاحبه : ضمن النصف عند أبي حنيفة ، لأنه رضي بحفظهما ، لا بحفظ أحدهما ، وعندهما : لا يضمن .

وأجمعوا أنها إذا كانت لا تقسم : لا يضمن لأنه لا يمكن حفظهما في مكان واحد ، فكان راضيا بحفظ أحدهما .

وعلى هذا - الخلاف في المرتنين ، والوكيلين بالقبض .

ولو خلط الودية بمال نفسه : إن كان يمكن التمييز : لا شيء عليه ويميز ، وإن كان لا يمكن التمييز : يضمن الحافظ عند أبي حنيفة مثله لصاحبه .

وكذلك إذا كانت وديعتان ، فخلط إحداهما بالأخرى : يضمن مثل ذلك لصاحبهما ، وإذا أدى الضمان : حل له ذلك ، وعندهما : في الدراهم والدنانير ، إن شاء المالك : ضمنه مثله ، وإن شاء : أخذ نصف المخلوط .

وكذا في الوديعتين ، وفي سائر المكيلات والموزونات : إن شاء ضمنه كل واحد مثل حقه ، وإن شاء باعا المخلوط وقبضا الثمن ويأخذ صاحب الخنطة ثمن الخنطة ، غير مخلوط بالشعير ، ويأخذ صاحب الشعير ثمن الشعير غير مخلوط بالخنطة .

ولو مات المودع ، ولم يبين الوديعة : فإن كانت معروفة ، وهي

قائمة : ترد الى صاحبها . وإن لم تعرف : يضمن ، ويكون صاحبها
شريكا للغرماء - والله تعالى أعلم .

كتاب

العارية

اعلم أن إطلاق اسم العارية في العرف بطريقتين : بطريق الحقيقة ،
وبطريق المجاز .

أما بطريق الحقيقة :

فهو إعارة الأعيان التي ينتفع بها ، مع قيامها ، كالدور والعبيد
والدواب ونحوها ، وهو تمليك منافع الأعيان ، عند عامة المشايخ .

وقال الكرخي : إنه عقد إباحة فانه ليس للمستعير أن يؤجر ، ولو
كان تمليكا لملك الإجارة ، كالمستأجر : يملك أن يؤجر .

لكن هذا ليس بصحيح ، فإنه يملك أن يعير ، ولو كان إباحة لكان لا
يملك ، كالمباح له الطعام : لا يملك الدفع إلى غيره ، إلا أنه لا يملك
الإجارة ، لأنه عقد لازم ، والعارية تبرع ، فكيف يملك به ما هو لازم ،
فيؤدي الى تغيير المشروع ؟

ثم العارية أمانة عندنا ، وعند الشافعي : مضمونة - وهي مسألة
معروفة .

ولو شرط الضمان في العارية - هل يصح ؟ المشايخ مختلفون فيه :

وأما بطريق المجاز :

فهو إعارة المكيل والموزون ، وكل ما لا يمكن الانتفاع به إلا

بإستهلاكه ، فهو قرض حقيقة ، ولكن يسمى عارية مجازا ، لأنه لما رضى بالانتفاع به بإستهلاكه ببدل ، كان تملكها له ببدل ، وهو تفسير القرض ، ولا يلزم الأجل فيه ، كما في العارية .

ثم العارية قد تكون مطلقة وقد تكون مقيدة :

فالمطلقة :

أن يستعير شيئا ، ولم يبين أنه يستعمله بنفسه أو بغيره ، ولم يبين كيفية الاستعمال .

وحكمها أنه ينزل منزلة المالك ، فكل ما ينتفع به المالك ، ينتفع به المستعير من الركوب والحمل ، وله أن يركب غيره - ولكن يحمل بقدر المعتاد ، لا زيادة عليه ، لأن الزيادة تكون إتلافا .

فأما إذا بين أنه يستعمله بنفسه - فهذا على وجهين :

إن كان مما يتفاوت الناس في استعماله ، كالركوب واللبس : فإنه يختص به ، ولا يجوز له أن يركب غيره ، وأن يلبس غيره .

وإن كان شيئا لا يتفاوت ، كسكنى الدار : فله أن يعير غيره .

وكذا إذا سمي وقتا أو مكانا ، فجاوز ذلك المكان أو زاد على الوقت : يضمن ، لأن التخصيص مفيد .

فأما إذا بين مقدار الحمل والجنس : فإن حمله عليه أو زاد : يضمن ، بقدر الزيادة . ولو حمل عليه شيئا بخلاف جنسه : فإن كان مثله في الخفة أو أخف منه : لا يضمن ، وإن كان أثقل منه : يضمن ، إلا إذا كان شيئا فيه زيادة ضرر بالدابة : فيضمن ، وإن كان مثله في الوزن والثقل ، بأن استعار دابة ليحمل عليها مائة منّ من القطن ، فحمل عليها مائة منّ من الحديد : فإنه يضمن ، لأن ثقل الحديد يكون في موضع واحد ، وثقل

القطن يتفرق على جميع ظهرها وبدنها . وإن كان أثقل منه : فإن كان من الجنس المذكور : يضمن بقدر الزيادة ، وإن كان من خلاف الجنس : يضمن كل القيمة .

وليس للمستعير أن يؤجر لما ذكرنا - فإن فعل : فهو ضامن من حين سلمه إلى المستأجر ، ويكون المعير بالخيار : إن شاء ضمن المستعير ، وإن شاء ضمن المستأجر ، لوجود التعدي منها - فإن ضمن المستعير : لم يرجع على المستأجر ، لانه ملك العين بالضمان ، فكأنه أجر ملك نفسه ، فهلك وإن ضمن المستأجر : فإن كان لا يعلم أنه عارية ، يرجع على المستعير ، لأنه ضمن الدرك^(١) ، بإيجاب عقد فيه بدل ، فيكون غرور ، فأما إذا كان يعلم فلا يرجع ، لأنه لا غرور فيه ، والرجوع بحكم الغرور .

ولو استعار أرضا على أن يبني فيها بناء ، أو يغرس فيها غرسا - فيما إن كان مطلقا أو مؤقتا إلى عشر سنين ونحوه :

فإن كان مطلقا - فبني فيها أو غرس : فلصاحب الأرض أن يستردها في أي وقت شاء ، لأن العارية غير لازمة ، وعلى المستعير أن يأخذ غرسه وبناءه ، لأنه شغل أرض غيره ولم يرض صاحبه بذلك ، وليس للمستعير أن يضمن المعير قيمة غرسه وبناءه ويترك ذلك عليه ، لأنه لم يوجد منه الغرور ، لأن العارية تسترد على كل حال .

وعلى قول مالك : له أن يرجع عليه .

وإن كان مؤقتا - فله أن يسترد أيضا ، لكن المستعير بالخيار : إن شاء ضمن المعير قيمة غرسه ، وبناءه ، ويترك ذلك عليه ، لأنه غره حيث وقت وقتا طويلا ، ثم استرد قبل مضيه ، وإن شاء أخذ غرسه وبناءه إن لم يضرب

(١) « الدرك ضمان الثمن عند استحقاق المبيع » - وبعبارة أخرى : « هو رجوع المشتري بالثمن على البائع عند استحقاق المبيع » .

القلع بأرض المعير ، فأما إذا إذا كان يضر به ، فالخيار للمعير : إن شاء أخذ الغرس والبناء ، بالضمان ، وإن شاء رضي بالقطع ،

فأما إذا أعار الأرض ، ليزرع ، فزرع ، ثم أراد ان يسترد والزرع غير مدرك : فليس له ذلك ، وتبقى الأرض في يده ، بطريق الإجارة ، إلى أن يأخذ الغلة ، لأن هذه مدة يسيرة معلومة فيه ، وفيه نظر من الجانيين ، بخلاف الغرس والبناء : فإنه لو انقلبت إجارة ، يتضرر به المعير ، لطول المدة .

وإن اختلف المعير والمستعير في عدد الأيام ، أو في مقدار الحمل ، أو في المكان - فالقول قول المعير ، لأن المستعير قابض لنفسه ، فيكون سقوط الضمان بناء على الإذن له .