# قسم احكام المسائل العقارية

من لائحة

# مجلة الاحكام الشرعية

المستمدة من اصول المذهبين الحنفي والمالكي

الزكيين

# الكتاب الاول

## في الحقوق العقارية وفيه ابواب

### الباب الاول في الشفعة وفيه فصول

#### الفصل الاول

#### في معنى الشفعة واسبابها وشروطها وموانعها واحكامها

٩٠٤ ـ الشفعة تملك البقعة جبرا على المشتري بما قام عليه.

الشفعة استحقاق الشريك اخذ مبيع شريكه بثمنه.

٩٠٥ ـ سبب الشفعة واحد من ثلاثة امور وهي

١) ان يكون الشفيع مشاركا في نفس المبيع

٢) ان يكون خليطا في حق من حقوق المبيع كالشرب والطريق الخالصين

٣) ان يكون جارا ملاصقا

سبب الشفعة هو بيع الشريك بشرط

١) ان يكون الشفيع مالكا لجزء من الرقبة

٢) وان يخرج الشريك الملك جزاء عن ملكه بمعاوضة

٣) وان يكون البيع صحيحا

٤) وان يكون لازما

٥) وان يكون الملك سابقا على البيع

## المذهب الحنفي

٩٠٦ ـ شروط الشفعة

١) ان يكون المشفوع به عقار اسفلا كان او علوا فلا شفعة في المنقول

٢) وان يكون مملوكا فلا شفعة في الوقف

٣) وزوال ملك البائع عن المبيع فلا شفعة في بيع بخيار

٤) وزوال حق البائع فلا شفعة في شراء فاسد

٥) وملك الشفيع لما يشفع به وقت الشراء

٦) وعدم الرضا من الشفيع بالبيع ولو دلالة

٧) وكون العقد معاوضة فلا شفعة في عقار ملك بلا بدل كالتملك بالميراث او الوصية او الهبة بلا عوض

٩٠٧ ـ الشفعة بمنزلة شراء مبتدا فكل ما يثبت للمشتري من غير شرط كالرد بخيار الرؤية يثبت للشفيع وما لا يثبت للمشتري إلا بالشرط لا يثبت للشفيع إلا بالشرط

## المذهب المالكي

شروط الشفعة اربعة

١) ان يشفع ليملك لا ليبيع

٢) وبقاء الحصة التي يستشفع بها في ملكه

٣) ومعرفة الثمن

٤) وان يكون البيع ثابتا اما بالبينة او اقرار المتابعين

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ٩٠٨ ـ موانع الشفعة نوعان اختياري وضروري .<br>فالاختياري نوعان<br>١ صريح وما يجري مجراه كان يقول الشفيع ابطلت الشفعة او اسقطتها<br>٢ ودلالة كان يوجد من الشفيع ما يدل على رضاه بالعقد وحكمه للمشتري كتركه الطلب على الفور من غير عذر او قيامه عن المجلس<br>واما الضروري فنحو ان يموت الشفيع بعد الطلبين قبل الاخذ بالشفعة . | موانع الشفعة التصريح بالاسقاط او ما يقوم مقامه |
| ٩٠٩ ـ اسلام الشفيع ليس بشرط لوجوب الشفعة فتثبت لاهل الذمة فيما بينهم وللمسلم على الذمي وللذمي على المسلم | لا اثر لاختلاف الدين في استحقاق الشفعة فللذمي الشريك الشفعة فيما باعه شريكه المسلم لمسلم او ذمي والعكس |
| ٩١٠ ـ الشفعة انما تجب بحق الملك حتى لو بيع عقار بجنب عقار موقوف فلا شفعة للواقف ولا ياخذ بها المتولي ولا الموقوف عليه . | اذا كانت الحصة المستشفع بها محبسة فللواقف الشفعة ليحبس الجزء المشفوع فيه لا ليتقيد ملكا له . وليس للمحبس عليه الشفعة ليحبس ولا لناظر الوقف الشفعة إلا ان يجعل له الواقف الاخذ بالشفعة ليحبس . |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ٩١١ ـ الاشجار والابنية المملوكة الواقعة في ارض الوقف هي في حكم المنقول لا تجري الشفعة فيها | الاشجار والابنية المملوكة الواقعة في ارض الوقف تجري الشفعة فيها . |
| ٩١٢ ـ | اذا كان بيت المال شريكا فللناظر المبرات الاخذ بالشفعة اذا سهل له ذلك |
| ٩١٣ ـ | اذا اعمر انسان انسانا جزءا مشاعا من دار له وفيها شريك فباع شريكه فللمعمر (بالكسر) ان يأخذ بالشفعة . |
| ٩١٤ ـ لا شفعة في بيع الخيار اذا كان الخيار للبائع فان كان الخيار للمشتري فللشفيع فيه الشفعة كما ان للشفيع الشفعة في خيار الرؤية وخيار العيب | لا شفعة في بيع الخيار إلا بعد بته |
| ٩١٥ ـ لا تجري الشفعة في العقار الذي ملك لآخر بلا بدل كالتملك بالهبة بلا عوض او بميراث او وصية كما اشير اليه بالمادة (٩٠٦) | لا شفعة فيما وقع التبرع به ولا فيما انتقل ملكه بالارث . |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
|---|---|
| ٩١٦ - اذا اوصى انسان بثلث عقاره ليصرف على جهة بر لا على وجه التأبيد فباع الناظر الثلث الموصى به فللشركاء الثلثين الآخرين حق الشفعة . | اذا اوصى بالثلث ليصرف على جهة من جهات البر فباع الوصي الثلث من دار تركها الموصى فللورثة الشفعة . |
| ٩١٧ - الشفعة تثبت في كل عقار مملوك سواء اكان قابلا للقسمة كالاراضي ونحوها او غير قابل لها كالبئر والرحى والحمام | الشفعة تثبت في العقار سواء اكان ينقسم ام لا . |
| ٩١٨ - توابع العقار التي لا تقبل القسمة كالرحى ونهرها ومتاعها والحمام والآلة غير الزائلة تثبت فيها الشفعة وكذا لو اشترى عينا او نهرا او بئرا باصلها فللشفيع فيها الشفعة ومثل ذلك عين القير او النفط او موضع الملح فان جميع ذلك يؤخذ بالشفعة (١) | توابع العقار التي لا تقبل القسمة كالطريق والانهر والبئر الواحدة والعين الواحدة اذا باع احد الشريكين نصيبه فيها ففيها الشفعة اذا لم يقسم المتبوع فاذا قسم فلا شفعة . |
| ٩١٩ - اذا كان السفل لانسان والعلو لآخر فلكل من مالكيهما الشفعة فيما يملكه الآخر فان كان طريق العلو في السفل كان حق الشفعة بسبب الشركة في الطريق وان كان طريق العلو في السكة كان حق الشفعة بسبب الجوار . | العلو المملوك الانسان على سفل مملوك لغيره لا شفعة فيه اذا بيع احدهما . |

(١) هندية عن الظهيرية والمبسوط ص١٦٥ ج٥

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ٩٢٠ ـ اذا بيعت دار مجاورة لعقار ذي طبقتين سفلى وعليا كل منهما مملوكة لشخص كان لكل من مالكي الطبقتين حق الشفعة في الدار المبيعة بجوارهما . | |
| ٩٢١ ـ اذا اشترى شخصان عقارا واحدهما شفيع فلا شفعة للشفيع فيما صار للاجنبي . | |
| ٩٢٢ ـ اذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة سواء كانت القسمة بالتراضي او بالقضاء . | |
| ٩٢٣ ـ لا شفعة في المبيع بيعا فاسدا لاشتراط زوال حق البائع كما اشير اليه بالمادة (٩٠٦) سواء كان المبيع مما يملك ام لا ما لم يسقط حق استرداد البائع . | لا شفعة في المبيع بيعا فاسدا الا ان يفوت فياخذه الشفيع بالثمن ان اختلف في فساده وبالقيمة ان اتفق على فساده الا ان يفوت بالبيع الصحيح فياخذه الشفيع بالثمن الواقع في البيع الصحيح ان قام الشفيع قبل دفع المشتري قيمته لبائعه والا فالشفيع بالخيار بين اخذه بالثمن الصحيح او القيمة . |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ٩٢٤ – لا تقع الشفعة إلا في العقار الذي ملك ببدل هو مال معلوم فان لم يكن البدل مالا معلوما كان كان العقار مهرا او اجرة او بدل خلع او صلح جناية توجب القصاص فلا شفعة . | تقع الشفعة بقيمة الشقص المشفوع فيه اذا دفع الشقص في نكاح او خلع او في صلح جناية عمد على نفس او طرف . |
| ٩٢٥ – يثبت للشفيع حق الشفعة بمجرد الملك الصحيح للعقار المشفوع به بدون توقف على وضع اليد فلو اشترى شخص عقارا ولم يقبضه حتى بيع بجواره عقار آخر كان له الشفعة . | |
| ٩٢٦ – بيع العقار المشفوع فيه لا يخلو اما ان يكون بمال مثل كالمكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة: واما يكون بما لا مثل له فان كان بما له مثل فالشفيع يأخذه بقيمته وقت الشراء لا وقت الاخذ بالشفعة: فلو تبايعا دارا بدار فللشفيع كل واحدة من الدارين ان يأخذ بقيمتها لان الدار ليست من ذوات الامثال فلا يمكن الاخذ بمثلها . | اذا بيع الشقص بمثلي تكون الشفعة بمثل الثمن . واذا بيع بمقوم كدفع حصة من عقار في حصة من عقار آخر فالشفعة بقيمة الشقص الذي جعل ثمنا يوم البيع لا يوم الاخذ بالشفعة فلو كانت الدور او الحوانط بين شركاء فدفع احدهم لشريكه حظه من عقار بحظ شريكه من عقار آخر مشترك بينهما فلا شفعة لان مرادهما جمع مليكهما (١) . |

(١) متولي – ولباب اللباب

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ٩٢٧ ـ الشفيع انما ياخذ بما وجب بالعقد لا بما اعطاه بدلا عن الواجب فلو بيع عقار بالدراهم ودفع المشتري مكان الدراهم عروضا فالشفيع ياخذ بالدراهم لا بالعروض . | |
| ٩٢٨ ـ من اشترى عقارا بمثلي معين كمائة قنطار من رطب فحضر الشفيع بعد ما انقطع الرطب من ايدي الناس فانه ياخذ العقار بقيمة ذلك الرطب (١) . | |
| ٩٢٩ ـ اذا بيع العقار المشفوع فيه مع غيره فان الشفيع ياخذه بحصته من الثمن فيقسم الثمن على العقار المشفوع فيه وعلى ما صاحبه في البيع ويدفع الشفيع الحصة التي تخرج من الثمن للمشفوع فيه . | اذا بيع الشقص مع غيره في صفقة فالشفعة بما يخص الشقص من الثمن بأن يقوم الشقص منفردا ثم يقوم على انه مبيع مع المصاحب له وعلى تلك النسبة من القيمتين يؤخذ من الثمن (١) . |
| ٩٣٠ ـ اذا باع شخص لاخر عقارا فقام الشفيع فيه بالشفعة فرد المشتري العقار على البائع فلا يخلو حال الشفيع اما | اذا وقع بيع الشقص ثم وقعت اقالة في البيع لا تبطل الشفعة . وعهدة الشفيع على المشتري . |

(١) هندية عن الكافي ص ـ ١٩٤ ـ ج ـ ٥

(١) توضيح ـ اذا كانت قيمته عشرين وقيمته مع غيره ثلاثين ياخذه بثلثي الثمن

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ان يسلم الشفعة او لا .<br>فان كان الرد بسبب هو فسخ من كل وجه نحو الرد بخيار الرؤية وخيار الشرط وخيار العيب قبل القبض بقضاء او بغير قضاء وبعد القبض بقضاء نفي حال تسليم الشفيع لا يتجدد له حق الشفعة وفي حال عدم تسليمه لا يبطل حقه .<br>وان كان الرد بسبب هو فسخ من وجه وبيع جديد من وجه في حق ثالث كالرد بحكم الاقالة وبالعيب بعد القبض بغير قضاء نفي حال تسليم الشفيع يتجدد له حقه في الشفعة وفي حال عدم تسليمه لا يبطل حقه فيها . | |
| ٩٣١ – يحمل على الشفيع ما دفعه المشتري من مؤن البيع كالدلالة وغيرها . | يلزم الشفيع دفع ما دفعه المشتري من المصاريف كاجرة السمسار وكتب البيع والمكوس . |
| ٩٣٢ – | اذا وقع بيع الشقص برهن او حميل لا يأخذه الشفيع إلّا برهن او حميل فان لم يات بمثل الرهن او الضامن فلا شفعة له إلّا ان ينقد الثمن . |

٩٣٣ ـ اذا وقع البيع بثمن مؤجل الى سنة مثلا فحضر الشفيع فطلب الشفعة واراد اخذها الى ذلك الاجل فليس له ذلك إلا برضا المأخوذ منه فان رضي المأخوذ منه فذاك وان لم يرض فان القاضي يقول للشفيع اما ان تنقد الثمن حالا او تصبر حتى يحل الاجل فان نقد الثمن حالا وكان الاخذ من البائع سقط الثمن عن المشتري وان نقد حالا وكان الاخذ من المشتري يبقى الاجل في حق المشتري على حاله حتى لا يكون للبائع ولاية مطالبة المشتري قبل حلول الاجل. وان صبر حتى الاجل فهو على شفعته هذا اذا كان الاجل معلوما فان كان مجهولا نحو الحصاد والدياس واشباه ذلك فقال الشفيع انا اعجل الثمن وآخذها لم يكن له ذلك (١).

اذا بيع الشقص بثمن مؤجل يأخذه الشفيع الى اجله ان ايسر او ضمنه ملي، وإلا فاما ان يعجل الثمن او لا شفعة له فان لم يقم الشفيع حتى حل الاجل وطلب ضرب اجل مثل الاجل الاول اجيب اليه ان ايسر او ضمنه ملي،

(١) هندية عن المحيط والذخيرة والفتاوى العتابية ص ـ ١٧٦ ـ ج ـ ٥

٩٣٤ ـ اذا وقع البيع الى اجل فاسد فعجل المشتري الثمن جاز البيع وثبتت الشفعة

٩٣٥ ـ اذا بنى المشتري بناء او غرس ثم حضر الشفيع يقضى له بالشفعة ويجبر المشتري على قلع البناء والغرس في تسليم الساحة الى الشفيع إلا اذا كان في القلع

اذا غرس مشتري الشقص او بنى لا يأخذ الشفيع بالشفعة حتى يدفع مع الثمن قيمة ما بنى او غرس قائما.

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| نقصان بالارض فللشفيع الخيار ان شاء اخذ الارض بالثمن والبناء والغرس بقيمته مقلوعا وان شاء اجبر المشتري على القلع (١) | |
| (١) هذا هو ظاهر الرواية ونقل في الدر المختار ان مذهب الامام ابي يوسف ان الشفيع يخير ان شاء اخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس وان شاء ترك وبه قال الشافعي ومالك وعلق العلامة ابن عابدين على قوله وقيمة البناء والغرس بقوله اي قائمين على الارض غير مقلوعين كما في النهاية عن شرح الطحاوي وعلل عدم تكليف المشتري القلع بانه غير معتد في البناء والغرس لثبوت ملكه بالشراء فلا يعامل باحكام العدوان الذي هو القلع ص ٢٠٣ ج ٥ طبع الاستانة | |
| ٩٣٦ - اذا زرع المشتري في الارض ثم حضر الشفيع فلا يجبر المشتري على قلعه ولكنه ينتظر ادراك الزرع ثم يقضى له بالشفعة - فياخذ الارض بجميع الثمن. | |
| ٩٣٧ - او اشترى شخص دارا وصبغها بالوان كثيرة فالشفيع بالخيار ان شاء اخذها واعطاه مازاد الصبغ وان شاء ترك | |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ٩٣٨ - لو تصرف المشتري في الدار المشتراة قبل اخذ الشفيع بان وهبها وسلمها او تصدق بها او آجرها او جعلها مسجدا وصلى فيها او وقفها وقفا او جعلها مقبرة ودفن فيها فللشفيع ان ياخذ بالشفعة وينقض تصرف المشتري. ومثل ذلك ما لو اوصى المشتري لانسان فان للشفيع ان ينقض الوصية ويأخذ من الورثة والعهدة عليهم | للشفيع ان ينقض وقفا احدثه المشتري ولو كان مسجدا كما له ان ينقض هبة المشفوع فيه وصدقته ويأخذ بالشفعة والثمن الذي يأخذه المشتري من الشفيع يكون للموهوب له او المتصدق عليه اذا علم المشتري ان لا شفيعا. واما اذا لم يعلم ان لا شفيعا يكون الثمن للواهب او المتصدق . |
| ٩٣٩ - اذا اكترى المشتري قبل اخذ الشفيع بالشفعة يمضي كراؤه والاجرة له . | |
| ٩٤٠ - لو اشترى ارضا فيها نخل او شجرا فيه ثمر واشترط ثمرة في البيع ثم جاء الشفيع والثمرة قائمة فله ان يأخذ جميع ذلك. فان جذاء وقد جذة البائع او المشتري او اجنبي فلا شفعة في الثمرة ويأخذ الارض والنخل بالحصة من الثمن ان شاء وتسقط عنه حصة الثمرة فيقسم الثمن على قيمة الارض والنخل والثمر يوم العقد فما اصاب الثمرة سقط عن الشفيع وقيل له خذ الارض والنخل بحصتهما ان شئت . | اذا بيعت اشجار ليس فيها وقت الشراء ثمرة اخذت الثمرة بالشفعة مع الاصول الا ان تيبس عند المشتري او تجذ فيفوز بها المشتري ويأخذ الشفيع الاصول بالثمن ولا يحط عنه حصتها منه. واذا بيعت الاصول وفيها ثمر ازهى او أبر ووقعت الشفعة فان الشفيع يأخذ الثمرة ما لم تيبس او تجذ فتكون للمشتري ويحط عن الشفيع ما ينوبها من الثمن . |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
|---|---|
| ٩٤١ - | غلة المشفوع فيه للمشتري الى وقت الاخذ بالشفعة . |
| ٩٤٢ - لاشفعة الا في العقارات التي تملك رقابها فلا شفعة في الكراء ولافي الكردار ولافي الخلو سواء خلو النصبة او خلو المفتاح ولافي البناء المقام بارض محتكرة - اي مستنزلة - من وقف او غيره | لاشفعة في الكراء ولافي الجلسة المعبر عنها بالخلو في مصر ولا في الانزال (١) |
| ٩٤٣ - اذا باع الشفيع الشفعة كان ذلك تسليما لها ولا يجب المال | ليس للشريك بيع الشفعة ولا هبتها قبل الاخذ بها . وليس له ان يشفع ليبيع فان فعل فللمشتري القيام وابطال شفعته . وبيعه بالقرب دليل على انه شفع ليبيع . وحد القرب ما دون ستة اشهر |
| ٩٤٤ - الشفعة تجب بالعقد مع احد اسبابها ، تتاكد بالطلب والاشهاد وتملك بالاخذ | |
| ٩٤٥ - الطلب ثلاثة انواع : طلب مواثبة : وطلب تقرير واشهاد : وطلب خصومة وتمليك | |

(١) اختيار التسولي واعترضه مهدي ورجح الاناودي من المنع

## المذهب الحنفي

٩٤٦ ـ طلب المواثبة ان يقول كلاما يدل على طلب الشفعة في المجلس الذي سمع فيه عقد البيع في الحال كقوله شفعت في المبيع او اطلبه بالشفعة

٩٤٧ ـ علم الشفيع بالبيع اذا حصل بواسطة اخبار الغير له فلا يشترط فيه عدد ولا عدالة حتى او اخبره واحد بالبيع عدلا كان المخبر او فاسقا بالغا او صبيا ذكرا او انثى فسكت ولم يطلب على فور الخبر بطلت الشفعة اذا ظهر كون المخبر صادقا

٩٤٨ ـ طلب التقرير ـ او الاشهاد ـ ان يشهد على عين الاقرب من البائع ان كان المبيع بيده او المشتري او المشفوع فيه فيقول بمحضر رجلين ان كان عند المبيع ان فلانا اشترى هذا العقار وان كان عند المشتري انك قد اشتريت العقار الفلاني وان كان عند البائع والمبيع بيده انك قد بعت عقارك الفلاني وانا شفيعه وكنت طلبت الشفعة وانا اطلبها الآن فاشهدوا على ذلك .

## المذهب المالكي

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
|---|---|
| ٩٤٩ - طلب التقرير مقدر بالتمكن من الاشهاد فمتى تمكن من الاشهاد بحضرة واحد من الثلاثة المتقدم ذكرهم بالمادة السالفة ولم يشهد بطلت الشفعة . | |
| ٩٥٠ - اذا ترك الاقرب من الثلاثة وذهب الى الابعد ان كان الكل في مصر واحد لم تبطل الشفعة وان كان الابعد في مصر آخر او في قرية من قرى هذا المصر بطلت الشفعة . | |
| ٩٥١ - انما يحتاج الى طلب المواثبة ثم الى طلب الاشهاد بعده اذا لم يمكنه الاشهاد عند طلب المواثبة بان سمع بالشراء حال غيبته عن المشتري والبائع والمبيع . اما اذا سمع عند حضرة واحد من هؤلاء الثلاثة واشهد على ذلك فذلك يكفيه ويقوم مقام الطلبين . | |
| ٩٥٢ - اذا كان الشفيع في محل بعيد ولم يمكنه طلب التقرير والاشهاد بكل آخر فان لم يجد وكيلا ارسل مكتوبا . | |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
|---|---|
| ٩٥٣ - طلب الخصومة او التمليك ان يقوم الشفيع بالمرافعة لدى القاضي ليقضي له بالشفعة بعد طلبي المواثبة والتقرير . | |
| ٩٥٤ . اذا اخر الشفيع طلب الخصومة بعد طلب التقرير شهرا من دون عذر شرعي كالمرض والحبس والسفر يسقط حقه في الشفعة فان كان له عذر ولم يمكن له توكيل غيره فلا يسقط . | |
| ٩٥٥ - بعد طلب الخصومة لا يثبت الملك للشفيع في العقار المشفوع فيه إلّا بحكم القاضي او بتسليم المشتري اليه. | |
| ٩٥٦ - اذا اخبر من له حق الشفعة بالبيع فسكت لم تبطل شفعته حتى يعلم المشتري والثمن ( ١ ) | اذا وقع بيع الحصة وعرف الشفيع الثمن فقال اخذت لزمته الشفعة واذا قال اخذت قبل معرفة الثمن لم تلزمه الشفعة وكان له الخيار |

(١) ردا المختار من الخانية ص١٩٦ ج ٥ طبع الاستانه وص ٢١٠ عند قوله وسكوت من يملك التسليم تسليم

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ٩٥٧ ـ لا يلزم الشفيع احضار الثمن وقت الدعوى بل يجوز له المنازعة وان لم يحضر الثمن فاذا قضي له بالشفعة احضر الثمن لزوما والمشتري حبس المشفوع فيه حتى يقبض الثمن وتاخير دفع الثمن لا يسقط الشفعة . ثم اذا اخذ الشفيع المشفوع فيه من المشتري فهلكته وضمان ماله على المشتري وان اخذ المشفوع فيه من البائع قبل تسليمه المبيع الى المشتري ونقده الثمن فهلكته وضمان ماله على البائع | اذا لزمته الشفعة وابى دفع الثمن يبيع الحاكم عليه ما هو اولى بالبيع لتوفية الثمن اذا سلم المشتري له الشفعة بان قال سلمت لك فان سكت المشتري او قال لا اسلم فللمشتري امضاء الشفعة والاتباع بالثمن وله ابطالها إلا ان يعجل الشفيع الثمن |
| ٩٥٨ ـ اذا اشترى انسان عقارا بالف وباعه بالفين فجاء الشفيع واراد ان ياخذ العقار بالبيع الاول فانه ياخذه من ذي اليد بما وقع به البيع الاول وهو الالف ويقال له اطلب بائعك بالالف الاخر | اذا تعددت بيوع الشقص فللشفيع ان ياخذ بأي بيع منها اذا لم يعلم قبل الاخذ بالشفعة بتعدد البيع فاذا كان حاضرا عالما لم ياخذ إلا بالاخير ويدفع الثمن لمن بيده الشقص ولو اخذ ببيع غيره فاذا اتفقت الاثمان فلا اشكال وان اختلفت فان كان الاول اكثر كعشرين والثاني كعشرة فان اخذ بالاول دفع للثاني عشرة ودفع العشرة الاخرى للاول وان كان بالعكس دفع للثاني عشرة ويرجع بالعشرة الاخرى على بائعه وعهدة المبيع من بيع او استحقاق على من اخذ ببيعه |
| ٩٥٩ ـ اذا قال الشفيع ان لم اجيء بالثمن الى ثلاثة ايام فانا بريء من الشفعة فلم يجيء بالثمن الى ذلك الوقت فان شفعته لا تبطل (١) | |

(١) هندية عن فتاوى قاضيخان ص ١٧٧ ج ٥

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ٩٦٠ - حق الشفعة لا يورث فاذا مات الشفيع بعد البيع قبل ان يأخذ الشفعة ولم يكن لورثته حق الاخذ بالشفعة لان الحق المشفوع فيه بعد موت الشفيع لورثته حق الشفعة فيه . | حق الشفعة يورث فاذا مات الشريك بعد وجوب الشفعة وقبل الاخذ بها فورثته يقوم مقامه وتتفق المدة المسقطة فاذا مكثت الورثة ستة اشهر وهات مكثت ورثته بقية العام لا تكون له الشفعة . |
| ٩٦١ - اذا مات الشفيع بعد ما قضى القاضي له بالشفعة كان المشفوع فيه لورثته وان لم يقبض الشفيع والمسألة بحالها . | موت البائع او المشتري لا يؤثر في الاخذ بالشفعة اذا وجبت الشروط واتفقت الورثة . |
| ٩٦٢ - اذا مات البائع والمشتري والشفيع حي فهو على شفعته . | |
| ٩٦٣ - اذا مات المشتري والشفيع حي فهو على شفعته حتى لو كان على المشتري دين وباع الوصي او الوصي عقار الشفعة في دين الميت فللشفيع ان يبطل البيع ويأخذ بالشفعة | |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ٩٦٤ - اذا ملك الشفيع الشفعة بتسليم المشتري اليه ثم مات يكون ذلك ميراثا لورثته . | |
| ٩٦٥ - تثبت الشفعة للمشتري اصالة او بطريق الوكالة اذا كان له حق الشفعة وللمشترى له بالوكالة . ولا تثبت لمن باع اصالة او كان وكيلا بالبيع او وكل غيره بها او ضمن الدرك ( ١ ) | من وكل رجلا يبيع له شقصا او يشتريه والوكيل شفيعه ففعل لم يقطع ذلك شفعته |
| ٩٦٦ - الوكيل بشراء العقار اذا اشتراه وقبضه فجاء الشفيع وطلب الشفعة من الوكيل فان كان قبل تسليم العقار الى الموكل صح وان كان بعد فلا وتبطل شفعته ( ١ ) | |
| ٩٦٧ - اذا كان البائع وكيل الغائب فللشفيع ان يأخذ بالشفعة منه اذا كان المبيع في يده وكذا اذا كان البائع وصيا للميت فيما يجوز بيعه | |

(١) التنوير والدرر والمختار ص ٢٠٨ ج ٥ . وانظر الفتاوى الهندية ص ١٩٠ ج ٥

(١) - هندية عن خزانة المفتين والفتاوى الكبيري ص ١٩١ ج ٥

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ٩٦٨ ـ الوكيل بالشفعة ليس له ان يوكل غيره إلّا اذا اجاز له الموكل ذلك | |
| ٩٦٩ ـ الوكيل بطلب الشفعة في عقار ليس له ان يخاصم في غيره إلّا اذا وكله بالخصومة في كل شفعة تكون له فيجوز ذلك وله ان يخاصم في كل شفعة تحدث له كما يخاصم في كل شفعة واجبة له ولا يخاصم بدين ولا حق سوى الشفعة إلّا في تثبيت الحق الذي يطلب به الشفعة | |
| ٩٧٠ ـ اذا باع احد المتفاوضين دارا له خاصة من ميراث وشريكه شفيعها بدار له خاصة من ميراث فلا شفعة له فيها هندية عن المبسوط ص ٢٠٢ ج ٥ | اذا باع احد المتفاوضين شقصا فليس لشريكه المفاوض شفعة فيه |
| ٩٧١ ـ | بيع الاب او الوصي شقص مجور الصغير من عقار مشترك بينهما لا يسقط شفعته |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ٩٧٢ الصغير كالكبير في استحقاق الشفعة وكذلك الحمل اذا ولد لاقل من ستة اشهر منذ وقع الشراء فان ولد لستة اشهر منذ وقع الشراء فلا شفعة له إلّا ان يكون ابوه مات قبل البيع وورث الحمل منه فانه يستحق حينئذ الشفعة وان ولد لستة اشهر فصاعدا (١) | |
| (١) هندية عن المبسوط والمحيط ص ١٩١ ج ٥ | |
| ٩٧٣ - اذا وجبت الشفعة للصغير فالذي يقوم بطلبها والاخذ بها في حقه من يقوم مقامه شرعا في استيفاء حقوقه وهو ابوه ثم وصي ابيه ثم جده ابو ابيه ثم وصي الجد ثم الوصي المنصوب من القاضي فاذا كان له احد من هؤلاء فترك طلب الشفعة مع الامكان بطلت شفعة الصغير حتى لو بلغ لا يكون له حق الاخذ بها | |
| ٩٧٤ - اذا لم يكن للصغير ولي ممن ذكر بالمادة السالفة فهو على شفعته اذا ادرك فان ادرك فقد ثبت له خيار الشفعة فاذا لم يبادر بها بطلت شفعته | |

## المذهب المالكي

## المذهب الحنفي

٩٧٥ ـ اذا اشترى الاب عقارا وابنه الصغير شفيع ذلك العقار ولم يطلب الشفعه لابنه حتى بلغ فليس لهذا الابن ان ياخذه بالشفعة

٩٧٦ ـ اذا باع الاب عقارا مملوكا له وابنه الصغير شفيعه فلم يطلب الاب الشفعة لهذا الابن لا تبطل شفعته حتى لو بلغ كان له ان ياخذ بها

٩٧٧ ـ الوصي اذا باع عقارا من املاكه او اشترى عقار النفسه ومنظوره الصغير شفيعه ولم يطلب له هذه الشفعة فالصغير على شفعته اذا بلغ

٩٧٨ ـ اذا كان عقاران متلاصقين ادعى رجل انه اشترى احدهما منذ شهر واقام البينة على ذلك وادعى رجل آخر انه اشترى العقار الاخر منذ شهرين واقام على ذلك البينة وطلب الشفعة في العقار الاخر قضي له بالشراء منذ شهرين وبالشفعة في العقار الاخر : فلو لم يوقتا قضي لكل منهما بعقاره ولا شفعة لاحدهما : فلو وقت احدهما ولم يوقت الاخر قضي بالشفعة لصاحب الوقت (١)

(١) هندية عن المبسوط ص١٨٩ ج٥

اذا تنازع مشتريان وادعى كل منهما ان شراءه سابق على شراء الاخر وان له الشفعة عليه فلا شفعة لاحدهما على صاحبه ان حلفا او نكلا فان حلف احدهما ونكل الاخر فللحالف الشفعة

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ٩٧٩ - اذا ادعى رجل انه باع عقاره من فلان فانكر فلان الشراء كان للشفيع ان ياخذها بالشفعة (١) | اذا اقر البائع انه باع حصته لفلان فانكر فلان الشراء وحلف انه لم يشتر فلا شفعة |
| (١) هندية عن المحيط ص ١٩٧ ج٥ | |
| ٩٨٠ - اذا تعدد الشفعاء يعتبر عدد الرؤوس ولا يعتبر مقدار السهام . | اذا تعدد الشركاء فالشفعة على قدر انصبائهم لا على عدد رؤوسهم |
| اذا اجتمع الشفعاء فحق كل واحد منهم قبل الاستيفاء والقضاء ثابت في جميع العقار المشفوع فيه حتى انه اذا كان للعقار المشفوع فيه شفيعان سلم احدهما الشفعة قبل الاخذ وقبل القضاء كان للاخر ان ياخذ الكل . وبعد الاستيفاء وبعد القضاء يبطل حق كل واحد منهما فيما قضي به لصاحبه فاذا قضى القاضي بالمشفوع فيه بين الشفيعين ثم سلم احدهما نصيبه لم يكن للاخر ان ياخذ الجميع . | |
| ٩٨٢ - اذا كان بعض الشفعاء اقوى من البعض فقضى القاضي بالشفعة للقوي بطل حق الضعيف فلو اجتمع الشريك والجار وسلم الشريك الشفعة قبل القضاء | |

المذهب المالكي

المذهب الحنفي

لم كان للجار ان ياخذ بالشفعة ولو قضي بالمشفوع فيه للشريك ثم سلم الشريك الشفعة فلا شفعة للجار .

٩٨٣ ـ يجب ان يطلب كل واحد من الشفعاء الاخذ بالشفعة في كل المشفوع فيه لا في المقدار الذي يستحقه فاذا كان للمشفوع فيه شفيعان فطلب كل واحد منهما الشفعة في النصف بطلت شفعتهما .

٩٨٤ ـ اذا قام شفيع يطلب حقه في الشفعة واثبت حقه فيها وقضي له بها ثم جاء شفيع آخر واثبت حقه في الشفعة فان القاضي ينظر ان كان الثاني مساويا للاول في سبب الاخذ بها بأن كان شريكا مثله او جارا مثله قضى له بنصف المشفوع فيه وان كان اولى منه بأن كان الاول جارا والثاني شريكا فان القاضي يبطل شفعة الاول ويقضي بكامل المشفوع فيه للثاني وان كان دونه بأن كان الاول شريكا والثاني جارا لا يقضي له بشيء .

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ٩٨٥ ـ لو اشترى رجل عقارا وهو شفيعه ثم جاء شفيع مثله قضي له بنصفه فان كان الثاني اولى من الاول قضي له بالكامل وان كان دونه فلا شفعة له . | |
| ٩٨٦ ـ | لمشتري الشقص ان يطالب الشريك بالاخذ بالشفعة او الترك لها فان امتنع اجبره الحاكم على احدهما فان طلب الامهال لينظر هل ياخذ الحصة المستشفع بها اجل ثلاثة ايام ولا يعتبر طلب المشتري وايقافه الشفيع عند غير الحاكم . |
| | (١) هذا الذي جرى به عمل فاس وان خالف ما في التحفة والمختصر . |
| ٩٨٧ ـ يكون الشفيع مالكا للمشفوع بتسليمه بالتراضي مع المشتري او بحكم الحاكم . | يملك الشفيع المشفوع فيه بحكم الحاكم او دفع الثمن للمشتري او اشهاده بالاخذ بها مع اعلام المشتري بذلك فان لم يعلم المشتري بذلك إلّا بعد مضي الامد المسقط فلا شفعة له . |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ٩٨٨ ـ اسباب الشفعة اذا اجتمعت يراعى فيها الترتيب بحيث يقدم الاقوى فالاقوى فيقدم الشريك في ذات العقار على الشريك في حق من حقوقه كالشرب والطريق الخاصين ويقدم هذا على الجار فاذا سلم الشريك وجبت الشفعة للخليط في الحق وان اجتمع خليطان يقدم الاخص على الاعم واذا سلم الخليط وجبت للجار. | الشركاء في الشفعة مراتب فيقدم الشريك الاخص على الشريك الاعم ويقدم في شفعة بيع احد الورثة ذو الفرض ثم العصبة ثم الموصى لهم ثم الاجانب وكل منهم يدخل على من بعده دون العكس . |
| ٩٨٩ ـ اذا اراد الشفيع ان ياخذ بعض المبيع دون بعض فان لم يكن البعض الذي يريد اخذه ممتازا عن البعض الاخر بأن كان المبيع دارا واحدة فاراد الشفيع اخذ بعضها فليس له ذلك اجماعا بل ياخذ الكل او يدع الكل حتى لا تتفرق الصفقة على المشتري سواء كان البائع واحدا اومتعددا اما اذا كان البعض الذي يريد الشفيع اخذه ممتازا كأن كان المبيع خمسة منازل فاراد الشفيع اخذ منزل منها فان كانت الشفعة بسبب الاشتراك في الطريق فليس له ذلك حتى لاتتفرق الصفقة على المشتري وان كانت الشفعة بسبب الجوار وجواره من جهة هذا المنزل الذي يريد اخذه لا غير كان له ذلك . | اذا وقع بيع الحصة او الحصص في عقدة واحدة سواء اتحد البائع ام اتعدد فاراد الشفيع اخذ البعض دون البعض وامتنع المشتري فليس للشفيع إلّا اخذ الجميع او ترك الجميع اما اذا رضي المشتري بالتبعيض فللشفيع التبعيض . |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ٩٩٠ — اذا بيع العقار لجماعة فللشفيع ان ياخذ نصيب احد المشترين حيث حصلت الصفقة متفرقة من الابتداء فلا يكون اخذ البعض تفريقا سواء عين لنصيب كل مشتر ثمن خاص او عين للجميع ثمن واحد | اذا بيعت الحصة لجماعة كثلاثة مثلا لكل واحد منهم ثلثها وكان البيع لهم في عقدة واحدة فليس للشفيع إلّا اخذ الجميع او ترك الجميع إلّا ان يرضى من يريد الاخذ منه. |
| ٩٩١ — اذا جعل بعض الشفعاء نصيبه لبعض لا يصح ويسقط حقه بذلك في الشفعة ويقسم بين الباقين على عدد رؤسهم . | اذا اسقط بعض الشفعاء حقه من الاخذ بالشفعة يقال للباقي اما ان تاخذوا الجميع او تتركوا الجميع وليس لهم ان ياخذوا بالشفعة بمقدار حقوقهم فقط . |
| ٩٩٢ — اذا كان احد الشفيعين حاضرا والاخر غائبا فان الحاضر يطلب الشفعة في الكل حتى لو طلب الشفعة في النصف على ظن انه لا يستحق إلّا النصف بطلت شفعته واذا اراد ان ياخذ الجميع فقال المشتري لا اعطيك إلّا النصف كان للشفيع ان ياخذ الكل . | اذا غاب بعض الشركاء قبل اخذه بالشفعة فليس للحاضر اخذ حقه فقط بل اما ان ياخذ الجميع او يترك الجميع . واذا اراد الحاضر ان ياخذ الجميع فمكنه المشتري واراد ان ياخذ بقدر حصته فقط يجاب الشفيع ولا يسمع قول المشتري . |

المذهب الحنفي | المذهب المالكي

## الفصل الثاني

## في مسقطات الشفعة

٩٩٣ ـ تسقط الشفعة بوجود مانع لها ضروري او اختياري كما تقدم بالمادة (٩٠٨) وترك الشفيع طلب المواثبة في المجلس الذي علم فيه بالبيع .

وتركه طلب التقرير مع القدرة.

وتسليمها بعد البيع لا قبله ولو من الاب او الوصي .

وصلحه منها على عوض غير المشفوع فيه .

وبيع شفعته بمال .

وبيع ما يشفع به قبل القضاء بالشفعة وجعل ما يشفع به مسجدا او مقبرة او وقفا.

وشراء الشفيع من المشتري .

واستئجارها بعد العلم بالبيع

ومساومتها بيعا او اجارة بعد العلم بالبيع ايضا .

وطلبه تولية عقد الشراء ـ وهو البيع بمثل الثمن الاول .

وطلبه المرابحة فيه .

وطلبه المزارعة او المساقاة بعد العلم البيع .

وضمانه الدرك في العقار المبيع .

تسقط الشفعة بتصريح الشفيع باسقاط شفعته لكن التصريح بالاسقاط ان كان قبل البيع لم يعتبر ويكون الشفيع على شفعته واذا اسقط بعد البيع يلزمه الاسقاط ولو لم يعلم الثمن ولا عرف المشتري إلّا ان يدعي انه اسقط لكذب في الثمن بزيادة او لكذب في الشقص المشترى كأن قيل له باع بعض نصيبه فتبين انه باع الكل او لكذب في الشخص المشتري او لكذب في انفراد المشتري فتبين انه متعدد فاذا ادعى ان اسقاطه للكذب عليه فيما ذكر يحلف انه انما اسقط لكذب ويبقى على شفعته.

٩٩٤ ـ اذا قيل للشفيع ان العقار بيع بالف فسلم ثم علم انه بيع باقل او بمثلي كالبر او الشعير او بعددي متقارب قيمته الف او اقل او اكثر فله الشفعة. اما اذا علم انه بيع بدنانير او بعروض قيمتها الف فلا شفعة له .

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ٩٩٥ ـ اذا علم الشفيع ان المشتري زيد فسلم ثم بان انه بكر فله الشفعة: فلو بان ان المشتري زيد مع غيره كان له اخذ نصيب غيره لعدم التسليم في حقه . | |
| ٩٩٦ ـ اذا بلغ الشفيع ان البيع وقع في النصف فسلم ثم بلغه انه في الكل فله الشفعة في الكل: اما اذا بلغه ان البيع وقع في الكل فسلم ثم علم انه في النصف فلا شفعة له في النصف . | |
| ٩٩٧ ـ | يقوم مقام الاسقاط الصريح الامور الاتية :<br>اولا ـ مقاسمة الشفيع المشتري : ومثل المقاسمة طلبها ولو لم يقاسم .<br>ثانيا ـ ابتياع الشفيع الحصة او بعضها من المشتري .<br>ثالثا ـ مساومة الشفيع للمشتري .<br>رابعا ـ مساقاة الشفيع للمشتري فيما له فيه الشفعة .<br>خامسا ـ استئجار الشفيع الحصة من المشتري .<br>سادسا ـ بيع الشفيع منابه .<br>سابعا ـ سكوت الشفيع وهو يرى المشتري يغرس او يهدم او يبني ولو لاصلاح .<br>ثامنا ـ ترك القيام من غير عذر بعد العلم بالبيع مدة سنة فاكثر . |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ٩٩٨ ـ اذا سلم الاب او الوصي او من يمثلها شفعة الصغير صح تسليمه حتى لو بلغ الصغير لا يكون له حق الاخذ بها . | اذا اسقط الاب او الوصي او مقيم القاضي الشفعة في حق محجورهم لنظر سقطت الشفعة فان اسقطوا لغير نظر لا تسقط الشفعة وللصبي اذا بلغ رشيدا الاخذ بها. واذا جهل الحال حمل الاسقاط على النظر ومتى كان للصبي الاخذ بالشفعة بعد البلوغ عند الرشد فشرطها ان يكون موسرا بالثمن يوم البيع او داخل السنة (١) |
| ٩٩٩ ـ الوكيل بطلب الشفعة اذا سلم الشفعة او اقر على موكله بتسليمها صح ذلك . | |
| ١٠٠٠ ـ الشفيع الغائب قبل البيع والعلم به على شفعته الى ان يعلم بالبيع في حال سفره او بعد رجوعه منه فتجري عليه احكام الشفيع الحاضر . | اذا غاب الشفيع قبل البيع او بعده البيع وقبل العلم به فهو على شفعته وان طالت غيبته فاذا قدم من سفره كان حكمه حكم الحاضر العالم فله سنة من يوم قدومه |

(١) فتوى اللخمي ـ العمليات الفاسية

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٠٠١ ـ اذا كان الشفيع غائبا يؤجل بعد العلم قدر مسيره لطلب الاشهاد فان حضر هو او وكيله وإلّا بطلت شفعته . واذا حضر وقام بطلب الاشهاد (التقرير) ثم غاب قبل القيام بطلب الخصومة تبطل شفعته إلّا لعذر .(١) | اذا علم بالبيع فغاب تسقط شفعته بمضي عام إلّا ان يظن الاوبة قبله فيعوقه عائق قهري فانه يبقى على شفعته وان طالت غيبته ان شهدت له بينة بعذره او قرينة وحلف انه باق شفعته . |
| (١)وهذا مذهب الامامين وعند ابي حنيفة لاتبطل لان تاخير طلب التمليك (الخصومة) لا يبطل الشفعة عنده خلافا لهما كما في الهندية عن المحيط ص - ١٧٣ - ج - ٥ . | |
| ١٠٠٢ ـ لاشفعة للشفيع لووقع البيع بثمن معلوم مع قبضة فلوس اشير اليها وجهل قدرها وضيعت بعد القبض في المجلس | البيع بالكمشة المجهولة اذا وقع الحكم من الحنفي بصحته فيه الشفعة بقيمة المبيع. |
| ١٠٠٣ ـ اذا سلم الشفيع الشفعة للمشتري ثم تقايل البائع والمشتري فالحكم في ذلك هو ما تقرر بالمادة (٩٣٠) | اذا اسقط الشفيع الشفعة للمشتري ثم تقايل البائع والمشتري بالثمن الاول فله الشفعة والعهدة على البائع ولا يكون اسقاطها عن المشتري موجبا لاسقاطها عن البائع فاذا وقعت الاقالة بزيادة أو نقص في الثمن فله ان ياخذ باي البيعتين شاء وتكون العهدة على من اخذ ببيعته . |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٠٠٤ ـ اذا اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول قول المشتري بيمينه ولا يتحالفان وان برهنا فبينة الشفيع احق . | اذا ادعى الشفيع ان الثمن اقل مما ذكره المشتري فالقول قول المشتري بيمينه ان اشبه فان انفرد الشفيع بالشبه فالقول قوله بيمينه واذا لم يشبها معا حلفا ورد الى قيمة وسط . |
| ١٠٠٥ ـ | اذا امتنع المشتري ( في اختلافه مع الشفيع في الثمن ) من الحلف إلّا ان يشهد الشفيع باخذه بالشفعة اجيب الى ما ادعاه . |
| ١٠٠٦ ـ | اذا وقع الدفع بمعاينة عدلين فانهما الشفيع بانهما زادا في الثمن تتوجه اليمين على المشتري ولا تنقلب ان كان المشتري غير مبرز في العدالة معروف بالصلاح إلّا ان يتبين من حال المدعي انه اراد اجرائه باليمين ليصالحه على شيء فلا تتوجه اليمين حينئذ (١) |
| ١٠٠٧ ـ | اذا اختلف الشفيع والمشتري في الثمن وطال خصامهما في ذلك ووقعت الغلة ثم حكم بالشفعة فالغلة للمشتري إلّا اذا تبين ان خصومة المشتري كانت بباطل . |

(١) الرهوني ومعدي

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٠٠٨ - اذا ادعى صاحب اليد انه ملك بطريق الهبة وادعى الشفيع انه انما ملك به وجه الشراء فالقول لصاحب اليد ولا شفعة للشفيع وايهما اقام البينة قبلت بينته وان اقاما معا البينة قدمت بينة الشفيع . | اذا اشهد مالك الشقص انه تبرع به فادعى الشفيع البيع تتوجه اليمين على المتصدق عليه انه تبرع حقيقي ولاشفعة إلّا ان تقوم قرينة على ان التبرع صوري كفقير بخيل يدعي التبرع باصل نفيس على غني لا يمت له برحم او صداقة تقتضي ذلك فتجب الشفعة حينئذ . |
| ١٠٠٩ - اذا ادعى المشتري ثمنا وادعى البائع اقل منه فان كان الثمن مقبوضا فالقول للمشتري وان كان غير مقبوض فالقول للبائع بلا يمين .<br>وان ادعى المشتري ثمنا وادعى البائع اكثر منه فان كان الثمن مقبوضا فالقول للمشتري وان كان غير مقبوض تحالفا ومن نكل منهما اعتبر قول صاحبه وان حلفا فسخ البيع ويأخذ الشفيع بما قال البائع (١) | اذا تنازع بائع الحصة ومشتريها في قدر الثمن وتوجهت اليمين عليهما فنكل المشتري وحلف البائع على دعواه ودفع المشتري ما حلف عليه البائع فقام الشفيع بالشفعة فله الشفعة بما دفعه المشتري لا بما ادعاه . |

(١) الدر المختار ورد المحتار ص-٢٠٠ ج-٥

# الباب الثاني في القسمة

## وفيه فصول

## الفصل الاول

## في انواع القسمة

القسمة نوعان : قسمة منافع وقسمة رقاب

١٠١٠ ـ القسمة في الاموال المشتركة نوعان :
قسمة اعيان سواء كانت مما لا ينقل كالدور والعقار او مما ينقل كالعروض والحيوان والحبوب ونحوها .
وقسمة منافع وهي المهاياة .

قسمة المنافع وتسمى قسمة المهاياة اختصاص كل شريك بمشترك فيه عن شريكه زمانا معينا .

١٠١١ ـ قسمة المهاياة هي قسمة المنافع في العين المشتركة بان ينتفع هذا ببعضها وهذا بالبعض الاخر او ينتفع بها كل منهما مدة معينة .

قسمة المهاياة في الملك لا تكون إلّا على المراضاة ولا يجبر عليها من يأباها .

١٠١٢ ـ اذا طلب المهاياة احد الشريكين في العين المشتركة التي لا تقبل القسمة وامتنع الاخر يجبر على المهاياة .

١٠١٣ ـ اذا كان الموقوف ارضا بين جماعة فتراضوا على ان كل واحد منهم ياخذ له من الارض الموقوفة قطعة معينة يزرعها لنفسه هذه السنة وفي السنة الاخرى ياخذ كل منهم قطعة غيرها فذلك سائغ ولكنه ليس بلازم فلهم ابطاله. وليس لهم استدامة هذه القسمة بل يجب عليهم نقضها او استبدال الاماكن بعضها ببعض ولا يسوغ التهايؤ في الاشجار ولا في سكنى الدور الموقوفة اذا لم تتسع لسكنى الموقوف عليهم مع بعضهم.

الوقف اذا كان ارضا لا شجر بها او دورا ونحوهما وكان على معينين او على محصور غير معين وطلب احد المستحقين قسمتها قسمة انتفاع بان يختص كل واحد بقدر نصيبه منها وقبلت القسمة على اقل الانصباء يجاب الى طلبه ويحكم بها وتستمر القسمة الى ان يحصل ما يوجب تغييرها بزيادة او نقص اما اذا كان الوقف شجرا فلا يجوز قسمه قسمة مهايأة.

الخطاب في رسالته في الوقف والعمليات العامة ص - ٣٨٣

١٠١٤ ـ المهاياة نوعان:

النوع الاول المهاياة بالازمان كما لو تهايأ اثنان على ان يسكنا الدار بالمناوبة هذا سنة والاخر سنة اخرى او على ان يزرعا الارض المشتركة بينهما هذا سنة وهذا سنة.

النوع الثاني المهاياة بالمكان كما لو تهايأ اثنان في الدار المشتركة بينهما على ان يسكن هذا طائفة منها والاخر طائفة اخرى او على ان يسكن احدهما الطابق العلوي منها والاخر الطابق السفلي او على ان يسكن احدهما احدى الدارين المشتركتين والاخر الدار الاخرى ومثل ذلك تهايؤهما في الاراضي المشتركة على ان يزرع احدهما بعضها والاخر البعض الاخر.

قسمة المهاياة في الملك اما بالازمان كاتفاق الشريكين على ان يسكن احدهما الدار او يحرث الارض مدة من الزمن والاخر مثلها او اقل او اكثر. واما بالاعيان كأن يزرع هذا ارضا والاخر ارضا اخرى او يسكن احدهما دارا والاخر دارا اخرى.

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٠١٥ ـ يلزم ذكر المدة وتعيينها بالايام او الشهور او السنين في المهايـاة بالزمان .<br>ولا يلزم ذكرها في المهاياة بالمكان . | يلزم في قسمة المهاياة في الملك تعيين الزمان وإلّا فسدت . |
| ١٠١٦ ـ المهاياة انما تجري في القيميات ليكون الانتفاع بها ممكنا حال بقاء عينها ولا تجري في المثليات . | يجوز قسمة المهاياة في الدور والحوانيت وغيرها مما هو مامون واما الاراضي فان كانت مامونة الري يجوز قسمها مهاياة كأن يزرعها احدهما عاما والاخر كذلك واما غير المامونة فلا يجوز قسمها مهاياة بالصفة السابقة. اما قسمها اذا كانت مـامونة على ان ياخذ احدهما طرفا معينا والاخر طرفا آخر في زمان متحد بينهما فانه سائغ (١) . |
| ١٠١٧ ـ لا تجوز المهاياة على الاعيان فلا تصح على ثمرة الاشجار المشتركة .<br>وكل ما ينتفع باجرته من الاعيان المشتركة كالطاحونة والحمـام يؤجر وتقسم اجرته بين اصحاب الحصص على قدر حصصهم وان امتنع احدهم من الايجار يجبر على المهاياة لكن اذا زادت اجرتها في نوبة احـدهم تقسم تلك الزيادة بين اصحـاب الحصص . | لا تجوز المهاياة في الغلة بـأن ياخذ احدهما غلة هذا العام والاخر غلة العـام الثاني ولا في كراء غير منضبط كالحمامات والرحى بان ياخذ احدهما مدخول يوم او جمعة او شهر والاخر كذلك فان انضبط كدار معلومة الكراء او حمام مكرى للغير كل يوم بمقدار معين جاز قسمه مهاياة . |

(١) هذا التفصيل ذكرناه اخذا من التعليل.

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٠١٨ - | يجوز في الرحي قسمة المهايأة على ان يطحن كل منهما حبه في مدته معينة ولا يضره ان يطحن لغيره بالكراء في مدته لانه تبع لما وقعت المهايأة عليه فلو دخلا على ان كل واحد يكري مدته ولم ينضبط الكراء لم يجز لانه من قسم الغلة . |
| ١٠١٩ - اذا تمت المهايأة بحكم الحاكم فلا يجوز نقضها إلّا اذا اتفق جميع الشركاء على النقض اما اذا تمت بالتراضي فلكل من الشركاء نقضها بعذر او بدونه . | اذا وقعت قسمة المهايأة صحيحة تلزم المتقاسمين ولا يمكن نقضها إلّا بتراض . |
| ١٠٢٠ - ليس لاحد الشريكين المتهايئين ان يحدث في حصته بناء او ينقضه او يفتح بابا (١) . | |
| (١) هندية عن الذخيرة ص٢٢٩ - ج٥ | |
| ١٠٢١ - لا تبطل المهايأة بموت المتهايئين او احدهما . | |
| ١٠٢٢ - اذا كان العقار المشترك قابلا للقسمة وتهايأ اربابه ثم بدا لاحدهم طلب القسمة ونقض المهايأة يجاب الى ذلك . | |

## المذهب الحنفي

١٠٢٣ ـ اذا تمت المهايأة بين الشركاء واستقل كل بحصته فكما يجوز له ان ينتفع بها بالتصرف بنفسه يجوز له ان يؤجرها لغيره ويأخذ الاجرة لنفسه سواء اكانت المهايأة بالزمان ام بالمكان .

١٠٢٤ ـ المهايأة لا يخلو اما ان تكون على استيفاء المنافع واما ان تكون على الاستغلال .

فاذا كانت على استيفاء المنافع وكانت غلة احدهم في نوبته اكثر فليس لبقية الشركاء مشاركته في الزيادة لان التعديل فيما وقع عليه التهايؤ حاصل وهو المنافع فلا يضره زيادة الاستغلال .

واذا كانت المهايأة على الاستغلال من اول الامر فما زاد في نوبة احدهم من الغلة يكون مشتركا بينهم تحقيقا للتعديل .

١٠٢٥ ـ اذا تمت المهايأة بالتراضي فآجر احد الشركاء منابه ودام بعضهم نقض المهايأة حيث لم تكن بحكم حاكم فلا يجوز له ذلك حتى تنقضي مدة الاجارة .

## المذهب المالكي

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٠٢٦ - المهاياة انما تعتبر وتجري بعد الخصومة فاذا سكن احد الشريكين في جميع الدار المشتركة مدة مستقلا ولم يدفع اجرة حصة الاخر فليس لشريكه ان يقول له اما ان تدفع لي اجر حصتي عن المدة التي سكنت واما ان اسكن انا بقدر ما سكنت وانما له القسمة ان كانت الدار قابلة للقسمة او المهاياة من بعد ذلك . | |
| ١٠٢٧ - اذا لم يقع الاتفاق بين المتهايئين بالزمان على تعيين من ينتفع منهم اولا ثم ثانيا الخ فانه يتعين اجراء القرعة بينهم على ذلك . وكذلك الحكم في المهاياة بالمكان اذا لم يقع التراضي على تعيين الحصة التي يمتاز بها كل من المتهايئين فانه يقرع بينهم على ذلك . | |
| ١٠٢٨ - اذا طلب بعض الشركاء المهاياة في الاعيان المشتركة بينهم وابى الاخرون فان كانت المنفعة بتلك الاعيان متحدة كسكنى الدور او زراعة الاراضي فان المهاياة فيها جائزة ويجبر الآبي عليها وان كانت المنفعة بالاعيان المشتركة غير متحدة وذلك كانتفاع البعض بسكنى الدور وانتفاع الاخرين بزراعة الاراضي فالمهاياة جائزة بالتراضي ولا يجبر الآبي عليها . | |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٠٢٩ ـ اذا كان العقار المشترك قابلا للقسمة وطلب بعض الشركاء المهاياة وطلب بعضهم القسمة فانه يجاب طالب القسمة فلو لم يطلب احد القسمة وطلب بعضهم المهاياة وابى البعض الاخر فانه يجاب طالب المهاياة ويجبر الابى عليها . | |
| ١٠٣٠ ـ | تصح قسمة المهاياة بالنسبة للمحجورين اذا ظهر السداد . |

## الفصل الثاني

## في قسمة الرقاب

١٠٣١ ـ تتنوع القسمة بحسب الاعيان المقسومة الى نوعين .

قسمة جمع وهي التي تجمع فيها الحصص الشائعة في كل فرد من الاعيان المشتركة في اقسامها كقسمة الغنم والخيل ونحوها من المثليات او القيميات .

وقسمة تفريق وهي تعيين الحصص الشائعة في العين الواحدة المشتركة كقسمة دار او ارض بين مالكيها .

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٠٣٢ - لكل من الشريكين في المثليات اخذ حصته في غيبة الاخر بدون اذنه غير ان القسمة لا تتم إلّا بتسليم حصة الغائب اليه فلو تلفت حصة الغائب قبل تسليمها اليه فان الحصة التي قبضها شريكه تكون مشتركة بينهما .<br>ولا يجوز لاحد الشريكين اخذ حصته من القيميات في غيبة الاخر بدون اذنه وتجري المبادلة فيها بالتراضي او بقضاء القاضي . | |
| ١٠٣٣ - ينقسم كل من قسمة الجمع وقسمة التفريق الى نوعين قسمة الرضاء وقسمة القضاء . | قسمة الرقاب نوعان قسمة مراضاة وقسمة قرعة . |

## قسمة المراضاة

| | |
| --- | --- |
| ١٠٣٤ - قسمة الرضاء هي القسمة التي تجري بين المتقاسمين في الملك المشترك بالتراضي او برضا الكل عند القاضي . | قسمة المراضاة هي القسمة التي تجري بين المتقاسمين في الملك المشترك بالتراضي ولا يجبر عليها من اباها فيتقى فيها ما يتقى في البيوع من الموانع إلّا فيما ظهر فيه قصد التبرع كتقدير زيتون بين اثنين اتفقا على ان يأخذ احدهما ثلثيه والاخر ثلثه ولم يكن الثلث اجود . |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٠٣٥ ـ يشترط في قسمة المراضاة رضا كل واحد من المتقاسمين حتى لو غاب احدهم لا تصح قسمة التراضي. واذا كان في الشركاء صغير فوليه او وصيه يقوم مقامه وان لم يكن له ولي ولا وصي رفع الامر الى القاضي لينصب له وصيا تجري هذه القسمة في حقه . | تجوز قسمة المراضاة في حق المحجور اذا ظهر السداد ويقسم عليه حاجره ويلزم الرفع للقاضي بالنسبة للوصي ومقدم القاضي واذا كان الملك بين الحاجر والمحجور يقدم القاضي مقدما يتولى القسم فاذا تمت القسمة مكن حاجره من مقسم المحجور ليتولى شؤونه . |
| ١٠٣٦ ـ اذا كان بين رجلين شركة في طلع على نخيل واراد قسمته دون النخيل ان اتفقا على جذاذه في الحال صحت القسمة وان شرطا الترك او شرطه احدهما فسدت وكذا اذا كان الثمر مدركا وشرطا الترك فان القسمة لا تجوز . | لا يقسم الشجر المثمر الذي لم يؤبر ولا الارض المزروعة التي لم يؤبر زرعها لا وحدهما ولا مع الثمر والزرع ويتأتى بالقسمة الى ان يحصل الابار فاذا ابر الزرع والثمر قسمت الارض والشجر وحدهما دون الزرع والثمر إلّا اذا دخلا على شرط قطع الثمر والزرع الان حيث بلغ حد الانتفاع به . |
| ١٠٣٧ ـ يدخل الشجر في قسمة الاراضي وان لم يذكروا الحقوق والمرافق ولا يدخل الزرع والثمار في قسمة الاراضي وان ذكروا الحقوق او المرافق . | تقسم الارض المزروعة التي بدا صلاح زرعها والشجر المثمر الذي بدا صلاح ثمره وحدهما ولا يصح قسمهما مع الزرع والثمر ويتعين ان يترك الزرع والثمر بينهما يقتسمانه وحدهما كيلا او بيعانهما ويقتسمان ثمنهما . |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٠٣٨ - اذا كان الزرع مشتركا بين ورثة في ارض لغيرهم فاراذوا قسمته فانه ينظر ان كان الزرع قد ادرك فانه لا تجوز قسمته لا بالقضاء ولا بالرضاء حتى يحصد لكونه من الاحوال الربوية التي لا تقسم مجازفة بل لا تقسم إلّا بالكيل ولا يمكن الكيل قبل الحصاد - وان كان الزرع بقلا لم يدرك فلا تجوز قسمته إلّا اذا اشترطوا ان يجذ كل واحد منهم ما اصابه وتراضوا على القسمة على هذا الوجه . | |
| ١٠٣٩ - تجري قسمة المراضاة في الاعيان المشتركة المتحدة الجنس كما تجري في الاعيان المختلفة الجنس سواء كانت من المثليات ام من القيميات . | تجوز قسمة المراضاة فيما اتفق جنسه وفيما اختلف ومع التعديل وبدونه وبزيادة النقد للتعديل وبدونه ويجوز فيها الجمع بين حظين . |
| ١٠٤٠ - اذا ادعى احد المتقاسمين الغبن في القسمة فان كان يسيرا بحيث يدخل تحت تقويم المقومين فلا تسمع دعواه ولا تقبل بينته وان كان فاحشا بحيث لا يدخل تحت تقويم المقومين وكانت القسمة بالتراضي فان لم يقر باستيفاء حقه فالصحيح انها تسمع دعواه الغبن وان اقر باستيفاء حقه فلا تسمع إلّا اذا ادعى الغصب | لا تسمع دعوى الغبن في قسمة المراضاة بدون تعديل إلّا اذا كان العاقد للقسمة وكيلا فللموكل القيام به اذا ثبت اما قسمة المراضاة بتعديل فتسمع فيها دعوى الغبن اذا قام المغبون قبل تمام سنة . والغبن لا يشترط فيه ان يكون بالثلث بل يثبت بما نقص عن القيمة نقصا بينا . |

## المذهب المالكي | المذهب الحنفي

### قسمة القرعة

١٠٤١ ـ تفريق العين المشتركة وتبعيضها اذا لم يكن مضرا باحد الشركاء فانها تكون قابلة للقسمة وتجري فيها قسمة القضاء جبرا اذا طلب احد الشركاء.

قسمة القرعة هي تمييز حق في مشاع بين الشركاء ويجبر عليها من اباها سواء كان المدخل متحدا ام لا بشرط ان يكون المشترك قابلا للقسمة.

١٠٤٢ ـ اذا كان تفريق العين المشتركة وتبعيضها مضرا بكل واحد من الشركاء فلا تجري فيها قسمة القضاء كالطاحونة والحمام والبئر والقناة والبيت الصغير ونحو ذلك مما اذا قسم تفوت المنفعة المقصودة منه. ومثل ذلك كل ما كان محتاجا الى الكسر او القطع من البروض كاسجار الخاتم والجبة والسرج والعربة فلا تجري فيها قسمة القضاء ايضا.

لا يجاب طالب القسمة اليها اذا كان في القسم ضرر بان كان قسمة مفسدا له او مخلا له عن ماله كالحمام والفرن والرحى والبئر: او كان قسما يفيت الغرض المقصود كدور السكنى الصغيرة التي قسمها يفيت استقلال القسم بخاجياته كالمطبخ والمدخل والمخرج وغيرها من الحاجيات ولو بالنسبة لاقل الشركاء نصيبا.

١٠٤٣ ـ لا يقع الملك لواحد من الشركاء في سهم بعينه بنفس القسمة بل يتوقف ذلك على احد امور اربعة ١القبض ٢او قضاء القاضي ٣او القرعة ٤او توكيل الشركاء رجلا يلزم كل واحد منهم سهما.

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٠٤٤ - تجري قسمة القضاء في الاعيان المشتركة المتحدة الجنس اذا طلبها احد الشركاء سواء في المثليات او في القيميات ولا تجري قسمة القضاء في الاعيان المشتركة المختلفة الجنس سواء كانت من العقارات او الرباعات او غيرها من القيميات والمثليات فلا يسوغ للحاكم ان يقسمها قسمة جمع جبرا بطلب احد الشركاء بل يعطي احدهم مقدار من الحنطة ويعطي الاخر في مقابله مقدارا من الشعير او يعطي احدهم دارا والاخر ارضا والاخر دكانا بطريق قسمة القضاء . | لا تجوز قسمة القرعة إلا فيما تماثل او تقارب فلا تجمع الدور مع الحوانط ولا مع الارضين ولا الحوانط مع الارضين وانما يقسم كل منها على حدته . |
| ١٠٤٥ - اذا كانت الشركة بين الشركاء في دور فطلب احدهم القسمة على ان ياخذ كل واحد منهم نصيبه منها جازت القسمة . وان طلب احدهم جمع نصيبه من الدور في دار واحدة وابى صاحبه فالراي فيه للقاضي ان راى الجمع يجمع والا فلا (١) واذا كانت الدور في امصار مختلفة فحكمها حكم الاجناس المختلفة سواء كانت متصلة او منفصلة فتقسم كل منها على حدة ولا يجمع نصيب احدهم منها في دار واحدة . | تجمع الدور بعضها مع بعض ان دعى الى الجمع احد الشركاء ولم يكن بينها مسافة يوم فاكثر وتساوت رغبة الشركاء فيها وتساوت في القيمة ولو اختلفت صفة البناء . |

(١) هذا قول الصاحبين ويرى الامام الاعظم ان القاضي يقسم كل دار او كل ارض على حدة كما في الخانية ص - ١٥ - ج - ٢

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٠٤٦ ـ الضياع والاراضي المتعددة وكذلك الدكاكين اجناس مختلفة فلا تقسم قسمة جمع بان يعطى احد الشركاء ارضا والاخر اخرى بطريق قسمة القضاء بل تقسم كل واحدة منهما قسمة تفريق . | تجمع الارضون بعضها مع بعض ان دعا الى الجمع احد الشركاء وتساوت في القيمة وفي رغبة الشركاء فيها ولم يكن بينها اكثر من ميلين فان اختل قيد من القيود قسم كل على حدته . |
| ١٠٤٧ ـ | تجمع الارضون اذا كان بعضها لا يسقى وبعضها يسقى بما يجري على وجهها كالعين والاودية والمطر ولا يجمع ما يسقى بالالات للعمل ولا بما يسقى بدون آلة وهو المعبر عنه بالسيح |
| ١٠٤٨ ـ الشرب والطريق لا يدخلان في القسمة إلّا اذا ذكرت الحقوق فان لم تذكر فان امكن ان يجعل لكل مقاسم طريق وشرب من موضع آخر فالقسمة جائزة وان لم يكن فان علم وقت القسمة ان لا طريق له ولا شرب فالقسمة جائزة ايضا لانه يكون راضيا بالعيب وان لم يعلم فالقسمة باطلة . | اذا كانت الارض ذات عين او بئر تقسم الارض خاصة ولا تقسم البئر او العين لا مراضاة ولا قرعة . واما مجرد الماء المسمى بالقناة فلا يجبر على قسمه بجعله قناتين او اكثر ويجوز قسمه مراضاة واذا لم يجبر على قسم القناة فيقسم الماء على نسبة التملك باي آلة تحصل الغرض |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٠٤٩ — اذا اختلفوا في ادخال الطريق فطلب بعضهم عدم قسمته وابقاءه مشتركا كما كان قبل القسمة وطلب الاخرون القسمة نظر في ذلك الحاكم فان كان يستقيم ان يفتح كل في نصيبه قسم الحاكم من غير طريق لجماعتهم تكميلا للمنفعة وتحقيقا للافراز من كل وجه : وان كان لا يستقيم ذلك رفع طريق بين جماعتهم لتحقيق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق .. | لا يجوز قسم الدار والارض بلا مخرج لاحدهما قسمة قرعة او مراضاة اذا دخلا على ذلك ولم يكن لصاحب الحصة التي لا مخرج لها محل يمكن ان يجعل له فيه مخرج منه والا جاز . |
| ١٠٥٠ — اذا وقعت قسمة دار وماء الدار خارج الى قناة في ناحية ولم يذكروا خروج ماء سائر الانصباء وغفل عن ذلك ولم يذكروا في القسمة مخارج الانصباء ووقع باب الدار في نصيب احدهم فان مياه الانصباء تجري على القناة القديمة ومخارج الانصباء ومداخلها تكون على باب الدار القديم . | |
| العمليات العامة ص — ٣١٣ | |
| ١٠٥١ — اذا كان في الجنان اصناف من الشجر وكان كل صنف منها منفردا في جهة من الحائط يقسم كل صنف من الشجر على حدته ان احتمل القسم بان حصل لكل واحد شجرة فاكثر فان كانت اصناف الشجر المختلفة مختلطة يقسم ما في الحائط بالقيمة ويجمع لكل واحد حظه في مكان واحد ولا يضر ما يحصل فيه من اصناف الشجر .. | |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٠٥٢ - اذا كان المقسوم ارضا بهـا وابنية فان الارض تقسم بالمسح بالاشجار و الابنية تقسم بتقدير القيمة. | اذا كانت الارض مشتملة على اشجار متفرقة تقسم مع شجرها بالقيمة قسمة قرعة. |
| ١٠٥٣ - اذا كان في قسمة الدار بعض الحصص اغلى ثمنا من البعض الاخر فـان امكن تعديلها باعطـاء مقدار من العرصة كذلك وإلا فتعدل بالنقود. | لايجوز في قسمة القرعة التراجع اي رجوع احدهما على الاخر بنصيبه مما زاد في قيمة احد القسمين على الاخر كداريـن احداهما بالف والاخرى بخمسمائة فيقسمانها على ان من يصير له ذات الخمسمائة ياخذ من الاخر مائتين وخمسين. |
| ١٠٥٤ - اذا اريد قسمة دار مشتركة بين اثنين على ان يكون فوقـانيها لواحد وتحتانيها للاخر يقوم الفوقاني والتحتاني وتقع القسمة باعتبار القيمة. | يجوز قسم الدار ذات العلو والسفل على ان ياخذ احدهما العلو والاخر السفل بالقرعة (احدا لتاويلين اللذين افادهما خليل في المختصر بقوله وفي العلـو والسفل تـاويـلان) |
| ١٠٥٥ - لا تجري في قسمة القضـاء في الحائط المشترك بين الدارين بل يجوز تركه مشتركا وتجـوز القسمة على جعله ملكا لاحدهما خاصة. | يقسم الجدار قسمة قرعة اذا طلبهـا احـد الشركاء وكان القسم لا ضرر فيه ويقسم طولا لا عرضا. |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
|---|---|
| ١٠٥٦ ـ لا يجوز تقسيم الكتاب اوراقا ولا مجلدات اذا كان الكتاب الواحد ذا اجزاء متعددة . | |
| ١٠٥٧ ـ الاواني المختلفة بحسب اختلاف الصنعة ولو كانت مصنوعة من جنس معدن واحد معتبرة من الاعيان المختلفة الجنس وكذلك الحلي والآلي والجواهر الكبيرة فلا تجري فيها قسمة القضاء. اما الآلي والجواهر الصغيرة التي لا تفاوت في القيمة بين افرادها فانها تعد متحدة الجنس وتجري فيها قسمة القضاء. | |
| ١٠٥٨ ـ اذا كان تبعيض العين المشتركة وتفريقها نافعا لبعض الشركاء وضررا بالاخر فاذا كان نصيب البعض كثيرا يمكن الانتفاع به بعد القسمة الانتفاع المقصود ونصيب الاخر قليلا لا يمكن الانتفاع به فان كان طالب القسمة هو صاحب النصيب الكثير فانها تجري فيها قسمة القضاء وإلّا فلا . | |
| ١٠٥٩ ـ الطلب في قسمة القضاء شرط فلا تصح قسمة القضاء جبرا من الحاكم إلّا بطلب ابعاد اصحاب الحصص. | |

## المذهب الحنفي

١٠٦٠ - اذا طلب بعض الشركاء قسمة المال المشترك بينهم وبين مشاركيهم.
فان كان منقولا قسم بينهم مطلقا سواء ادعوا ملكه ملكا مطلقا او ملكه بسبب كالارث والشراء والهبة.
وان كان عقارا فان ادعو ملكه مطلقا او بسبب غير الارث قسم بينهم كذلك:
وان ادعوا ملكه بسبب الارث فلا يقسم بينهم حتى يبرهنوا على موت المورث وعدد ورثته.

١٠٦١ - اذا طلب شريكان قسمة عقار بينهما واقاما بينة على انه بايديهما فلا يجابان للقسمة حتى يبرهنا على انه لهما او ملكهما.

١٠٦٢ - اذا اقام الورثة البينة على موت المورث وعدد ورثته والتركة في ايديهم وطلبوا قسمتها وفيهم صغير او غائب قسم القاضي بطلب الحاضرين ونصب وكيلا بقبض نصيب الغائب ووصيا بقبض نصيب الصغير. فان كان الذي طلب القسمة واقام البينة احد الورثة فقط فلا يجاب الى القسمة اذا لابد من حضور اثنين ولو احدهما صغيرا او موصى له لأن الواحد لا يصلح مخاصما ومخاصما.

## المذهب المالكي

لا يحكم الحاكم بجبر الشركاء على قسمة العقار إلا اذا اثبتوا تملكهم للشيء المشترك بواجب الثبوت.

لا يأذن القاضي بالقسمة ولا يحكم بالجبر على القسمة فيما يمكن قسمه إلا بعد الطلب من احد المالكين وسماع جواب جميع الشركاء فاذا كان بعضهم غائبا او صغيرا قام مقام الغائب وكيله ان كان له وكيل او مقدم من قبل القاضي ان لم يكن له وكيل وكان بعيد الغيبة ويقوم مقام المحجور وليه.

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٠٦٣ - الاصل ان من ملك بيع شيء ملك قسمته فقسمة الاب على الصبي والمعتوه جائزة في كل شيء اذا لم يكن فيها غبن فاحش ووصي الاب في ذلك قائم مقام الاب بعد موته وكذلك الجد ابو الاب اذا لم يكن وصي للاب ووصي القاضي . | يقسم عن الصغير الاب والوصي ومقدم القاضي كما تقدم في المادة (١٠٣٢) واذا اراد الحاجر اخراج حظه مشاعا مع الصغير فلا يلزم تقديم من ينوب الصغير في القسمة . |
| ١٠٦٤ - لا تجوز قسمة الكافر على ابنه الصغير المسلم ولا تجوز قسمة الملتقط على اللقيط وان كان يعوله . | |
| ١٠٦٥ - قسمة الوصي مالا مشتركا بينه وبين الصغير لا تجوز إلا اذا كانت فيها منفعة ظاهرة للصغير . ويجوز للاب ان يقسم مالا مشتركا بينه وبين الصغير وان لم يكن للصبي فيها منفعة ظاهرة . | |
| ١٠٦٦ - الغائب اذا كان بعيد الغيبة يقسم عنه الحاكم بعد اثبات الغيبة والتملك وان كان قريب الغيبة ينتظر قدومه . | |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٠٦ - يكفي القاسم الواحد في انواع القسمة ولا يجبر المتقاسمون لاكتفاء بالواحد اذا طلبوا تعيين من واحد. ويشترط في القاسم ان ن عدلا امينا عارفا بها وبكيفية اجرائها. | يكفي قاسم واحد في جميع انواع القسمة والاحسن تعيين اثنين . لكن اذا كان القاسم مقاما من طرف الشركاء لا تشترط فيه العدالة ولا الاسلام اما القاضي فلا يقيم إلا المتسم بالعدالة . |
| ١٠٦٨ - اجرة القاسم على عدد الرؤوس لا على الانصباء سواء تساووا في الانصباء اولا وسواء طلبوا القسمة جميعا او احدهم (١) . | اجر القاسم على عدد الشركاء لا على الانصباء . |

(١) وهذا مذهب الامام ورجحه في تنقيح الحامدية ومذهب الصاحبين على الانصباء وهو الذي اخذ به في المجلة التونسية والمجلة العثمانية .

| | |
| --- | --- |
| ١٠٦٩ - المذهب الحنفي يتفق مع المذهب المالكي في صفة القرعة بين الشركاء في القسمة كما يظهر ذلك مما نقل في الفتاوي الهندية عن الكافي ص - ٢٠٦ - ج - ٥ . | صفة القرعة بين الشركاء ان يعدل المقسوم بالقيمة بعد تجزئته على قدر مقام اقلهم جزءا وتكتب اسماء الشركاء في اوراق بعددهم وتطوي الاوراق حتى لا تظهر الكتابة وترمي ورقة على طرف قسم معين من طرفي المقسوم ويكمل لصاحبها مما يلي ما وقعت عليه ان بقي له شيء ثم ترمي الورقة الثانية على اول ما بقي مما يلي حصة الاول ثم يكمل مما يلي ما وقعت عليه وهكذا الى الاخير فيتعين له ما بقي فاذا كان لواحد نصف |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| | ارض والآخر ثلثها والآخر سدسها قسمت الارض على ستة اجزاء بالقيمة وكتبت اوراق ثلاث في كل واحدة اسم من اسماء الشركاء فيرمي باحداها على طرف معين من طرفي الارض فاذا خرج فيها اسم صاحب النصف اخذ ذلك الجزء والجزأين الموالين له ثم ترمى الثانية فاذا خرج فيها اسم صاحب السدس اخذ الجزء الرابع الموالي لاجزاء صاحب النصف ويتعين الجزءان الباقيان لصاحب الثلث . |
| ١٠٧٠ — اذا قسم القاضي بالقرعة فأباها بعض الشركاء فان كان الاباء قبل خروج القرعة فلا يلتفت اليه وان كان بعد خروجها بأن خرج معظم السهام بأن كانوا ثلاثة فخرجت سهام اثنين او كانوا اربعة فخرجت سهام ثلاثة فلا يلتفت الى اباته ايضا وان خرج اقل السهام كواحد من ثلاثة كان له ذلك . | |
| ١٠٧١ — اذا كانت القسمة بالتراضي فرجع بعض الشركاء فيها بعد خروج بعض السهام كان له ذلك مالم تخرج السهام كلها إلّا واحدا لتعين نصيب ذلك الواحد وان لم يخرج فان تمت القسمة فلا رجوع | |

## المذهب المالكي

## المذهب الحنفي

١٠٧٢ -

لا يجوز في قسمة القرعة الجمع بين عاصبين فاكثر إلا اذا كان معهما صاحب فرض فاذا كان لها لك ثلاثة اولاد لا يجوز الجمع بين اثنين ويفرد الثالث واذا كان له زوجة وثلاثة اولاد يجوز برضاهم ان يخرج منا ب الزوجة وتجمع منابات الاولاد ثم ان شاءوا اقتسموا بعد ان يقرع بينهم وبين الزوجة .

١٠٧٣ -

يجمع ذو السهم في القسمة مع مشاركيه في ذلك السهم وان لم يرضوا ذا كان لهالك ثلاث زوجات وثلاث اخوات لام وثلاث اخوات لاب فتجمع الزوجات كلهن والاخوات لام جميعهن والاخوات لاب كلهن واذا طلبت احدى الزوجات او احدى الاخوات ان تقع القسمة على ان تاخذ نصيبها على حدة ابتداء لم تجب .

١٠٧٤ -

يجبر الورثة على جمعهم ابتداء في القسمة مع غيرهم من الشركاء فاذا كانت دار بين شريكين مات احدهما عن ورثة تقسم الدار نصفين نصفا للشريك ونصفا للورثة ثم ان شاءوا قسموا فيما بينهم اذا قبل نصيبهم القسم .

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٠٧٥ ـ يجوز قسمة الوقف مع الملك اذا كانا مشاعين في عقار واحد وكان العقار قابلا للقسمة ويمكن لكل منهما الانتفاع بقسمه بعد القسمة وفي ذلك مصلحة للوقف. | اذا كان الوقف في مشاع يقبل القسمة مع مالك آخر وطلب الشريك القسمة مع الوقف يجبر الواقف على القسمة سواء اكان في ذلك مصلحة للوقف ام لم يكن . |
| ١٠٧٦ ـ يجوز قسمة الوقف مع وقف آخر اذا اشتركا في عقار واحد وكان في القسمة مصلحة وكان لكل منهما ناظر فلو كانا تحت نظر ناظر واحد نصب القاضي ناظرا آخر يقاسمه . | الوقفان من مالكين بعقار بينهما يقبل القسمة يقع الجبر فيهما على القسمة اذا طلبها الناظر او المستحق : |
| ١٠٧٧ ـ اذا ادخل الشريكان في قسمة الوقف مع الملك دراهم معاوضة فان كان المعطي هو الواقف جاز وحصة الوقف وقف وما اشتراه بالدراهم ملك وان كان بالعكس لا يجوز لما يلزم عليه من نقض بعض الوقف (١) . | |

(١) تنقيح الحامدية ص ـ ١٩٤ ج ـ ٢

## المذهب الحنفي

١٠٧٧ ـ يجوز في قسمة الاجناس
مختلفة وفي قسمة القيميات المتحدة الجنس
الشرط وخيار الرؤية ويثبت فيها
خيار العيب فان شرط احدهم الخيار الى
مدة معلومة كان له ذلك ثم ان شاء في
تلك المدة امضى القسمة وان شاء فسخها
واذا لم يرض احدهم المال المقسوم فله الخيار
ما لم تظهر حصة احدهم معينة فان شاء
قبل وان شاء رد .

١٠٧٩ ـ لا يثبت في قسمة المثليات
المتحدة الجنس الا خيار العيب فقط فاذا
ظهر بحصة احد المتقاسمين عيب فهو مخير
ان شاء قبل وان شاء رد .

١٠٨٠ ـ يسقط خيار الرؤية في حق المتقاسمين
برؤية ظاهر المقسوم فلو اقتسم الشريكان
دارا وقد رأى كل واحد منهما ظاهر الدار
وظاهر المنزل الذي اصابه ولم يرجوفه
فلا خيار لهما .

## المذهب المالكي

يجوز في قسمة القرعة وغيرها الدخول
على الخيار لاحدهما او لهما معا وجعل الخيار
بعد القسمة . واذا جعل الخيار في القسمة
فامده في الرباع الشهر ونحوه وعند انتهاء
امد الخيار يعمل بما صرح به من له الخيار
من امضاء القسمة او ردها وبما يدل على
الامضاء او الرد من غير تصريح كالتصدق
والرهن والاجارة والبناء والغرس .

## المذهب الحنفي | المذهب المالكي

### احكام تصفيق العقار المشترك

١٠٨١ — اذا طلب احد الشركاء قسم العقار بينهم او بيعه صفقة اي جملة واحدة يجيبه الحاكم الى القسمة دون البيع صفقة ان كان العقار ينقسم على اقل الانصباء : ويجيبه الى البيع صفقة دون القسمة ان كان العقار لا ينقسم لكن بعد وجود القيود الاتية :

اولا : ان ينقص ثمن حصة من دعا الى البيع اذا بيعت منفردة عن الثمن الذي ينوبها في بيع الجملة .

ثانيا : ان لا يلتزم من لا يريد البيع من الشركاء اداء النقص الحاصل لشريكه في بيع حصته وحدها .

ثالثا : ان يتحد مدخل الشركاء فيما اريد بيعه صفقة او يكون الطالب للبيع اصيلا والممتنع دخيلا .

رابعا : ان لا يبغض طالب البيع حصته

خامسا : ان لا يطلب التصفيق على بعض الشركاء دون بعض .

فان اختل قيد من القيود فليس له التصفيق على بقية الشركاء .

١٠٨٢ — اذا اشترى جماعة عقارا جملة واحدة يجاب كل منهم الى التصفيق اذا وجدت القيود المذكورة في المادة السابقة . واذا اشترى كل منهم جزءا منفردا او اشترى بعضهم بعد بعض فلا يجبر احد منهم على التصفيق .

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٠٨٣ - | الداخل على الشركاء بشراء او ارث من احدهم يصفق عليه بقية الشركاء ولا يصفق هو عليهم: وهذا معنى قولهم يصفق الاصيل على الدخيل ولا يصفق الدخيل على الاصيل. |
| ١٠٨٤ - | يقضى بالتصفيق في البعض المشاع الذي اتحد فيه مدخل شركاء بارث او غيره: فاذا توفي مالك عن حظ مشاع في حائط واوصى بثلثه لمن سمى وطلب بعض الورثة بيع الحظ المشاع المختلف عن الهالك لعدم انقسامه بين الورثة والموصى لهم يجاب الى مطلبه اذا وجدت القيود المذكورة بالمادة (١٠٨١). |
| ١٠٨٥ - | اذا اشترى اجنبي قسما من مالك لبعض عقار وبقي بيد البائع شقص آخر له في ذلك العقار فليس للبائع تصفيق جميع العقار. |
| ١٠٨٦ - | لا يقع التصفيق عند اختلاف الشركاء فيه إلا بعد الرفع للمحاكم وصدور الحكم منه ولا يحكم الحاكم بالتصفيق إلا بعد اثبات الموجبات. |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٠٨٧ - | اذا وقع التصفيق فلكل واحد من الشركاء ان يضم الجميع اليه بما بلغ اليه من الثمن من غير زيادة عليه اذا لم يكن هو الطالب للبيع وبزيادة اذا كان هو الطالب للبيع . |
| ١٠٨٨ - | غير الطالبين للتصفيق اذا كانوا متعددين وطلبوا الضم من غير زيادة على الثمن الذي بلغ اليه المقار لهم الضم على مقدار انصبائهم كالشفعة . |
| ١٠٨٩ - | لا يمنع الشريك من الضم ولو قصر بالضم البيع من بعد . |
| ١٠٩٠ - | اذا كان الشركاء حاضرين مجلس البيع صفقة ولم يصرحوا بالضم وقت عقد البيع للمشتري ينفذ البيع وليس لهم الضم بعد ؛ واذا كانوا غائبين عن مجلس البيع فللمشتري ان يوقفهم لدى الحاكم ليصرحوا بالضم او الاسقاط فان امتنعوا من التصريح اسقط الحاكم حقهم في الضم : واذا لم يوقفهم المشتري لدى الحاكم فلهم الضم اذا لم يمض عام على البيع او يحصل ما يدل على الاسقاط (١) . |

(١) العمليات القاسية ص١٣٨ ج١

## المذهب المالكي

اذا قام مدعي الغبن قبل مضي العام وكان غير متفاحش واثبته بالبينة تنقض القسمة، واذا كان متفاحشا بحيث يدركه اهل المعرفة وغيرهم لم تسمع دعواه اذا اذا سكت مدة تدل على الرضا وتسمع اذا قام بالفور وتنقض القسمة لكن بعد ان يحلف انه ما اطلع على ذلك ولا رضي به

## المذهب الحنفي

ـ اذا ظهر الغبن الفاحش في سخ ويقسم المال مرة اخرى ادلة .

اذا اشكل الامر ولم يثبت الغبن بالبينة ولا كان متفاحشا يحلف المنكر وتمضي القسمة فاذا نكل يقسم ما حصل به الغبن على قدر نصيب كل بعد يمين المدعي ان حقق المنكر كذبه .

ـ ١٠٩٥ ـ اذا ادعى احد الشركاء ا في القسمة لا تعاد القسمة بمجرد عواه ولا يعاد ذرع شيء من ذلك ولا احته ولا كيله ولا وزنه إلا بحجة لان الظاهر وقوع القسمة على وجه المعادلة د تنقض القسمة إلا اذا اقام البينة على ذلك واذ لم تكن له بينة وطلب استحلاف شركاء فانهم يستحلفهم لرجاء النكول (١)

(١) خانية ص ٢٠٣ ج ٣

## المذهب الحنفي

١٠٩٦ ـ الغلط في القسمة على وجوه منها ان يقول احدهما حقي في النصف وقد اخذت الربع او الثلث ويقول الاخر حقك الربع او لثلث وقد اخذته وفي هذا يتحالفان ويترادان القسمة

ومنها ان تكون المنازعة في الزيادة بأن يقول احدهما الاخر اخذت انت يا فلان اكثر من حقك او غصبت الزيادة بعد ما قبضته ؛ ويقول الاخر اخذت حقي وما اخذت الزيادة فالقول قول هذا الاخر والبينة بينة الاول ولا يتحالفان ولا يترادان القسمة .

ومنها ان تكون المنازعة بينهما بعد ما اشهد كل واحد منهما على القبض واستيفاء الحق بصفة التمام ثم يقول احدهما حقي الذي في يدك وحقك الذي في يدي او يقول قد قسمنا ذلك ولكن اخذت انا بعض حقي دون بعض فلا تسمع دعواه ولا الخصومة منه بعد ما اشهد على القبض والاستيفاء .

ومنها ان تقع المنازعة في التقويم فيقول احدهما قيمتها اكثر مما قومتم وينكر الاخر ففي هذا الوجه لا يقبل قوله ولا تسمع دعواه .

ومنها ان تكون الخصومة في القبض بان يقول احدهما لم اقبض حقي ويقول الاخر قبضته فانهما يتحالفان ويترادان القسمة (١) .

---

(١) خانية ص ٢٥٤ ج ٣ وانظر ما في التنوير والدر ورد المحتار مما يخالف ما تقرر في الوجه الرابع .

## المذهب المالكي

المذهب الحنفي | المذهب المالكي

١٠٩٧ ـ اذا قسم القاسم دارا بين رجلين واعطى احدهما اكثر من الآخر غلطا وبنى احدهما في نصيبه تسانف القسمة وان وقع بناؤه في قسم غيره رفع بناءه ولا يرجعان على القاسم بقيمة البناء ولكنهما يرجعان عليه بالاجر الذي اخذه [١]

اذا اثبت الغبن بالبينة او تفاحش بحيث يلزم نقض القسمة ووجدت الاملاك فاتت ببناء او غرس يرجع للقيمة يقتسمونها فاذا فات بعض المقسوم وبقي سائره على حاله اقتسم ما لم يفت مع قيمة ما فات

[١] هندية عن الظهيرية من رواية ابراهيم عن محمد رحمه الله تعالى ص ٢٢٨ ج ٥

## الفصل الرابع

## في ظهور عيب او استحقاق

## او دين او وارث او موصى له بعد القسمة

١٠٩٨ ـ اذا ظهر بعد القسمة عيب ببعض المنابات المقسومة فان كان قبل القبض رد جميع نصيبه سواء كان المقسوم شيئا واحدا او اشياء مختلفة وان كان بعد القبض فان كان المقسوم شيئا واحدا حقيقة وحكما كالدار الواحدة او حكما لا حقيقة كالمكيل والموزون يرد جميع نصيبه وليس له ان يرد البعض دون البعض وان كان المقسوم اشياء مختلفة كالاغنام يرد المعيب خاصة .

اذا ظهر عيب قديم باحد المنابات ولم يظهر عند القسمة وكان المعيب دون الثلث يرجع صاحب المعيب على صاحب السالم بنصف قيمة الصحيح المقابل للمعيب ويرجع صاحب السالم شريكا في المعيب بنسبة ما اخذ منه وتعتبر القيمة يوم القسمة .

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٠٩٩ - | اذا كان العيب باكثر الثياب وهو ما فوق النصف فلصاحب العيب ان يتمسك بالقسمة ولا يرجع بشيء وله ان ينقض القسمة من اصلها . واذا كان بالكثير وهو ما لم يقل عن الثلث ولم يتجاوز النصف فللمتضرر الخيار في التمسك بالقسمة وعدم الرجوع بشيء وفي الرجوع في السالم بقدر نصف المعيب ويكون لصاحب السالم من المعيب بقدر ما كان لصاحب المعيب من السالم . |

١١٠٠ - اذا هدم احد الشركاء منابه بعد القسمة ثم وجد به عيبا رجع بنقصان العيب في انصباء شركائه إلا ان يرضوا بنقض القسمة وردة بعينه مهدوما (١) واذا باع ما أصابه بالقسمة من الدار ولا يعلم بالعيب فردة المشتري عليه بالعيب فان قبله بغير قضاء قاض فليس له ان ينقض القسمة وان قبله بقضاء قاض فله ان ينقض القسمة والبينة في ذلك واباء اليمين سواء (٢)

اذا ظهر العيب الكثير وقد فات احد القسمين بهلم او صدقة او حبس او بيع لا بتغير سوق فما لم يفت يكون بينهما مع رد قيمة نصف ما فات بعده لصاحبه فلو فات القسمان معا يرجع ذو المعيب على صاحب السالم بحصته مما زادته قيمة السالم على قيمة المعيب .

(١) (٢) هندية عن المبسوط ص ٣١٩ ج - .

١١٠١ - اذا وقعت القسمة بين الشركاء في دار او ارض ثم استحق شيء منها فالحالة على ثلاثة أوجه :

اذا استحق جزء شائع من حصة احد المتقاسمين وزاد المستحق على النصف فللمستحق منه ان يتمسك بالقسمة ولا

## المذهب الحنفي

الاول ـ ان يستحق جزء شائع من الكل بان استحق نصف كامل الدار اوثلث كامل الدار وفي هذا الوجه القسمة فاسدة.

الثاني ـ اذا استحق جزء بعينه مما اصابه واحدا منهم وفي هذا الوجه القسمة صحيحة فيما بقي بعد الاستحقاق إلا ان للمستحق عليه الخيار لانه تعيب نصيبه بسبب الشركة فان نقض القسمة عاد الامر الى ما كان قبل القسمة وتستانف القسمة فيما وراء المستحق وان اجاز القسمة يرجع على صاحبه بعوض المستحق وذلك ربع ما في يد صاحبه مثلا ان كان المستحق نصف نصيب المستحق عليه.

الثالث ـ اذا استحق جزء شائع مما اصاب واحدا منهم وفي هذا الوجه لاتفسد القسمة ايضا ويكون المستحق عليه بالخيار ان شاء اجاز القسمة ورجع بحصة ذلك في نصيب شريكه وان شاء نقض القسمة دفعا لضرر التشقيص.

## المذهب الشافعي

يرجع بشيء وله نقض القسمة من اصلها واذا كان المستحق النصف اوما دونه ولم ينزل عن الثلث كان للمستحق منه الخيار بين ان يبقي القسمة على حالها ولا يرجع على صاحب السالم بشيء وان يرجع شريكا بقدر نصف ذلك مما في يد صاحبه. واذا كان المستحق دون الثلث لا تنقض القسمة ويرجع على صاحب السالم بقيمة نصف ما قابل الجزء المستحق ثمنا.

---

١١٠٢ ـ او باع احد الشريكين نصف ما اصابه بالقسمة ثم استحق ما بقي له فانه يرجع على صاحبه بربع ما في يده ولا يخير بخلاف ما قبل البيع حيث يخير لانه قبل البيع قادر على رد ما بقي بعد الاستحقاق وبعد البيع عجز عن رد ما وراء المستحق فلهذا سقط خياره.

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١١٠٣ ـ اذا جرت القسمة في دارين او ارضين واخذ كل واحد منهما دارا او ارضا ثم استحقت احدى الدارين او الارضين بعدما بني فيها صاحبها او غرس كان للمستحق ان يرجع على صاحبه بنصف قيمة البناء ولو في دار واحدة لم يرجع(١) | |

(١) رد المحتار ص- ٢٣٢ ج- ٥
وانظر الوجه في ذلك مما نقل في الهندية عن المحيط السرخسي ص- ٢٢٣ ج- ٥

| | |
| --- | --- |
| ١١٠٤ ـ اذا ظهر دين في التركة بعد قسمتها تفسخ القسمة إلا اذا قضى الورثة الدين او ابرأ الغرماء ذمم الورثة او تبرع انسان بقضاء دين الميت . | اذا ظهر على التركة دين بعد اقتسامها تنقض القسمة إلا اذا دفع الورثة للغريم ماله او تبرع بدفع الدين انسان . |

| | |
| --- | --- |
| ١١٠٥ ـ اذا اقر احد الورثة بدين على الميت وجحده الباقون قسمت التركة بين الورثة وامر المقر بقضاء كل الدين من نصيبه اذا كان نصيبه يفي بذلك . | |

| | |
| --- | --- |
| ١١٠٦ ـ اذا اراد الورثة قسمة التركة وكان فيها دين على المورث ضمنه انسان باذن الغريم نفذت القسمة ان كان الضمان مصرحا فيه ببراءة الميت من الدين فان لم يصرح ببراءة الميت فلا تنفذ القسمة . | |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١١٠٧ ـ اذا ادعى بعض الورثة دينا في التركة بعد تمام القسمة صحت دعواه وسمعت بينته وله ان ينقض القسمة . | اذا كان الغريم حاضرا لقسمة التركة ولم يقم بدينه إلا بعد ان تمت القسمة لا تسمع دعواه. واذا قام بعد قسم بعضها وبقي منها ما يوفي بدينه تسمع دعواه (١) |
| ١١٠٨ ـ اذا اقتسم الورثة دارا وفيهم امرأة المورث ثم ادعت بعد القسمة مهرا على زوجها واقامت البينة نقضت القسمة . | |
| ١١٠٩ ـ اذا اقتسم الورثة دار مورثهم وزوجة المورث مقرة بذلك واصابها الثمن وعزل لها ثمنها على حدة ثم ادعت ان زوجها اصدقها هذه الدار او انها اشترتها منه بصداقها لا تسمع دعواها . | |
| ١١١٠ ـ قسمة الدين قبل قبضه لا تصح . | اذا اشتملت التركة على عروض ودين للميت يجوز للورثة ان ياخذ واحد العروض والآخر الدين على ان يتبع بها الغرماء بشرط حضور المدين واقراره بالدين وكونه مليا تاخذه الاحكام |

(١) انظر قول التحفة
وحاضر لقسم متروك له

## المذهب الحنفي

١١١١ ـ الدين اما ان يكون للميت او عليه.

فان كان للميت واقتسم الورثة الدين والعين جملة فان شرطوا ان الدين الذي على فلان يأخذه فلان من الورثة مع هذه العين والدين الذي على فلان يأخذه فلان الآخر من الورثة مع هذه العين فهذه القسمة باطلة في الدين والعين جميعا. وان اقتسموا الاعيان ثم اقتسموا الدين فقسمة الاعيان صحيحة وقسمة الديون باطلة.

واذا كان الدين على الميت واقتسموا على ان يضمن كل واحد منهم دين غريم على حدة او اقتسموا على ان يضمن احدهم سائر الديون فان كان الضمان مشروطا في القسمة فالقسمة فاسدة وان لم يكن الضمان مشروطا في القسمة فان ضمن بشرط اتباع التركة لم تكن القسمة نافذة وان ضمن على ان لا يتبع الميت ولا تركته بشيء وعلى ان يبرىء الغريم الميت كان هذا جائزا ان رضي الغريم بضمانه فان لم يرض الغريم كان له نقض القسمة وان لم يشترط على ان يبرىء الغريم الميت لا تنفذ القسمة وان رضي الغريم بضمانه.

١١١٢ ـ الغريم الذي له على الميت دين اذا اجاز القسمة التي قسمها الوارث ثم اراد نقضها كان له ذلك.

## المذهب المالكي

لا يجوز للورثة قسمة الديون على ان يأخذ كل واحد دينا على رجل غير الآخر.

اما اذا كان الدين على رجل واحد فيجوز ان يأخذ كل واحد منهم ما يخصه.

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١١١٣ ـ اذا ظهر وارث آخر لم يعرفه الشهود وكان ظهوره بعد قسمة التركة فان القاضي ينقض القسمة ثم يستانفها بعد ذلك فان قال بقية الورثة نحن نقضي حق هذا الوارث ولا تنقض القسمة لا يلتفت الى قولهم إلا ان يرضى هذا الوارث | اذا طرأ وارث على ورثة بعد ان اقتسموا التركة يرجع الوارث على كل واحد بحصته مما في يده اذا كان المقسوم مثليا او عينا ولا تنقض القسمة ولا يأخذ الملي عن المعدم فاذا كان المقسوم مقوما كدار تنقض القسمة لتضرره بتبعيض حقه. |
| ١١١٤ ـ اذا ظهر بعد قسمة التركة موصى له بجزء من عين التركة كالثلث والربع فحكمه حكم من يظهر وارثا بعد القسمة وهو ما تقرر بالمادة السالفة | اذا وصى له بجزء على ورثة فحكمه حكم الوارث الطارىء على مثله المبين بالمادة السالفة. |
| ١١١٥ ـ اذا ظهر موصى له بحق ليس في عين التركة ولكن يتعلق بها كمن اوصى له المورث بألف فحكمه حكم الغريم اذا قال الورثة نحن نقضي حقه من مالنا ولا تنقض القسمة كان لهم ذلك | اذا ظهر بعد القسمة موصى له بعدد كألف تنقض القسمة إلا اذا دفع الورثة العدد الموصى به |
| ١١١٦ ـ اذا اقتسم الورثة التركة ثم ادعى احدهم لابنه الصغير وصية فيها بالثلث واقام على ذلك البينة فان القسمة لا تبطل لان اقدامه عليها اعتراف منه بان لا وصية غير ان حق الصغير في الوصية لا يبطل وله اذا كبر ان يطالب حقه ويبطل القسمة | |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١١١٧ ـ اذا ادعى احد الورثة بعد قسمة التركة ان اخا له من ابيه وامه مات بعد ابيه المورث وورثه هو وارام ميراثه منه : او ادعى ان الدار المقسومة اشتراها من ابيه في حياته او وهبها له وقبضها منه : او ادعى انها لامه وورثها عنها واقام البينة على دعواه في الجميع لا تسمع دعواه ولا تقبل بينته ولا تنقض القسمة . | |

## الاختلاف في القسمة

| | |
| --- | --- |
| ١١١٨ ـ اذا اختلف الشريكان في وقوع القسمة وعدم وقوعها فعلى مدعيها الاثبات . واذا شهد القاسمان بوقوعها قبلت شهادتهما كما تقبل شهادة قاسم مع غيره سواء قسما باجر او بدون اجر . | اذا ادعى احد الشريكين وقوع القسمة وانكر الآخر فعلى مدعي القسمة الاثبات فان لم يثبت حلف المنكر فان نكل حلف مدعيها فان نكل حكم بعدم وقوعها . |
| ١١١٩ ـ | اذا ادعى احد الشركاء انهم قسموا الارض او غيرها قسمة انتفاع وطلب قسمتها قسمة بت . وادعى الآخرون ان القسمة بينهم قسمة بت فالقول قول مدعي قسمة الانتفاع بيمينه الا أن يمضي امد الحيازة فيكون القول قول مدعي قسمة البت . |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١١٢٠ ـ القسمة تقبل النقض فلو اقتسم الشركاء واخذوا حصصهم ثم تراضوا على الرجوع الى الاشتراك بينهم جاز لهم ذلك | |
| ١١٢١ ـ المقبوض بالقسمة الفاسدة كالقسمة على شرط هبة او صدقة او بيع من المقسوم او غيره يثبت الملك ويفيد جواز التصرف فيه لقابضه ويضمنه بالقيمة. | |
| ١١٢٢ ـ اذا انكر بعض الشركاء بعد وقوع القسمة استيفاء نصيبه وشهد القاسمان بالاستيفاء قبلت شهادتهما . | |
| ١١٢٣ ـ اذا اقتسم الشريكان دارا واصاب كل واحد منهما طائفة ثم ادعى احدهما بيتا في يد الاخر انه من نصيبه وانكر الاخر فان كان ذلك قبل الاشهاد على القبض تحالفا وفسخت القسمة وان كان بعد الاشهاد بالقبض فعلى المدعي البينة فان اقام كل منهما بينة فالبينة لبينة المدعي . | |
| ١١٢٤ ـ اذا اختلفا في الحد الفاصل بين النصيبين فقال كل احد منهما هذا من نصيبي قد ادخل الى الجانب الاخر واقاما البينة قضي لكل منهما بالحد الذي في يد صاحبه وان قامت لاحدهما بينة قضي له وان لم تقم لاحدهما بينة تحالفا ويجعل ما في يد كل واحد منهما له ويبقى الموضع مشتركا واذا طلب احدهما نقض القسمة تنقض ولا تفسخ إلا بالقضاء (١) . | |

(١) هندية عن المحيط ص ٢٣٨ ج ٥

# الكتاب الثاني

## في التبرعات

### الباب الاول

### في الوصايا

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
|---|---|
| ١١٢٥ ـ الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان عينا او منفعة . | |
| ١١٢٦ ـ يشترط لصحة الوصية كون الموصي حرا بالغا عاقلا مختارا اهلا للتبرع؛ والموصى له حيا تحقيقا او تقديرا ؛ والموصى به قابلا للتمليك بعد موت الموصي ولا يشترط فيها الاسلام فتصح وصية المسلم للذمي وبالعكس ولا تصح للمرتد . | تصح الوصية من الحر المميز حال الايصاء المالك للموصى به ملكا تاما . ولا يشترط الرشد ولا البلوغ ولا الاسلام . |
| ١١٢٧ ـ لا تصح الوصية من مستغرق الذمة الا ان يبرئه الغرماء او يجيزوا وصيته . | لا تصح الوصية من مستغرق الذمة ولا من غير مالك . |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١١٢٨ ـ تصح الوصية بالاعمال النافعة التي ليس فيها تمليك لاحد مخصوص كبناء المساجد والمدارس والقناطر وطلبة العلم: كما تصح الوصية للجهات والمصالح النافعة كالمساجد والمدارس والتكايا وتصرف في عمارتها وعلى أهلها ويعتبر في كل شيء من ذلك ما هو متعارف في الوصية له . | الموصى له هو من يصح ان يملك ما اوصي له ولو في ثاني حال كالحمل والقنطرة والمسجد . |
| ١١٢٩ ـ لا تصح الوصية من معتقل اللسان بالاشارة إلّا اذا امتدت عقلته حتى صارت له اشارة معهودة فهو كالاخرس . | يحصل الايصاء بما يدل عليه من لفظ أو اشارة مفهمة ولو من قادر على النطق . |
| ١١٣٠ ـ المريض اذا اوصى وهو لا يقدر على الكلام لضعفه فاشار برأسه ويعلم منه انه يعقل ان فهمت منه الاشارة جازت وصيته وإلّا فلا وهذا اذا مات لا يقدر على النطق حيث يعتبر اعتبار الاخرس لوقوع الاياس من كلامه . | |
| ١١٣١ ـ اذا اوصى انسان بوصية ثم جن فان اطبق عليه الجنون حتى بلغ سنة اشهر بطلت وصيته وإلّا فلا وكذا اوابخذ به الوسواس فصار معتوها حتى مات تبطل وصيته . | |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١١٣٢ ـ المقعد والمفلوج والاشل والمسلول ان كان في اول امره وقد صار صاحب فراش فمات في تلك المدة فانه يعتبر قبل الموت اعتبار المريض مرض الموت فتعتبر تصرفاته نافذة من الثلث واذا تطاول ذلك وصار بحالة لا يخاف منها الموت فهو كالصحيح يصح تبرعه من جميع المال فان صار صاحب فراش بعد ذلك فهو بمنزلة حدوث المرض . | |
| ١١٣٣ ـ المرأة اذا اخذها الطلق فما فعلته في تلك الحالة يعتبر من ثلث مالها وان سلمت من ذلك جاز ما فعلته . | |
| ١١٣٤ ـ لا تصح وصية الهازل والمكره والخاطىء | |
| ١١٣٥ ـ تحصل الوصية بلفظ اوصيت وما يجري مجراه من الالفاظ المستعملة فيها . | يحصل الايصاء بما يدل عليه من لفظ او اشارة مفهمة ولو من قادر على النطق . |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١١٣٦ ـ لا يملك الموصى به إلا بقبول الوصية صريحا او دلالة (كموت الموصى له قبل القبول او الرد) ولا يصح القبول إلا بعد موت الموصي ولا عبرة بالقبول او الرد حال حياته فان قبل الموصى له الوصية بعد موت الموصي ثبت له ملك الموصى به سواء قبضه او لم يقبضه فان لم يقبل او يرد فهي موقوفة لا يملكها الوارث ولا الموصى له بها حتى يقبل او يرد او يموت | يلزم اذا كان الموصى له معينا قبول الموصى له البالغ الرشيد للوصية بعد موت الموصي ويقوم مقام غير الرشيد وليه . ولا يضر تراخي القبول عن الايجاب (١) |
| | (١) الحطاب ص - ٣٦٧ ـ ج - ٦ |
| ١١٣٧ ـ اذا مات الموصى له بعد موت الموصي وقبل ان يقبل الوصية او يردها فان موته يقوم مقام قبول الوصية فيدخل بذلك في ملك ورثته . | اذا رد الموصى له الوصية قبل موت الموصي فله القبول بعده وتجب له واذا مات الموصى له المعين بعد موت الموصي وقبل قبوله للوصية يقوم وارثه مقامه فاذا قبل بعضهم ورد البعض الآخر فحظ من رد ولم يقبل يرجع ميراثا (١) |
| | (١) التسولي ص - ٤١٢ |
| ١١٣٨ ... كما يكون قبول الوصية بالقول يكون بالفعل كتعاطي تنفيذ الوصية | يقوم مقام القبول القولي تصرف الموصى له في الموصى به . |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١١٣٩ ـ تصح الوصية للحمل : فان كان زوج المرأة الحامل حيا وكانت الزوجة في عصمته فالشرط في صحة الوصية لحملها ان يولد هذا الحمل حيا لاقل من ستة اشهر من يوم الوصية اذا كانت المرأة الحامل معتدة وفاة او طلاق بائن فالشرط في صحة الوصية لحملها ان يولد لاقل من سنتين من يوم الموت او الطلاق ولو تجاوزت المدة الستة اشهر من يوم الوصية ومثل ذلك ما لو اقر الموصي بانها حامل فتثبت الوصية للحمل المقر به ان وضعته في مدة سنتين من يوم الوصية . | تصح الوصية للحمل الموجود او الذي سيوجد ويستحقه ان استهل الحمل صارخا ويقوم مقام الاستهلال كثرة رضعه ونحوه مما يدل على تحقق حياته . |
| ١١٤٠ ـ اذا انجلى الحمل الموصى له عن توأمين فالوصية بينهما نصفان فان كان احدهما حيا والاخر ميتا فالوصية للحي منهما . | اذا انجلى الحمل الموصى له عن اكثر من واحد وزع الموصى به على عدده والذكر والانثى سواء الا ان ينص الموصي على خلافه . |
| ١١٤١ ـ تصح الوصية بالحمل اذا ولد لاقل من مدته في كل حيوان بما قدر له فلو قال اوصيت بحمل دابتي لفلان صح فان كانت الدابة من نوع الخيل والابل او الحمير فالشرط ان يولد الحمل في سنة وان كانت من البقر ففي تسعة اشهر وان كانت من الغنم ففي خمسة اشهر | |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١١٤٢ ـ لا تصح الوصية لميت علم الموصي بموته حين الوصية اذا كان الموصى له ميتا كما لو اوصى لزيد بن عمرو وكان زيد هذا ميتا يوم الوصية فان كان الموصى له غير معين كما لو اوصى لبني عمرو ولم يسمهم ولم يشر اليهم فالوصية صحيحة وتصرف لبنيه الموجودين يوم موت الموصي سواء اكانوا موجودين يوم الوصية أم لا . | تصح الايصاء لميت علم الموصي بموته حين الوصية وتصرف الوصية في قضاء دينه ان كان عليه دين والى ورثته ان لم يكن عليه دين فان لم يكن له وارث بطلت ولا تعطى لبيت المال . |
| ١١٤٣ ـ الموصى له اذا تسبب في قتل الموصي فانه لا يحرم من الوصية . واذا قتله مباشرة فان الوصية لا تصح وتلغى سواء اكان القتل عمدا ام خطأ وسواء وقع قبل الايصاء او بعده إلا اذا اجازت الورثة او كان القاتل صبيا او مجنونا او لم يكن للمقتول وارث سواه . | تصح الوصية الى قاتل الموصي اذا علم انه هو الذي ضربه عمدا او خطأ فان لم يعلم بذلك لم تصح الوصية (على احد التاويلين كما في المختصر ) |
| ١١٤٤ ـ تبطل الوصية بردة الموصي او الموصى له وبكون الوصية بمعصية وبرجوع الموصي في وصيته وبهلاك الموصى به المعين قبل موت الموصي ويعتبر استهلاك الموصي للعين الموصى بها رجوعا منه في الوصية . | تبطل الوصية بردة الموصي او الموصى له وبكون الوصية بمعصية كبناء مسجد او مدرسة بارض محبسة على دفن الاموات فيها وكاتخاذ قنديل من ذهب او فضة ليعلق على ولي . وتبطل برجوع الموصي في وصيته . |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١١٤٥ ـ لا تجوز الوصية للوارث ؛ لا بما زاد على الثلث لغير الوارث ؛ إلا إذا اجازها الورثة في الصورتين بعد موت الموصي وهم من اهل التبرع . | تبطل الوصية اذا كانت لوارث مطلقا او لغير وارث فيما زاد على الثلث إلا ان يجيزها الورثة . |
| ١١٤٦ ـ تصح الوصية لاجنبي بالثلث فما دون بدون توقف على اجازة الورثة . | |
| ١١٤٧ ـ اذا اوصى لوارثه ولاجنبي صحت الوصية في حصة الاجنبي وتوقفت في حصة الوارث على اجازة الورثة. | |
| ١١٤٨ ـ اذا اوصى بجميع ماله وليس له وارث نفذت الوصية ولا يحتاج الى اجازة بيت المال (١) | |

(١) هندية عن خزانة المفتيين ص٦٠ ج٦ هذا احد قولين عند المالكية وبه اخذ ابن عرفة لكن العمل يجرى بخلافه .

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ٨١٤٩ - اجازة الورثة الوصية لوارث آخر او الوصية لاجنبي بما زاد على الثلث لا تعتبر إلا اذا وقعت بعد موت الموصي فلو وقعت حال حياته كان لهم الرجوع فيها بعد ذلك. اما اذا اجازوها بعد موت الموصي فليس لهم الرجوع ويجبرون على التسليم اذا امتنعوا. واذا اجازوها بعض الورثة وردها البعض جازت على المجيز بقدر حصته وبطلت في حق غيره. | اذا اجاز الوارث قبل موت الموروث وصية مورثه لوارث او للزائد على الثلث وكانت الاجازة حال صحة الموصي لم تلزمه الاجازة. فان كانت الاجازة في حالة مرض الموصي لزمته بشروط:<br>الاول - ان يكون المرض مخوفا.<br>الثاني - ان لا يصح الموصي بعد مرضه صحة بينة.<br>الثالث - ان لا يكون معذورا في اجازته كان يكون في نفقته او مديانا له او يخشى سطوته عليه.<br>الرابع - ان لا يكون المجيز ممن يحمل ان له الرد والاجازة فان كان ممن يجهل مثله ذلك حلف انه جهل ان له الرد ولم تلزمه الاجازة فان نكل لزمته.<br>الخامس - ان يكون المجيز مكلفا لا حجر عليه. ومتى اختل شرط من الشروط لم تلزمه الاجازة. |
| ١١٥٠ - كل ما جاز باجازة الوارث فانه يملكه المجاز له من قبل الموصي حتى يتم بغير قبض ولا يمنع الشيوع صحة الاجازة. وفي كل موضع يحتاج الى الاجازة انما يجوز ذلك اذا كان المجيز من اهلها نحو ما اذا اجاز وهو بالغ عاقل صحيح فلو كان المجيز مريضا وهو بالغ ان برىء من ذلك المرض صحت اجازته وان مات في ذلك المرض فان اجازته بمنزلة ابتداء الوصية حتى ان الموصى له لو كان وارثا لا تصح الاجازة له إلا ان يجيزها ورثة المجيز المتوفى ولو كان اجنبيا تجوز ويعتبر ذلك من الثلث. | اذا اجاز الورثة بعد موت الموصي الوصية للوارث او الزائد على الثلث اعتبر ذلك ابتداء عطية منهم لا تنفيذا للوصية فيلزم قبول الموصى له وحيازته قبل حصول مانع للمجيز وان يكون المجيز من اهل التبرع |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١١٥١ - انما يعتبر كون الموصى له وارثا او غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية حتى لو اوصى لاخيه وهو وارث له ثم ولد للموصي ابن صحت الوصية للاخ ولو اوصى لاخيه والموصي ابن فمات الابن قبل موت الموصي بطلت الوصية للاخ . | المعتبر في كون الموصى له وارثا او غير وارث هو يوم موت الموصي لا وقت الوصية فلو اوصى لزوجته ثم طلقها طلاقا بائنا ومات صحت الوصية ولو اوصى لاجنبية ثم تزوجها ومات بطلت الوصية . |
| ١١٥٢ - تصح وصية الزوج لزوجته ووصية الزوجة لزوجها اذا لم يكن لواحد منهما وارث آخر والا توقف نفوذها على اجازته . | |
| ١١٥٣ - يصح للموصي الرجوع عن الوصية . ويكون رجوعه اما بالقول الصريح واما بالفعل الدال على الرجوع .<br>فالاول كقوله رجعت في وصيتي او ابطلتها او تركتها او كل وصية اوصيت بها فهي باطلة .<br>والثاني - ١ - ان يحدث منه فعل يزيل اسم الموصى به كما اذا اتخذ الحديد سيفا او الصفر آنية او ذبح الشاة الموصى بها .<br>٢) او يحدث منه فعل يزيد في الموصى به ما يمنع تسليمه الا به كالبناء في الدار الموصى بها .<br>٣) او يحدث منه تصرف يزيل ملكه كالبيع والهبة وكذا اذا خلطه بغيره بحيث لا يمكن تمييزه او يمكن بعسر . | رجوع الموصي في الوصية يكون بالقول او بالفعل الدال عليه كالبيع لما اوصى به وذبح الشاة الموصى بها وصوغ الفضة الموصى بها . |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١١٥٤ ـ ليس من الرجوع القولي في الوصية جحودها ولا قول الموصي كل وصية اوصيتها فهي حرام او رياء او اخرتها . وليس من الرجوع الفعلي التصرف في توابع العقار كهدم حائط او تجصيصه . | اذا اوصى بدار لشخص ثم هدمها لا يعتبر ذلك رجوعا ولا تبطل الوصية به ويكون للموصى له بعد الموت الساحة والنقض . |
| ١١٥٥ ـ | اذا اوصى بساحة لشخص ثم بنى الموصي الساحة دارا او حماما او غير ذلك لم تبطل الوصية واشترك الموصي البانى والموصى له فالبانى بقيمة بنائه قائما والموصى له بقيمة الساحة . |
| ١١٥٦ ـ | اذا اوصى بثلث ماله ثم باع جميع المال لا تبطل الوصية ويعطي الموصى له ثلث ما يملكه عند الموت . |
| ١١٥٧ ـ | اذا التزم الموصي في وصيته عدم الرجوع فيها لا يلزمه هذا الالتزام وله ان يرجع إلا ان يقول كلما رجعت كان رجوعه تجديدا للوصية واعمالا لها فليس له الرجوع حينئذ . |

## المذهب الحنفي

١١٥٨ ـ المعتبر في ثلث الميت ثلث ماله يوم تنفيذ الوصية فلو كان له عدة عقارات ورباعات يوم الوصية وباع بعضها او وقفه او وهبه في صحته قبل موته وله وصية بالثلث فان هذه الوصية لا تنفذ إلّا فيما بقي على ملك الموصي يوم الموت . ولو اوصى بالثلث ولا مال له يوم الوصية ثم مات عن اشياء ملكها بعد يوم الوصية فللموصى له ثلث ما يملكه الموصي يوم الموت .

١١٥٩ ـ اذا كان الموصى به عينا مشخصة كدار موصوفة او كان نوعا معينا كثلث غنمه الموجودة في ملكه يوم الوصية فهلك الموصى به قبل موت الموصي بطلت الوصية حتى لو اكتسب غنما اخرى او عينا اخرى بعد ذلك لا يتعلق بها حق الموصى له . ولو لم يكن له غنم يوم الوصية فاستفادها ثم مات فان الوصية تصح

١١٦٠ ـ اذا كان الموصى به معينا وهلك في يد الموصي او في يد احد ورثته من غير تعد منه فلا شيء للموصى له ولا ضمان على من هلك في يده .

## المذهب المالكي

المعتبر في ثلث الميت ثلث ماله يوم تنفيذ الوصية .

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١١٦١ ـ اذا استهلكت العين الموصى بها بفعل الموصي اعتبر ذلك رجوعا منه في الوصية ولا حق بها للموصى له ولا ضمان على الوصي. واذا استهلكت بفعل الورثة ضمنوا بدلها للموصى له سواء اكان الاستهلاك قبل القبول او بعده. | |
| ١١٦٢ ـ اذا صدرت من مريض وصية ثم برئ من مرضه ذلك وعاش اعواما فوصيته باقية ما لم يقل ان مت في مرضي هذا فقد اوصيت بكذا. | |
| ١١٦٣ ـ " | تجوز الوصية لابن وارثه او لاحد من قرابته ممن يظن ان يردها الوارث فاذا ادعى الوارث ان ذلك كان توليجا وتحيلا على الوصية لوارث حلف الموصى له فان لم يحلف لم يعط الوصية فاذا قامت الشهادة انه كان من الوصي على وجه ايثار بعض الورثة على بعض بطلت الوصية وصار الموصى به ميراثا والشهادة تكون بالسماع الفاشي او باشتراط من الموصى او باعتراف الموصى له بذلك (١). |

(١) التسولي ص ٥١٣

## المذهب الحنفي

١١٦٣ ـ اذا قال اوصيت لولد فلان فهي للموجود من اولاد الموصى له يوم موت الموصي ذكورا واناثا ويدخل في ذلك الحمل ان ولد لاقل من ستة اشهر ولا يدخل ولد الابن مع ولد الصلب فلو كان للموصى له بنات وابناء ابن فهي للبنات.

١١٦٤ ـ اذا اوصى لبني فلان فهي خاصة بالذكور إلا اذا كان فلان ابا لقبيلة او فخذ كبني تميم وبني العباس فتشمل الاناث.

١١٦٥ ـ اذا قال اوصيت لورثة فلان صحت الوصية اذا مات الموصى لورثته قبل موت الموصي وتقسم على الورثة الموصى لهم على حسب فرض ارثهم في مورثهم.

١١٦٦ ـ اذا اوصى بثلثه لولد ولده قسمت الوصية على الاحفاد الموجودين حقيقة او حكما يوم موت الموصي وصارت ملكا لهم فان لم يوجد للموصي احفاد يوم موته ردت الوصية الى ورثته.

## المذهب المالكي

اذا قال اوصيت لولد فلان والحال ان له ولدا موجودا او حملا ثابتا لا يختص بها الموجود من الحمل والولد بل تعم الموجود ومن لم يوجد.

اذا اوصى بثلثه لولد ولده تقسم الوصية على الاحفاد بعد انقطاع ولادة الاب بموت او غيره بالسوية فان كانت الوصية باصل ابقي عينه وانتفع بغلته وان كان غير اصل اشتري به اصل ان امكن لكثرته وإلا اتجر به وما حصل من الغلة قبل وجود الاحفاد يكون للورثة فاذا وجد بعض الحفدة قسمت الغلة الحاضرة بينهم واختصوا بها فاذا وجد غيرهم

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
|---|---|
| | انتقض القسم ودخل معهم ومن مات منهم لا شيء لوارثه في الغلة وهكذا يكون الامر الى حصول الاياس من زيادة الموصى لهم فتكون رقاب الوصية ملكا حقيقيا للاحفاد حين الاياس من زيادتهم دون من مات قبل الاياس فلا شيء لوارثه |
| ١١٦٧ - اذا اوصى بثلث ماله لورثة . وبني عمرو قسم بين جميعهم على عدد رؤوسهم ثم ما اصاب الورثة يقسم بينهم حسب فرض ارثهم في مورثهم بعد بت كون مورثهم مات قبل موت الموصي تقرر بالمادة ١١٦٥ فان قال ثلث مالي بني زيد وبني بكر ولم يكن لاحدهما ن فكل الثلث لبني الاخر . | اذا قال ثلثي لاولاد بكر واولاد عمرو واولاد خالد ولم يبين ما لاولاد كل بل اجمل قسم الثلث بينهم على عدد الرؤوس؛ وان فصل ما يأخذه اولاد كل واحد بان قال لاولاد كل واحد ثلثه قسم بينهم اثلاثا استووا في الاولاد او اختلفوا. واذا مات احد ابناء من اوصي لهم عن غير اولاد ففي الوصية المجملة يرجع جميع الموصى به لبقية الموصى لهم وفي الوصية المفصلة يرجع النائب لورثة الموصي . |
| ١١٦٨ - اذا قال ثلثي لزيد ولعمرو او قسال بين زيد وعمرو فالثلث بينهما فان فان مات احدهما بعد موت الموصي فنصفه لورثته ( اي ورثة الموصى له ) ان مات قبل موت الموصى رجع نصيبه الى الموصي . | |

## المذهب الحنفي

١١٦٩ - اذا اوصى بثلث ماله لبني فلان ولم يكن لفلان ابن يوم الوصية ثم حدث له بنون بعد ذلك ومات الموصي كان الثلث للذين حدثوا من ابناء الموصى له اما اذا كان لفلان بنون يوم الوصية ولم يسمهم الموصي باسمائهم او لم يشر اليهم بان يقول هؤلاء فالوصية لبني فلان الموجودين يوم موت الموصي حتى لو مات هؤلاء الموجودون بعد الوصية وحدث له بنون بعد ذلك وبقوا احياء الى ان مات الموصي كان لهم ثلث المال. فلو سمى الموصي بني فلان الموصى لهم او اشار اليهم فالوصية لهم حتى لو ماتوا بطلت الوصية.

## المذهب المالكي

١١٧٠ - اذا اشهد الرجل قوما على وصية ولم يقرأها عليهم ولم يكتبها بين ايديهم فان الاشهاد لا يصح (١)

(١) هندية عن المحيط ص ١٥٩ ج ٦

اذا كتب الموصي الوصية بخطه فوجدت في تركته وعرف انها خطه بشهادة عدلين لم يثبت شيء منها حتى يشهد عليها او يكتب فيها فليشهد على خطي من وقف عليه فانها تنفذ حينئذ. فان وجدت الوصية المكتوبة بيد الموصى له او بيد امين وثبت بينة حوزه له في حياة الموصي ثبتت الوصية ونفذت فان لم يثبت الحوز في الحياة الغيت.

١١٧١ - اذا اقر الوارث ان مورثه اوصى بالثلث لفلان وشهدت بينة انه اوصى بالثلث لاخر فانه يؤخذ بشهادة الشهود ولا شيء للذي اقر له الوارث.

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١١٧٢ - اذا اقر الوارث ان مورثه صى بالثلث لفلان ثم قال بعد ذلك بل صى به لفلان او قال اوصى به لفلان بل لفلان فهو للاول في الوجهين جميعا لا شيء للاخر . | |
| ١١٧٣ - لو اقر الوارث اقرارا متصلا ن قال اوصى مورثي بالثلث لفلان صى به لفلان فالثلث بينهما . | |
| ١١٧٤ - اذا اقر الوارث ان مورثه ى لزيد بالثلث ودفعه اليه ثم قال لا اوصى به لعمرو فلا يصدق على الاول ن كان دفعه اليه بقضاء قاض لم يضمن ى شيئا والا ضمن له مثله . | |
| ١١٧٥ - اذا شهد وارثان ان مورثهما صى لفلان بالثلث ثم قالا اخطانا وشهدا اوصى به لاخر جازت شهادتهما ي وابطلت الوصية للاول هذا اذا لم الثلث الى الاول فان دفعه اليه فلا قان في شهادتهما عليه ويضمنان للاخر . | |

١١٧٦ ـ الزيادة الحادثة في العين الموصى بها ـ كالغلة والكسب وولادة الدواب بعد موت الموصي تصير موصى بها وتعتبر من الثلث سواء حدثت قبل قبول الموصى له او بعد قبوله .

١١٧٧ ـ اذا قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس او في مجلس آخر له ثلث مالي واجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل فيه السدس (١)

(١) هندية عن الهداية ص ١٠٤ ج ٦

اذا اوصى لشخص بوصية بعد اخرى فالوصيتان له ان كانتا من نوعين او من نوع واحد وتساوتا فان كانتا من نوع واحد وتفاوتتا قلة وكثرة كعشرة وخمسة عشر من نوع واحد فاكثرهما له

١١٧٨ ـ اذا اوصى الى اثنين باكثر من الثلث واستويا في الاستحقاق ولم تجز الورثة الوصيتين يقسم الثلث بينهما قسمة متساوية واذا لم يستويا في الاستحقاق فان زادت وصية احدهما على الثلث وكانت الاخرى بالثلث يقسم الثلث ايضا بينهما نصفين وان لم تزد وصية احدهما على الثلث يقسم بينهما الثلث قسمة متناسبة على قدر حق كل منهما. اما اذا اوصى لاحدهما بالثلث وللاخر بالثلث ولم تجز الورثة فالثلث بينهما .

اذا اوصى لانسان بشيء معين ثم اوصى به لاخر فانهما يشتركان فيه . وكذا لو اوصى لواحد بثلثه ثم اوصى به لاخر يشتركان فيه ولو اوصى لواحد بالثلث ثم لاخر بالنصف او بالجميع يشتركان في الثلث على نسبة الاجزاء (١)

(١) المطاب ص ٢٧٢ ج ٦

## المذهب الحنفي

١١٧٩ ـ اذا اوصى لاحد بعين او بنوع معين من الانواع التي تقسم جبرا على الشريك كثلث دراهمه او غنمه او ثيابه المتحدة جنسا فهلك ثلثاه فله الباقي بتمامه ان خرج من ثلث باقي جميع اصناف مال الموصي . ان اوصى له بصنف او نوع مما لا يقسم جبرا كثلث دوابه او ثيابه المتفاوتة جنسا فهلك الثلثان فليس له إلّا ثلث ما بقي منه وان خرج من ثلث كل المال .

١١٨٠ ـ اذا اوصى لاحد بمقدار معين من الدراهم وله دين من جنسها وعين فان خرج القدر الموصى به من ثلث العين دفع اليه والا يدفع له ثلث العين وكل ما تحصل من الدين يدفع اليه ثلثه حتى يستوفي حقه .

١١٨١ ـ اذا اوصى بقدر مجهول يتناول القليل والكثير كجزء او سهم او نصيب من ماله فالبيان للورثة ان لم يبينه الموصي ويعطون الموصى له ما شاءوا وان لم يكن له ورثة واوصى بسهم من ماله لاحد فله نصف ماله والنصف الآخر لبيت المال .

## المذهب المالكي

اذا اوصى بجزء من ماله او سهم منه حاسب الموصى له بسهم من اصل فريضته ولو عائلة كاربعة وعشرين وعالت الى سبعة وعشرين ولا ينظر لما تصح منه المسألة .

## المذهب الحنفي

١١٨٢ ـ الوصايا لا تخلو اما ان تكون كلها لله تعالى او كلها للعباد وما كان لله تعالى فلا يخلو اما ان يكون فرائض كالزكاة والحج والصوم والصلاة او كلها واجبات كالكفارة والنذور وصدقة الفطر او كلها تطوعات كالوصية بجميع التطوع والوصية للفقراء او للمسجد: او جمع هذه الوصايا كلها او جمع بين بعضها فان كان ثلث مال الموصي يحتمل جميع ما اوصى به فانه تنفذ وصاياه كلها من ثلث ماله وان كان ثلث ماله لا يحتمل جميع ذلك فان اجازت الورثة فكذلك وان لم يجيزوا فانه ينظر ان كانت وصاياه كلها للعباد فانهم يتضاربون بالثلث بينهم بالحصص وان كانت وصاياه كلها لله تعالى فانه ينظر ان كانت كلها فرائض يبدأ بما بدأ به الموصي وان كانت كلها واجبات فانه يبدأ بما بدأ به ايضا وكذلك اذا كانت كلها تطوعا وان كان بعضها فرائض وبعضها واجبات وبعضها تطوعا فانه يبدأ بالفرائض اولا وان اخرها ثم بالواجبات ثم بالنوافل وان جمع بين هذه الوصايا كلها فانهم يتضاربون في الثلث بوصاياهم فما اصاب العباد فهو لهم ولا يقدم بعضهم على بعض وما كان لله تعالى يجمع ذلك كله فيبدا منها بالفرائض ثم بالواجبات ثم بالتطوع.

## المذهب المالكي

اذا كان في الوصية مجهول كوقود لمسجد على الدوام او تفرقة خبز او نحوه ضرب للمجهول بالثلث ووقفت حصته فان اجتمع في الوصية مجهولان كعمارة مسجد واطعام مساكين يقسم الثلث بينهما ولو اجتمعت ثلاث نواح مجهولة كعمارة مسجد واطعام مساكين وتجهيز غرباء قسم الثلث على عدد المجهولات.

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١١٨٣ — اذا اوصى انسان لغيره بنصيب ابنه او ابنته فان كان للموصي ابن او ابنة فالوصية غير صحيحة وان لم يكن له ابن او ابنة فالوصية صحيحة كما تصح اذا اوصى بمثل نصيب ابنه او ابنته مطلقا سواء كان له ابن او ابنة او لم يكن له ذلك وحينئذ يتقرر نصيب ابن او بنت ثم يزاد عليه مثله فيعطى الموصى له فان كان ثلثا فاقل فلا يحتاج فيه الى اجازة وان كان اكثر من الثلث فانه يحتاج الى اجازة الورثة ما زاد على الثلث وبناء على ذلك فلو اوصى بمثل نصيب ابنه وله ابن واحد فانه يصير للموصى له نصف المال ان اجازه الابن فان لم يجزه فللموصى له الثلث فان كان للموصي ابنان فان المال يكون بينهم اثلاثا بدون اجازة. ولو اوصى بمثل نصيب ابنته وله ابنة واحدة فانه يصير للموصى له نصف المال ان اجازت البنة فان لم تجز فله الثلث ولو كان له ابنتان كان للموصى له ثلث المال والاصل في هذه المسألة انه متى اوصى الموصي بمثل نصيب بعض الورثة ان يزاد مثله على سهام الورثة . | اذا انزل الانسان اولاد ولده الميت منزله ابيهم كان ذلك وصية تخرج من الثلث لكن تقسم بين المنزلين للذكر مثل حظ الانثيين (١) |

(١) استولي ص ٥١٠ .



اذا اوصى له بمثل نصيب احد ورثته وترك ذكورا واناثا ضرب الموصى له بجزء من عدد رؤوسهم ولا نظر لما يستحق كل وارث .

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١١٨٥ ـ الوصية بالمنافع كسكنى الدور وغلتها وغلة البساتين والارضين وغيرها صحيحة . واذا خرجت العين الموصى بسكناها واستغلالها من ثلث مال الموصي تسلم الى الموصى له ينتفع بها على حسب الوصية وان لم تخرج من الثلث وكانت محتملة للقسمة ولم يكن للموصي مال غيرها تقسم اثلاثا او مهايأة بالزمان ان كانت الوصية بالسكنى او تقسم غلتها ان كانت بالغلة ويكون للموصى له الثلث وللورثة الثلثان وان كان للموصي مال غيرها تقسم بقدر ثلث جميع المال . | اذا اوصى بمنفعة معين كسكنى داره ينظر الى ذلك المعين الموصى بمنفعته فان حمله الثلث نفذت الوصية وان لم يحمل الثلث قيمة ذلك المعين الموصى بمنفعته يخير الورثة بين ان يجيزوا ما اوصى به الميت او يدفع ثلث جميع ما ترك الميت من ذلك المعين وغيره فيعطاه . |
| ١١٨٦ ـ اذا لم تخرج العين الموصى بسكناها او غلتها من الثلث وكانت محتملة للقسمة وقسمت على نحو ما تقرر بالمادة السالفة فليس لورثة الموصي ان يبيعوا ثلثيهم مدة الوصية ؛ كما انه ليس للموصى له بالسكنى اجارة العين الموصى له بسكناها ولا للموصى له بالغلة سكنى الغير الموصى له باستغلالها . | |
| ١١٨٧ ـ اذا اوصى له بمنافع معينة فمات الموصى له في حياة الموصي بطلت الوصية واذا مات بعد موت الموصي ترجع العين الموصى بمنافعها الى ورثة الموصي ولا تعود الى ورثة الموصى له . | اذا اوصى له بمنافع شيء مدة معينة فاخذها الموصى له ومات ورثت عن الموصى له ان بقي من زمنها شيء . |

## المذهب الحنفي

١١٨٨ - الوصية بالمنافع اذا كانت مطلقة غير مقيدة بوقت او نص بها على الابد فللموصى له الانتفاع بها مدة حياته ثم بعد موته ترد الى ورثة الموصي. واذا كانت مقيدة بوقت معين فللموصى له الانتفاع بها مدة ذلك الوقت. فان قال اوصيت له بالانتفاع بها سنين بدون بيان عددها يصرف الى اقل الجمع وهو ثلاث سنين لا اكثر.

١١٨٩ - اذا اوصى بغلة بستانه لشخص فللموصى له الغلة القائمة يوم موت الموصي والغلة التي ستوجد فيما يستقبل سواء اطلق او نص على الابد. اما اذا اوصى بثمرة بستانه او ارضه فان الثمرة لا تنصرف إلا الى الموجود يوم موت الموصي ولا تنصرف الى المعدوم وحينئذ فان اطلق فليس للموصى له إلا الثمرة الموجودة يوم موت الموصي وان نص على الابد فله الثمرة الموجودة يوم موت الموصي والثمرة التي تتجدد بعده.

١١٩٠ - اذا اوصى لواحد بالارض ولاخر بالغلة فالوصيتان صحيحتان واذا كان في الارض شيء يستغل فان مؤنة اصلاح الارض وسقيها ونحو ذلك من المصاريف على صاحب الغلة وإلا فعلى الموصى له بالعين.

## المذهب المالكي

١١٩١ -

اذا اوصى بثلث ماله مثلا تدخل الوصية فيما علم به الميت وفيما يرجع بعد موته من عمرى وفي الحبس الراجع بعد موته وفي بعير شرد ثم رجع ولا تدخل فيما بطل من اقراره او اوصى بما وارث ولم تجزه بقية الورثة .

١١٩٢ - الولاية في تنفيذ وصية الميت انما هي لوصيه فان كان له وصيان فهي لهما معا غير ان لاحدهما الانفراد بتنفيذ الوصية المعينة اذا كانت لمعين عند عدم احتياجه للبيع فان احتاج لبيع شيء من التركة ليؤدي منه الوصية توقف ذلك على صاحبه. واذا اتهم القاضي الوصي فانه يخرجه عن الوصاية . ولا يكلف الوصي اقامة البينة على تنفيذ الوصية ودفعها في وجوهها بل القول قوله في ذلك بيمينه .

تنفيذ الوصايا من وصية بالثلث وصدقة وغيرها لوصي الميت ولا يجوز للمقدم على تنفيذ الوصايا مقاربة الورثة ومساعدتهم فان اتهمه القاضي بذلك شرك معه غيره ممن يثق به ولو جعل له الموصي في التقديم ان لا اعتراض عليه من حاكم وغيره بوجه من الوجوه وبعد تشريك من يثق به في تحصيل الوصية يوكل الى الوصي تنفيذها في الوجوه التي جعل تنفيذها فيها او بما يراه باجتهاده ان فوض اليه الموصي النظر في ذلك ونص الموصي على انه لا اعتراض عليه من حاكم او غيره وهذا في الوصي المامون واما غير المامون الذي يخشى منه ان لا ينفذ الوصية فيكلفه القاضي اقامة البينة على تنفيذها فان لم يات بالبينة ضمن ان كان سفيها معلنا فان كان متهما فقط استحلف ولم يضمن إلا ان ينكل عن اليمين وان كان مامونا لم تتن عليه يمين وهو محمول على انه مامون حتى يثبت انه غير مامون (١)

(١) الحطاب ص ٣٩٤ ج ٦

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١١٩٣ - اذا اوصى رجل بوصايا من اوجه البر وحمل تنفيذها لرجل عينه فاراد الورثة ان يكشفوه عنها فان كان الرجل القائم بها ودفعها لاربابها بينة ان الوصي يصدق بيمينه ولا يكلف الاثبات بالبينة. | اذا اوصى الرجل بوصايا من اوجه البر وحمل تنفيذها لرجل عينه فاراد الورثة ان يكشفوه عنها فان كان الرجل القائم بها ودفعها لاربابها بينة ان الوصي يصدق بيمينه ولا يكلف الاثبات بالبينة. |
| ١١٩٤ - جميع تصرفات المريض الانشائية من هبة ووقف وصدقة ومحاباة في الاجارة والاستئجار والهبة والبيع والشراء وغير ذلك من المعاملات تحكمها احكام الوصية في اعتبارها من الثلث والمرض الذي يبرأ منه ملحق بالصحة. | مسائل المريض في مرضه المخوف ان صدقة او هبة او حبس لازوج له فيه حكمه حكم الوصية في الخروج من الثلث |
| ١١٩٥ - التصرف المضاف الى ما بعد الموت يعتبر من ثلث المال لا من جميعه وان كان صدوره في حال الصحة | |

(١) الخطاب ص ٣٩٤ - ٣٩٥ ج ٦

# الباب الثاني

## في الهبة والصدقة والعمرى

### الفصل الاول في معناها واركانها

١١٩٦ - الهبة تمليك مال لاخر بلا عوض.
والصدقة تمليك المال لاجل الثواب.
والعمرى هي الهبة بلفظ الاعمار.
والصدقة كالهبة في احكامها إلا انها لا رجوع فيها ان تمت.

الهبة تمليك شيء ذي منفعة اوجه المعطي بغير عوض.
والصدقة تمليك شيء ذي منفعة بغير عوض لقصد الثواب.
والعمرى تمليك منفعة بغير عوض حياة المعطي او المعطى او مدة محدودة.
والهبة والصدقة سيان في جميع الاحكام القضائية إلا الاعتصار.

١١٩٧ - ركن الهبة قول الواهب وهبت او نحوه مما يفيد التمليك وهو الايجاب.
واما القبول فهو شرط ثبوت الملك للموهوب له.

اركان الهبة: الواهب والموهوب له والموهوب والصيغة.

١١٩٨ - الصيغة ان دلت على تمليك الرقبة فهي هبة: وان دلت على تمليك المنفعة فهي عارية: وان احتملت هذا وذاك ينوى المالك. وحينئذ فهو ثلاثة انواع
نوع تقع به الهبة وضعا كوهبت وملكت
ونوع تقع به الهبة كناية ككسوتك هذا الثوب او اعمرتك هذه الدار
ونوع يحتمل الهبة والعارية كهذه الدار لك رقبى

الصيغة ما دل على التمليك مطابقة او التزاما قولا او فعلا.

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١١٩٩ ـ اعطاء الزوج زوجته قرطا أو حليا وقولها لها خذي هذا وعلقيه ايجاب للهبة . | من الدلالة الفعلية عرفا تحلية الاب ولده الصغير حليا له فيكون للولد لا ميراثا واشتراء الاب لبنته شوارا امكنه بيدها او بيد امها فيكون للبنت لا ميراثا بخلاف تحلية الزوج زوجته فيحمل على الامتاع اذا لم يشهد بالهبة . |
| ١٢٠٠ ـ تنعقد الهبة بالايجاب والقبول وتتم بالقبض ويلزم اذن الواهب صراحة او دلالة في القبض واذا اذن الواهب صراحة بالقبض يصح قبض الموهوب له المال الموهوب في مجلس الهبة وبعد الافتراق ؛ واذا اذن بالقبض دلالة يعتبر القبض بمجلس الهبة ولا يعتبر بعد الافتراق . | تنعقد الهبة بالايجاب والقبول ولا تتم إلا بالقبض . ولا تشترط الفورية في القبول ولا اذن الواهب في القبض . |
| ١٢٠١ ـ قبض الموهوب له العين الموهوبة يقوم مقام القبول . | قبض الموهوب له الهبة وتصرفه فيها قائم مقام القبول . |
| ١٢٠٢ ـ لا يثبت ملك العين الموهوبة إلا بقبضها قبضا كاملا . واذا كانت في يد الموهوب له ملكها بمجرد العقد بدون قبض جديد بشرط القبول وللواهب ان يرجع عن الهبة قبل القبض بدون رضا الموهوب له . وفي الواهب الموهوب له عن القبض بعد الايجاب رجوع . | تلزم الهبة بالقول فاذا امتنع الواهب من التحويز فللموهوب له طلبها منه عند حاكم . والحاكم يجبره على تمكينه منها . |

## المذهب الحنفي

١٢٠٣ يشترط في صحة الهبة شروط :
منها ما يرجع الى الركن : وهو ان لا يكون معلقا بمالة خطر الوجود والعدم :
وان لا يكون مضافا الى وقت .
ومنها ما يرجع الى الموهب وهو ان يكون من اهل التبرع حرا عاقلا بالغا مالكا العين الموهوبة طائعا غير مكره
ومنها ما يرجع الى الموهوب وهو :
ان يكون موجودا وقت العقد فلا تصح هبة المعدوم كأن يهب ما تلد الغنم او يثمر النخل
وان سلطه على القبض عند الوجود
وان يكون مالا متقوما فلا تصح هبة ما ليس بمال كالحر ولا هبة ما ليس بمتقوم كالخمر
وان يكون مقبوضا فلا يثبت الملك للموهوب له قبل القبض
وان يكون مقسوما اذا كان مما يحتمل القسمة
وان لا يكون مشغولا بحق الواهب كارض بها زرع للواهب وهبها دون الزرع ودار بها متاع للواهب وهبها دون المتاع
وان يكون مملوكا للواهب فلا تصح هبة مال الغير بغير اذنه

## المذهب المالكي

يشترط في الواهب ان يكون مختارا مالكا للموهوب ومن اهل التبرع بما وهب فلا تصح هبة الصغير والسفيه والمجنون والمرتد وتصح هبة المريض والزوجة في الثلث واما هبتهما ما زاد عليه فصحيحة موقوفة على اجازة الورثة والزوج وتصح هبة من احاط الدين بماله وتتوقف على اجازة الغرماء .

١٢٠٤ ـ تتنوع الهبة الى نوعين : هبة تمليك وهبة اسقاط .

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٢٠٥ ـ هبة الفضولي صحيحة موقوفة على اجازة مالك العين الموهوبة. | هبة الفضولي صحيحة موقوفة على اجازة المالك. |
| ١٢٠٦ ـ يجوز لكل مالك اذا كان اهلا للتبرع ان يهب في حال صحته ماله كله او بعضه لمن يشاء سواء أكان اصلا له او فرعا او قريبا او اجنبيا منه ولو كان مخالفا لدينه بشروطه. | تصح هبة الاب ماله كله او بعضه في حال صحته لبعض ولده. |
| ١٢٠٧ ـ لا تصح الهبة التي وقعت بالجبر والاكراه؛ حتى لو وهبت المراة شيئا لزوجها وادعت انه استكرهها في الهبة تسمع دعواها. | هبة النساء لقرابتهن في بلاد عرف فيه عدم توريث النساء غير لازمة؛ وتسليمهن في ميراثهن لهم غير لازم؛ ولهن ولورثتهن القيام واسترجاع ما اعطين ولو بعد خمسين سنة. |
| ١٢٠٨ ـ تصح الهبة في كل محوز مفرغ عن املاك الواهب وحقوقه كما تصح هبة المشاع الذي لا يقبل القسمة وهو الذي يضر التبعيض ولا يبقى منتفعا به اصلا بعد القسمة او لا يبقى منتفعا به بعدها انتفاعا من جنس الانتفاع الذي قبلها؛ وهبته تفيد الملك بقبضها لكن بشرط ان يكون الموهوب معلوم المقدار. | الموهوب كل مملوك يقبل النقل لهم يتعلق به حق الغير ولو كان مشاعا. ولا يشترط فيه ان يكون معلوما ولا موجودا. |

| المذهب المالكي | المذهب الحنفي |
| --- | --- |
| | ١٢٠٩ - هبة المشاع الذي يقبل القسمة لا تفيد الملك بالقبض ولو كانت للشريك إلا اذا قسم الموهوب وسلمه مفرزا عن غير الموهوب لا متصلا به ولا مشغولا بملك الواهب : والمشاع الذي يقبل القسمة هو ما لا يضره التبعيض بل يبقى منتفعا به بعد القسمة انتفاعا من جنس الانتفاع الذي كان قبله . |
| | ١٢١٠ - المعتبر في قبول القسمة والافراز في الموهوب انما هو وقت القبض لا وقت الهبة حتى لو وهب رجل لاخر نصف عقار ولم يسلمه له الى ان وهب له النصف الاخر وسلم اليه الكل كانت الهبة صحيحة بخلاف ما لو وهب له نصف العقار وسلمه له ثم وهب له النصف الاخر وسلمه له أيضا فان كلا الهبتين غير صحيح. |
| | ١٢١١ - تصح هبة اثنين لواحد مشاعا محتملا للقسمة بدون قسمته ؛ ولا تصح هبته من واحد لاثنين غنيين إلا بعد قسمته وفرز نصيب كل منها سواء كانا صغيرين او كبيرين او احدهما كبيرا والاخر صغيرا فان كانا فقيرين صحت الهبة لهما . |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٢١٢ ـ هبة الدين لمن عليه الدين صحيحة وتتم من غير قبوله؛ وكذا ابراؤه عنه ما لم يرده .<br>وهبته لغير المدين باطلة إلا في حوالة اووصية اواذا سلط الموهوب له على قبضه بالتوكيل عنه من المدين وقبضه . | هبة الدين للمدين ابراء له . وتتوقف على القبول .<br>وهبته لغير المدين صحيحة اذا اشهد ودفع وثيقة الدين للموهوب له . |
| ١٢١٣ ـ هبة الدين من الكفيل لا تتم بدون القبول وترتد بالرد .<br>وابراء الكفيل من الدين يتم من غير قبول ولا يرتد بالرد . | |
| ١٢١٤ ـ هبة الدين من الاصيل وابراؤه منه ان وقع قبوله بما برىء منه كل من الاصيل والكفيل وإلا فلا . | |
| ١٢١٥ ـ هبة المرهون صحيحة ؛ فاذا كان الموهوب مرهونا في يده فانه يعتبر قابضا وينوب قبض الرهن عن قبض الهبة؛ واذا صحت الهبة بالقبض بطل الرهن فيرجع المرتهن بدينه على الراهن . | هبة المرهون صحيحة اذا رضي المرتهن اما اذا لم يرض فتبطل ان كان الراهن معسرا وتصح ان كان موسرا ووقعت قبل قبض الرهن فان وقعت بعده فقضي على الراهن بفك الرهن وتعجيل الدين ان كان الدين مما يعجل فان كان مما لا يعجل استوفي حلول الاجل في تعويز الموهوب له . |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٢١٦ - | الموهوب له هو الاهل للتملك فتصح الهبة للمساجد والمستشفيات وغيرها من وجوه البر . |
| ١٢١٧ - لايثبت الملك للموهوب له في الموهوب إلا بالقبض ولا يلزم الواهب بالتحويز حيث يصح له الرجوع قبل القبض إلا فيما استثني . | الهبة لمعين دون يمين يقضى بها ويجبر الواهب على التحويز اذا امتنع منه . ولا يقضى بها اذا كانت بيمين او لغير معين كالفقراء . ومن وادي غير المعين المسجد ولو كان معينا نظرا للمنتفعين به . |
| ١٢١٨ - لايتم حكم الهبة إلا مقبوضة من الموهوب له قبل حصول مانع للواهب كموت او جنون او احاطة دين بماله . | شرط تمام الهبة ان يحوزها الموهوب له قبل حصول مانع للواهب وهو موته وجنونه ومرضه المتصل بالموت او احاطة الدين بماله . |
| ١٢١٩ - القبض الذي يتعلق به تمام الهبة وثبوت حكمها هو الذي يقع باذن المالك صراحة او دلالة سواء كانت العين الموهوبة حاضرة في المجلس او في جهة اخرى غير المجلس . . | |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٣٢٠ ـ اذا وهب المستغرق تركته بالديون امواله لوارثه او لغيره وسلمها ثم توفي فللغرماء ان يدخلوا امواله في قسمتهم ان لم يمضوا الهبة . | اذا تاخر حوز الموهوب له للهبة حتى احاط الدين بمال الواهب تبطل الهبة إلا ان يجيزها الغرماء سواء اكان الدين سابقا الهبة او متاخرا عنها . |
| ١٣٢١ ـ موت احد المتعاقدين قبل تسليم الموهوب للموهوب له يبطل عقد الهبة . | اذا اشهد الواهب ان الهبة لفلان واستصحبها معه اوارسلها له فمات الواهب او الموهوب له قبل وصوله او وصول رسوله تصح الهبة ويقوم الاشهاد مقام الحوز سواء قصد الواهب الموهوب له المعين او ورثته : اما اذا لم يشهد ومات الواهب قبل الحوز فانها تبطل إلا ان يجيزها الورثة واذا لم يشهد ومات الموهوب له فانها تبطل ان قصد عين الموهوب له ولا تبطل ان قصد هو وذريته . |
| ١٣٢٢ ـ اذا باع الواهب الهبة بعد الايجاب قبل التسليم مضى بيعه ويكون المال له سواء علم بها الموهوب له اولم يعلم | اذا باع الواهب هبته بعد عقدها وقبل علم الموهوب له بالهبة او بعد علمه بها واجتهاده في طلبها لا تبطل ويخير الموهوب له في رد البيع او اجازته واخذ الثمن . |

المذهب المالكي

المذهب الحنفي

١٢٢٣ ـ اذا وهب نصابا متناعا من عقار قابل القسمة وسلمه الموهوب له ثم باعه الواهب صح بيعه وان باعه الموهوب له لم يجز .

١٢٢٤ ـ

اذا باع الواهب هبته قبل عقلها وسلم الموهوب له بعا وقبضه في طلبها بعد البيع ويستحق الموهوب له الثمن .

١٢٢٥ ـ اذا وهب الواهب هبته لشخص ثم وهبها لآخر فهي للثاني وان قبضها الاول كان قبضه باطلا وان اذن لهما بالقبض معا فقبضاها فهي للثاني وحده .

اذا وهب الواهب هبته لشخص وسلمها الثاني قبل الاول تقضي للثاني ولا غرم على الواهب .

١٢٢٦ ـ

اذا قبض الموهوب له الشيء الموهوب ليتروى في القبول فمات الواهب قبل الموهوب له الهبة بعد موت الواهب تصح الهبة .

١٢٢٧ قبل الهبة موت الواهب قبل قبض الموهوب له وان اجتهد في طلبها .

اذا اجتهد الموهوب له في قبض الهبة والواهب يسوف حتى مات تصح الهبة ويتنزل الاجتهاد في القبض منزلة القبض .

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٢٢٨ - لا يصح بيع الموهوب له الهبة او وهبها قبل قبضها اذ لا يملكها الا بالقبض . | اذا باع الموهوب له الهبة او وهبها قبل قبضها من الواهب فمات الواهب تصح الهبة اذا اشهد الموهوب له على البيع او الهبة واعان عند الحاكم بما فعله . |
| ١٢٢٩ اذا مات الموهوب له قبل القبض تبطل الهبة . | اذا علم الموهوب له بالهبة ولم يقبضها ولم يظهر منه رد حتى مات يقوم وارثه مقامه . |
| ١٢٣٠ اذا وهب ارضا على ان ما يخرج منها من زرع ينفقه الموهوب له على الواهب فهذه الهبة فاسدة واذا وهب اشجارا او كروما واشترط ان ينفق عليها من ثمرها فالهبة صحيحة والشرط باطل | اذا وهب ارضا او دارا واستثنى غلة الموهوب سنين تصح الهبة اذا حاز الموهوب له الرقبة قبل حصول المانع . |
| ١٢٣١ الهبة عقد غير لازم فلا يصح فيها شرط الخيار فلو وهب شيئا على انه الخيار جازت الهبة وبطل الشرط | |
| ١٢٣٢ - اذا وهب هبة وشرط فيها شرطا فاسدا فالهبة صحيحة والشرط باطل . | |

## الفصل الثاني

## في الحوز وما يقوم مقامه

١٢٣٣ ـ اذا كانت الهبة لبالغ يشترط قبضه بنفسه او قبض وكيله عنه ولو كان في عيال الواهب .

اذا اشهد الواهب على الهبة وكتب الموهوب مدارا وفي حوز المشتهر يكفي حوز المشتهر في صحة الهبة للموهوب له ولو لم يقبضها وتكون الهبة تحت يد المشتهر حتى تتم الدلالة بانتهاء الموهوب له .

١٢٣٤ ـ اذا وهب الدار المشتهر هبتها صحت الهبة وملكها الموهوب له بالعقد سواء كانت داخلة في قبضه بالاشارة .

١٢٣٥ ـ هبة الشاغل صحيحة لزمه الشغل لا تصح لو وهب متاعا في داره صحت هبته بخلاف ما لو وهب دارا فيها متاعه لان اشتغال الموهوب بملك الواهب يمنع تسليم الهبة لاحتمال شرط القبض واذا اشتغل ملك الواهب بالموهوب فانه لا يمنع تمام الهبة .

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٢٣٦ ـ اشتغال الموهوب بملك غير الواهب لا يمنع تمام الهبة فلو اعاره دارا ثم غصب المعير متاعا ووضعه في هذه الدار ثم وهب المعير الدار من المستعير صحت الهبة ولو كانت الدار مشغولة بما ليس بموهوب لانها لم تكن مشغولة بملك الواهب . | |
| ١٢٣٧ ـ اذا كانت العين الموهوبة في يد الموهوب له على وجه الوديعة او العارية او الامانة ملكها بالهبة والقبول ولن لم يجدد فيها قبضا . | يكفي حوز المودع الوديعة الموهوبة لغيره اذا علم المودع بالهبة فان لم يعلم بها لم يعتبر حوزه . |
| ١٢٣٨ ـ تصح هبة المستأجر من الآجر وكذا من غيره حيث ان الموهوب غير مشغول بملك الواهب . | لا يعتبر حوز المستأجر للموهوب لانه لاجنبي فاذا مات الواهب قبل انقضاء مدة الاجارة يكون الموهوب للورثة إلا ان يطلب الاجنبي الموهوب له قبل قبضها فتصح الهبة . |
| ١٢٣٩ ـ تصح هبة المغصوب من الغاصب ويبرأ بها من الضمان . | |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٢٤٠ - | اذا رجعت الهبة للواهب بإجازة او ارفاق قبل سنتين حوز الموهوب له انها تبطل الهبة اذا حصل مانع الحوز من جهة الواهب او مرضه المتصل بالموت او الذين المحيط بماله . اما اذا رجعت بعد سنة من الحوز فلا تبطل . |
| ١٢٤١ - | اذا حاز الموهوب له دار الواهب فاضافه فيها فمات او مرض هذا حتى مات او اختفى عليه حتى مات لا تبطل الهبة ولو وقع ذلك قبل مضي سنة من الحوز . |
| ١٢٤٢ - | هبة احد الزوجين للآخر شيئا من متاع البيت ( وهو الفرش والاواني والحيوان والثياب ) يغني عن حيازتها اشهاد الواهب على الهبة فاذا حصل للواهب مانع الحوز وهو في حوزه لا تبطل الهبة . |
| ١٢٤٣ - تصح هبة الزوجة لزوجها داره وهي ساكنة فيها مع الزوج | هبة احد الزوجين للآخر شيئا من غير متاع البيت يلزم فيها الحوز : فاذا وهبت الزوجة دار سكناها لزوجها واشهدت بذلك تصح الهبة ولو استمرت ساكنة فيها حتى مماتت لحوزه لها باسكانها فيها . |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٢٤٤ ـ لا تصح هبة الرجل لزوجته دارا وهما فيها ساكنان. | اذا وهب الزوج لزوجته دار سكناه واستمر ساكنا فيها حتى مات تبطل وان اشهد بها وكانت ساكنة معه. |
| ١٢٤٥ ـ لا تصح هبة الزوجين لاجنبي شهيا دارا مشغولة بسكناهما او سكنى احدهما. | |
| ١٢٤٦ ـ هبة المقر من الزوج للبت صحيحة (١) | |
| (١) هندية عن السراجية ص ٤٠٣ ج ٤ | |
| ١٢٤٧ ـ هبة المرأة مهرها لابيها صحيحة ان سلطته على قبضه. | |
| ١٢٤٨ ـ اذا ابرأت المرأة مهرها لزوجها على ان يجعل امر كل امرأة تزوجها عليها بيده صحت البراءة لانها من قبل هبة الدين، فاذا قبل ان يجعل الامر بيدها برئ من المهر وان لم يجعل الامر بيدها عاد المهر (١) | |
| (١) هندية عن التوشيح والخلاصة ص ٣٩٧ ج ٤ | |

## المذهب الحنفي

١٢٤٩ – اذا قالت المرأة لزوجها تركت مهري عليك ان جعلت امري بيدي ففعل ذلك فالمهر على حاله ما لم تطلق نفسها لانها جعلت المهر عوضا عن الامر باليد وهو لا يصلح عوضا (١)

(١) هندية عن الغرائب ص ٣٩٧ ج ١

## المذهب المالكي

١٢٥٠ – اذا اذنت المرأة الزوج بان يجعل وليسة تزفاف ويقتص نفقتها من المهر صح ذلك .

١٢٥١ – هيئة من له ولاية على الطفل الطفل تتم بالايجاب ويثوب قبض الواهب عن قبض الموهوب له سواء كان الواهب ابا او اما او غيرهما ممن يعوله عند عدم الاب بشرط كون الموهوب معلوما معينا محوزا وكونه في يد الواهب او في يد مودعه او مستعيره لا في يد مرتهنه او غاصبه .

هبة الولي سواء اكان ابا اووصيا او مقدم قاضي لمحجوره كقبوضها الاشهاد : ولا يشترط خروجها من يد الولي الواهب ولا صرف غلتها للمحجور : ويعتبر حوز الولي حوزا للمحجور الا في شيئين :

اولا – ما لا يعرف بمثله كالمنازل والدار من دور يلزم لصحة هبتها خروجها من يد الساكن الواهب قبل حصول المانع .

ثانيا – دار السكنى يلزم لتمام صحة هبتها معاينة البينة انتقالها من سكناه بها وانتقاله فان استمر ساكنا بها حتى مات قبل وان سكن الاقل واخلى الاكثر تصح الهبة في الجميع . وان سكن النصف واخلى النصف من شواغله تصح الهبة في النصف الذي اخلاه .

## المذهب المالكي

## المذهب الحنفي

١٢٥٢ – اذا وهب الاب لابنه الصغير دارا مشغولة بامتعة الواهب تلزمه تسليمها.

١٢٥٣ – او وهب الاب لابنه الصغير دارا ثم اشترى بها اخرى دارا فهذه الدار الثانية للصغير.

١٢٥٤ – اذا اشهد الطائر بما وهب لمحجوره وبقي في حوزه يلزم المحجور اذا بلغ رشيدا ان يحوز لنفسه فان لم يحز بعد رشده حتى هلك مانع الحوز تبطل الهبة.

١٢٥٥ – اذا وهب لمحجوره دورا متعددة في صفقة واحدة كان حكمها حكم الدار الواحدة في السكنى.

واذا وهبها في عقود متعددة اعتبر كل عقد مستقلا عن غيره فيبطل ما استمر على سكناه سواء كان الاقل او الاكثر.

١٢٥٦ – اذا وهب لمحجوره واستثنى من هبته ثلث الغلة او ثلث المساكن مدة حياته تصح الهبة ويرجع الثلث بالهبة بعد الموت.

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٢٥٧ ـ اذا اشترى الطاير المحبوره شيئا وقال اشتريت هذا له صار ملكا له | اذا اشترى الطاير المحبوره بمال نعم ان المحبوره ولا يه وف المحبوره مال او اشترى شيئا ولم يذكر انه من مال المحجور يصح مسا اشتراه المحجور ولو بقي الطاير يعتبره الفسد حتى مات . |
| ١٢٥٨ ـ اذا وهب الجنبي هبة الصبي صار لكل من هو في حجرة قبضها . والصبي اذا كان مميزا فقبضه معتبر وان مع وجود الاب . | ما وهب للمحجور يجوز له وليه : جاز المحجور لنفسه مع حوزه وثبات الرشد |
| ١٢٥٩ ـ اذا غاب من لصق قبض الهبة على الصغير غيبة منقطعة صار لمن يليه في الولايه عليه قبضها : وولي الصغير ابوه او وصي ابيه ثم جده ثم وصي جده ثم وصي وصيه ثم القاضي ومن نصبه القاضي سواء كان الصغير في عيال واحد منهم او لم يكن | اذا قدم الواهب من يحوز للمسوهب له يصح ذلك للغائب لا للحاضر |
| ١٢٦٠ زوج المراة الصغيرة يملك بعد زفافها قبض ما وهب لها وان مع حضور ابيها وليس له ذلك قبل زفافها ولا بعد بلوغها | |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٢٦١ قبول الملتقط الهبة على اللقيط وقبضها في حقه اذا كان صغيرا في يد الملتقط صحيحان | |
| ١٢٦٢ اذا وهب احد لابنه الكبير العاقل البالغ شيئا يلزم التسليم | اذا وهب دار سكناه لولده الرشيد واستمر ساكنا بها الى أن مات فان سكن اقلها وحاز الرشيد اكثرها تصح الهبة في الجميع وان سكن الاكثر تبطل الهبة فيما سكنه وتصح فيما حازه الرشيد ولو قل |
| ١٢٦٣ ـ العوض عن الهبة نوعان متاخر عن العقد ومشروط في العقد . فالتعويض المتاخر عن العقد معتبر هبة مبتدأة يصح بما تصح به الهبة ويبطل بما تبطل به الهبة ولا يخالفها إلا في اسقاط الرجوع بحيث انه يثبت حق الرجوع في الاولى ولا يثبت في الثانية ولا يخالفها فيما عدا ذلك من الاحكام ويشترط لجواز التعويض وصيرورة الثاني عوضا ثلاثة شروط : الاول ـ مقابلة العوض بالهبة صراحة كقوله هذا عوض عن هبتك . الثاني ـ ان لا يكون العوض في العقد معاوكا بذلك العقد فلا يصح التعويض ببعض الموهوب . الثالث ـ سلامة العوض للواهب فان لم يسلم بان استحق من يده لم يكن عوضا وله ان يرجع في الهبة ان كان الموهوب | |

المذهب الحنفي | المذهب المالكي

قائما بعينه لم يهلك ولم يحدث فيه ما يمنع الرجوع. واذا استحق بعض العوض فما بقي فهو عوض عن الهبة.

واما التعويض المشروط في العقد فان كانت الهبة بشرط العوض فانه يشترط له شروط الهبة في الابتداء فلا يصح في المشاع الذي يحتمل القسمة ولا يثبت بها الملك قبل القبض ولكل واحد منهما ان يمتنع من التسليم وبعد التقابض يثبت لها حكم البيع فلا يكون لهما الرجوع ويثبت بها الشفعة والرد بالعيب.

١٢٦٤ - لا يجوز للاب ان يعوض عما وهب لابنه الصغير من مال الصغير.

## الفصل الثالث

### في هبة المريض وصدقته

١٢٦٥ هبة المقعد والمفلوج والمشلول تنفذ من كل ماله اذا تطاول ما به سنة ولم يخش موته منه فان لم تطل مدته وخيف موته بان كان يزداد ما به يوما فيوما يعتبر تصرفه من الثلث فاذا وهب لاحد ورثته ولم يجز الباقون الهبة بطلت واذا وهب لغير الوارث فان كان الموهوب الثلث فاقل صحت الهبة وان كان اكثر من الثلث فان اجازها الورثة صحت في الكل والا بطلت فيما زاد على الثلث.

اذا وهب المريض مرضا مخوفا ومات من مرضه تعتبر هبته وصية يصح منها ما احمله الثلث ان كانت لغير وارث والا توقفت على اجازة الورثة واذا أجازوها تعتبر ابتداء عطية فتفتقر للحوز.

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٢٦٦ ـ اذا وهب من لا وارث له جميع امواله لاحد في مرض موته وسلمها تصح الهبة وليس لامين بيت المال التدخل في تركته . | |
| ١٢٦٧ ـ اذا وهب وسلم كل من الزوج والزوجة جميع ماله لصاحبه في مرض موته ولم يكن له وارث سواه تصح الهبة . | |
| ١٢٦٨ المرض الذي يبرأ منه المريض ملحق بالصحة . | اذا وهب المريض ولم يمت وصح من مرضه صحة بينة ثم مات تصح الهبة وتنفذ ان حزت قبل المانع سواء كانت لوارث او لاجنبي |
| ١٢٦٩ مرض الموت هو الذي يغلب منه الموت سواء لازم صاحبه الفراش اولا | المرض المخوف هو الذي يكثر منه الموت غالبا والمرجع في ذلك للاطباء |
| ١٢٧٠ ـ | الامراض المخوفة التطاولة كالسل اذا وهب فيها فان مات المريض بالقرب من هبته كالاشهر اليسيرة اعتبرت الهبة وصية وجرى عليها حكمها وان بعد ما بينهما تصح اذا وقع الحوز |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٢٧١ - | المرض غير المخوف اذا اعقبه الموت يعتبر مخوفا (١) |

(١) فتوى ابن عرفة

## الفصل الرابع

## في ارتجاع الواهب والمتصدق في عطيته

| | |
| --- | --- |
| ١٢٧٢ - اذا اشترط الواهب او المتصدق الرجوع في هبته او صدقته او اشترط ردهما فالهبة صحيحة والشرط باطل | اذا اشترط الواهب او المتصدق انه يرجع في هبته او صدقته ان شاء وهو المعبر عنه بالاعتصار يعمل بشرطه اذا لم يوجد مانع من موانع الاعتصار الآتية |
| ١٢٧٣ - لا يصح الرجوع عن الصدقة بعد القبض بوجه من الوجوه . | اذا لم يشترط الواهب او المتصدق الاعتصار فليس له الاعتصار في الصدقة وله الاعتصار في هبته لولده لصلبه خاصة اذا لم يحصل مانع من موانع الاعتصار . |
| ١٢٧٤ - يصح الرجوع في الهبة كلا او بعضا ولو اسقط الواهب حقه ما لم يمنع مانع من موانع الرجوع . | |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٢٧٥ - | الام مثل الاب في الاعتصار فيما تهبه لولدها الكبير واولادها الصغير اذا كان غير يتيم وقت الهبة ولو تيتم بعدها. امّا اوهبته لولدها اليتيم حال الهبة فليس لها اعتصاره . |
| ١٢٧٦ - | ليس لغير الابوين حق الاعتصار إلّا اذا اشترطه . |
| ١٢٧٧ - لا يصح الرجوع في الهبة إلّا بالالفاظ الدالة عليه وهي رجعت في هبتي او ارتجعتها اوردتها الى ملكي اوابطلتها او نقضتها فان لم يتلفظ بذلك وباع العين الموهوبة او رهنها او صبغ الثوب اوخلط الطعام بطعام نفسه ولم يكن ذلك رجوعا . | لا يقع الاعتصار إلّا بما يدل على ارتجاع العطية دلالة لا احتمال فيها . |
| ١٢٧٨ - موانع الرجوع في الهبة سبعة احدها - هلاك العين الموهوبة او استهلاكها في يد الموهوب له؛ فلو هلك البعض او استهلك كان للواهب الرجوع فيما بقي<br>الثاني - خروج العين الموهوبة عن ملك الموهوب له خروجا كليا؛ فلو خرج البعض كان للواهب الرجوع في الباقي | موانع الاعتصار اربعة<br>اولا - فوات الهبة عند الموهوب له باستهلاك عينها وانتقالها عن ملكه بعوض او بدونه<br>ثانيا - تغير الهبة بزيادة او نقص ولا عبرة بتغير القيمة<br>ثالثا - تزوج الموهوب له او استدانته بعد الهبة ؛ فان وهب له وهو متزوج او |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| الثالث – الزيادة في العين الموهوبة زيادة منفصلة توجب الزيادة في قيمتها ولا عبرة بزيادة السعر فقط. ولا بالزيادة المنفصلة سواء تولدت من العين الموهوبة او لا | مدين لم يمنع ذلك من الاعتصار<br>رابعاً – مرض الواهب او الموهوب له الواقع بعد الهبة. اما المرض السابق للهبة فلا يمنع الاعتصار |
| الرابع – الزوجية فلو وهب احد الزوجين للآخر شيئاً فلا رجوع له فيه سواء وقعت الهبة قبل الزفاف او بعده وسواء وقعت الفرقة بعد الهبة او لا ؛ واذا وقعت الهبة قبل عقد النكاح ثم طرأت الزوجية كان للواهب ان يرجع في الهبة | |
| الخامس – موت الواهب او الموهوب له بعد قبض الهبة | |
| السادس – العوض المضاف من الموهوب له عن الهبة اذا قبضه الواهب بشروطه المقررة بالمادة (١٢٦٣) | |
| السابع – القرابة المحرمية سواء كان القريب مسلماً او كافراً اذا كان القريب محرماً ذا رحم : فان كان ذا رحم غير محرم او محرماً غير ذي رحم او صهراً كان للواهب الرجوع. | |



زوال المرض وتغير الذات يعود معه الاعتصار.

اما زوال الزوج او الدين فلا يعود معه الاعتصار.

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
|---|---|
| ١٢٨٠ ـ لا يصح الرجوع في الهبة بعد قبضها الا بتراضي العاقدين او بحكم الحاكم. فاذا رجع الواهب باحدهما كان رجوعه ابطالا لاثر العقد في المستقبل واعادة للملك.<br>فلو اخذ الواهب العين الموهوبة قبل القضاء او الرضا فهلكت او استهلكت ضمن قيمتها للموهوب له. | |

## الفصل الخامس

### في العمرى

| | |
|---|---|
| ١٢٨١ ـ العمري جائزة للمعمر له ولورثته من بعده وهي جعل نحو داره للمعمر له مدة عمره بشرط ان يردها على المعمر او على ورثته اذا مات المعمر له او المعمر ونحوه قوله اعمرتك داري هذه حياتك او وهبتك هذه العين حياتك فاذا مت فهي لورثتي فتصح ويبطل شرط الرد على المعمر او ورثته. | العمرى كالهبة في جميع الاحكام حتى الاعتصار غير انها اذا انقضت مدة الاعمار ترجع للمعطي ان كان حيا ولورثته ان كان ميتا. |
| ١٢٨٢ ـ | المعتبر في الوارث الوارث يوم موت المعطي لا وقت رجوعها؛ فاذا مات عن اخ مسلم وابن كافر واسلم الابن قبل انقضاء مدة العمرى ترجع العمرى بعد انقضاء مدتها للاخ المسلم دون الابن. |

# الباب

## في الوقف وفيه فصول

### الفصل الاول

### في معنى الوقف واركانه وشروطه

١٢٨٣ ـ الوقف حبس العين على حكم | الوقف اعطاء منفعة لمن يستوفي
ملك الله تعالى على وجه تعود منفعته الى العباد . | منافعه على التأبيد .

١٢٨٤ ـ ينعقد التحبيس بالالفاظ الخاصة كحبست ووقفت وارضي صدقة موقوفة مؤبدة على المساكين او على وجه الخير او البر. فيلزم بمجرد القول كالاعتاق ولا يشترط فيه الحوز ولا القبول، وانما يشترط فيه التأبيد بلفظ من مادته كأبدت او صدقة مؤبدة او بما يدل عليه كحبست ووقفت فلو وقته بمدة معينة فان لم يشترط بطلان الوقف بانقضائها انعقد الوقف مؤبدا ورجع بعد انقضائها الى الفقراء وان اشترط بطلانه بانقضائها بطل الوقف . ولو وقف على معين بالذات فانه يصح ويرجع بعد موت المحبس عليه الى الفقراء ان لم يشترط المحبس رجوعه اليه او الى ورثته او بطلانه بعد موت المحبس عليه وإلا فالوقف باطل .

ينعقد التحبيس بالتعبير بحبست ووقفت او تصدقت لكن التعبير بحبست ووقفت يحمل على التأبيد إلا اذا قيد بأجل معين كعشر سنين او بحياة الموقوف عليه فيكون عمري يرجع للواقف ان كان حيا ولورثته ان كان ميتا عند انتهاء الاجل او الحياة .

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٢٨٥ ـ يزول ملك الواقف عن المسجد والمصلي بالفعل - وهو صلاة الناس فيه - اجماعا كما يزول بقول الواقف جعلته مسجدا . | يقوم مقام التلفظ بالتحبيس ما يدل عرفا عليه كما اذا بنى مسجدا واذن للناس بالصلاة فيه . |
| ١٢٨٦ ـ يشترط في الوقف شروط منها العقل فلا يصح وقف المجنون ومنها البلوغ فلا يصح وقف الصبي . ولا يشترط فيه الاسلام فلو وقف الذمي على ولده ونسله وجعل آخره الى المساكين جاز ويفرق على مساكين المسلمين واهل الذمة وان خصص مساكين اهل الذمة جاز ايضا وعمل شرطه؛ وان بنى مسجدا للمسلمين واذن لهم بالصلاة فيه فصلوا فيه ثم مات يصير ميراثا لورثته ولا يشترط فيه الرشد حتى لو وقف المحجور عليه بالسفه على نفسه ثم على جهة لا تنقطع صح ذلك . | يشترط في الواقف البلوغ والرشد والطوع ويزاد الاسلام في القرب الدينية كالمساجد اما المنافع الدينوية كبناء القناطر فيصح وقف الكافر عليها . |
| ١٢٨٧ ـ يلزم ان يكون الواقف مالكا للموقوف وقت الوقف حتى لو غصب ارضا فوقفها ثم اشتراها من مالكها او صالحه على مال لا تكون وقفا. ولا يلزم عدم تعلق حق الغير بالعين الموقوفة كالرهن والاجارة فيصح وقف المأجور مدة الاجارة كما يصح وقف المرهون ولا يبطل بذلك عقد الاجارة كما لا تخرج العين المرهونة من الرهن بوقوع تحبيسها . | يلزم ان يكون الواقف مالكا للموقوف ولو باجرة فيصح وقف المأجور مدة الاجارة ويصح وقف الخلو . |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٢٨٨ - يصح وقف الفضولي اذا اجازه المالك . | لا يصح وقف الفضولي ولو اجازه المالك (١) |
| | (١) زرقاني وقبله البناني والرهوني . |
| ١٢٨٩ - يلزم لصحة الوقف عدم جهالة الموقوف فلو وقف من ارضه طائفة ولم يعينها كان الوقف باطلا بخلاف ما اذا حبس حصته من هذه الارض او الدار ولم يعين السهام فان ذلك صحيح . | |
| ١٢٩٠ - يلزم عدم جهالة الموقوف عليه فلو وقف على زيد او على عمرو ثم على المساكين او وقف على الفقراء او على قرابته فالوقف باطل . | |
| ١٢٩١ - | يلزم لنفوذ التحبيس الاشهاد عليه وإلّا بطل فلو كتب الواقف التحبيس بنفسه ولم يشهد عليه لا ينفذ شيء اذ قد يكتب وهو غير عازم عليه . |

## المذهب الحنفي

١٢٩٢ ـ كما يصح تحبيس العقار
ولا كذلك يصح تحبيس المنقول تبعا
ار كالأرض بما فيها من الحيوانات و الآلات
حية والدار باثاثها . ويصح تحبيس
قول قصدا اذا كان فيه تعامل كالفاس
ندوم والدراهم والدنانير والمكيل
الموزون والقدور والجنازة وثيابها
لمصاحف والكتب العلمية .

## المذهب المالكي

الموقوف هو ما ينتفع به يستوي في
ذلك العقار المملوك رقبته او منفعته والحيوان
والثياب واداوات المنزل استقلالا اوبطريق
التبع لتحبيس العقار والكتب العلمية والمثلي
من الطعام والنقود ان ن تحبيسه للسلف
ليستقرضه المحتاج ثم يرد عوضه .

١٢٩٣ ـ اذا بنى انسان بارض ثم
وقفه فان كان الوقف في البناء مع الارض
فذلك صحيح بالاجماع وان كان الوقف في
البناء فقط فلا يخلو اما ان تكون الارض
موقوفة او مملوكة .
فان كانت موقوفة فوقف البناء قصدا
صحيح سواء اتحد الواقف والجهة
الموقوف عليها ( بان كان واقف البناء هو
واقف الارض والجهة الموقوف عليها البناء
هي الجهة الموقوفة عليها الارض ) او
اختلف ( بان كان الواقف للارض غير
الواقف للبناء وكانت الارض في تصرف
واقف البناء بوجه الحكر ـ الانزال ـ
ووقف البناء على غير الجهة الموقوفة
عليها الارض )
وان كانت الارض مملوكة فان كانت
محتكرة ـ مستنزلة ـ فوقف ما احدث
عليها من البناء صحيح والا فلا .

٢٢٩٤ ـ اذا غرس شجرا بارض وقفها مع الارض يصح باجماع ؛ فان وقف الشجر وحدها فان كانت الارض موقوفة ولو من غير الواقف صح وقف الشجر قصدا وان كانت غير موقوفة فان كانت محتكرة ـ مستنزلة ـ فوقف الشجر صحيح والا فلا . وان وقف الارض واستثنى الشجر فالوقف غير صحيح .

١٢٩٥ ـ يصح وقف الخلو كحوانيت الاسواق التي يدفع اربابها اجارة معينة عن ارضها ويتصرفون فيها بانواع التصرف بدون تعرض لهم من مستغلي اجرتها .

١٢٩٦ ـ لا يصح وقف الكر دار .

١٢٩٧ ـ لا يصح وقف النصبة والمفتاح وهما المعبر عنهما بالكدك في حوانيت الاوقاف ونحوها من رفوف مركبة في الحانوت واغلاق على وجه القرار

١٢٩٨ ـ لا يدخل الزرع في وقف الارض بدون تنصيص عليه في الوقف .

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ٢٢٩٤ - اذا غرس شجرا بارض ووقفه مع الارض يصح باجماع ؛ فان وقف الشجر وحده فان كانت الارض موقوفة ولو من غير الواقف صح وقف الشجر قصدا وان كانت غير موقوفة فان كانت محتكرة - مستنزلة - فوقف الشجر صحيح والا فلا . وان وقف الارض واستثنى الشجر فالوقف غير صحيح . | |
| ١٢٩٥ - يصح وقف الخلو كحوانيت الاسواق التي يدفع اربابها اجارة معينة عن ارضها ويتصرفون فيها بانواع التصرف بدون تعرض لهم من مستغلي اجرتها . | |
| ١٢٩٦ - لا يصح وقف الكردار . | |
| ١٢٩٧ - لا يصح وقف النصبة والمفتاح وهما المعبر عنهما بالكدك في حوانيت الاوقاف ونحوها من رفوف مركبة في الحانوت واغلاق على وجه القرار | |
| ١٢٩٨ - لا يدخل الزرع في وقف الارض بدون تنصيص عليه في الوقف . | |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| | ١٢٩٩ ـ اذا كان لشخص بناء في ارض موقوفة محتكرة ـ مستنزلة ـ له وتهدم ذلك البناء فله اعادته ( كما كان له حق ابقائه ) وليس لناظر الوقف ولا لمستحقيه حق التعرض له في ذلك ما دام قائما بدفع اجرة الحكر ـ الانزال ـ على ما عليه العمل |
| ١٣٠٠ ـ يلزم ان يكون الوقف منجزا فلا يصح الوقف المعلق إلّا اذا كان المعلق عليه كائنا موجودا في الحال كقوله ان كانت هذه الدار في ملكي فهي وقف فان هذا الوقف يصح اذا كانت الدار في ملكه في ذلك الحين. | يصح وقف المملوك ولو بالتعليق كإن ملكت دار فلان فهي وقف. |
| ١٣٠١ ـ يصح وقف المشاع فيما يقبل القسمة وفيما لا يقبلها. فلو وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذي يقاسم شريكه في حياته ويباشر القسمة وصيه بعد وفاته ولو على ملكه عقار وقف نصفه ثم اراد القسمة فان القاضي ينصب مقدما يباشر القسمة في حق الوقف. | يصح وقف المشاع الذي يقبل القسمة ويجبر عليها الواقف ان ارادها الشريك ويصح فيما لا يقبل القسمة ويجبر الواقف على البيع ان اراده الشريك ويجعل ثمنه في مثله. |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٢٩٩ - اذا كان لشخص بناء في ارض موقوفة محتكرة - مستنزلة - له وتهدم ذلك البناء فله اعادته ( كما كان له حق ابقائه ) وليس لناظر الوقف ولا لمستحقيه حق التعرض له في ذلك ما دام قائما بدفع اجرة الحكر - الانزال - على ما عليه العمل | |
| ١٣٠٠ - يلزم ان يكون الوقف منجزا فلا يصح الوقف المعلق إلّا اذا كان المعلق عليه كائنا موجودا في الحال كقوله ان كانت هذه الدار في ملكي فهي وقف فان هذا الوقف يصح اذا كانت الدار في ملكه في ذلك الحين. | يصح وقف المملوك ولو بالتعليق كإن ملكت دار فلان فهي وقف. |
| ١٣٠١ - يصح وقف المشاع فيما يقبل القسمة وفيما لا يقبلها فلو وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذي يقاسم شريكه في حياته ويباشر القسمة وصيه بعد وفاته ولو على ملكه عقار وقف نصفه ثم اراد القسمة فان القاضي ينصب مقدما يباشر القسمة في حق الوقف. | يصح وقف المشاع الذي يقبل القسمة ويجبر عليها الواقف ان ارادها الشريك ويصح فيما لا يقبل القسمة ويجبر الواقف على البيع ان ارادة الشريك ويجعل ثمنه في مثله. |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٣٠٢ ـ الوقف على ثلاثة اوجه<br>اما للفقراء فقط<br>واما للاغنياء ثم الفقراء<br>واما ان يستوي في الانتفاع فيه<br>فريقان كالمساجد والقناطر والمدارس<br>المستشفيات والمقابر والسقايات. | المحبس عليه كل من يصح له ان<br>يملك او يملك الناس الانتفاع به كالمساجد<br>والقناطر والمدارس والمستشفيات. |
| ١٣٠٣ ـ يلزم الوقف بمجرد الصيغة<br>من غير توقف على قبول ولا حوز كما<br>تقدم بالملة (٢) | لا يلزم قبول المحبس عليه للوقف عليه<br>إلا اذا كان معينا وكان اهلا للقبول والرد<br>يلزم حينئذ قبوله لاختصاصه به فاذا رد<br>المعين الاهل الحبس يرجع للفقراء حبسا<br>يفرق عليهم ريعه |
| ١٣٠٤ ـ | يقوم مقام القبول قبض الموقوف عليه<br>الوقف والتصرف فيه (١) |
| | (١) تسولي وهو يرد كلام عطوم<br>في رسالة له |
| ١٣٠٥ ـ | اذا حبس على شخص فلم يقل الشخص<br>قبلت وترك ذلك زمانا ثم قام واراد قبض<br>ذلك وحيازته فله ذلك حيث لم يكن<br>ثم مانع من موت او مرض او دين محيط<br>واذا طال غلة ذلك حلف انه لم يسكت<br>على وجه الترك ورجع بها(١) |
| | (١) تسولي ص ٣٦٧ . |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٣٠٦ - | يقبل للمحجور ناظرا من وصي ومقدم وليس للوصي ان يرد ما وقف على محجورا فان ردا لم يصح ردا (١) |
| | (١) تسولي ص ٣٦٨ |
| ١٣٠٧ - يشترط لصحة الوقف ان يكون قربة في ذاته فلا يصح الوقف على البيعة او الكنيسة | يبطل الحبس على معصية بخلاف المكروه فيمضي |
| ١٣٠٨ - اذا حبس على من سيحدث له من الولد وليس له ولد يصح هذا الوقف ويلزم؛ فاذا ادركت الغلة تقسم على الفقراء فان حدث له ولد بعد القسمة تصرف الغلة التي توجد بعد ذلك الى هذا الولد ما بقي هذا الولد فان لم يبق له ولد صرفت الغلة الى الفقراء (١) | الوقف إصالة على من سيولد صحيح غير لازم فاذا وجد الولد تم الوقف واذا مات الاب قبل ان يولد له يبطل الحبس ويصير ميراثا واذا لم يمت الاب ولم يؤيس له من الولد فللاب ان يبيع ما حبسه |
| (١) هندية عن الخانية ص ٣٧١ ج ٣ | |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٣٠٩ - يتبع شرط الواقف ولا تجوز مخالفته إلّا في ثمانية امور :<br>احدها اذا شرط عدم الاستبدال وكان في الاستبدال مصلحة جلية .<br>الثاني اذا شرط عدم عزل الناظر فللقاضي عزل غير الاهل .<br>الثالث اذا شرط عدم الاجارة لاكثر من سنة والناس لا يرغبون إلّا في اكثر وفي الزيادة نفع .<br>الرابع اذا شرط ان يقرأ على قبره فالتعيين غير لازم وتجوز القراءة بجهة اخرى .<br>الخامس اذا شرط ان يتصدق بفاضل الغلة على من يسأل في مسجد كذا فيجوز ان يتصدق على من يسأل في مسجد آخر وفي غير المسجد على من لا يسأل .<br>السادس اذا شرط للمستحقين طعاما معينا يوزع عليهم كل يوم فانه يجوز دفع قيمته اليهم .<br>السابع اذا شرط للامام جراية معينة وصارت غير كافية يعطى ما يكفيه اذا كان عالما تقيا .<br>الثامن اذا شرط ان لا يشرف على الناظر احد وراى الحاكم ضم مشرف اليه . | يلزم اتباع شرط الواقف اذا كان غير ممنوع ولا تجوز مخالفته كجعله البيع لمن يحتاج من المحبس عليهم فيعمل بشرطه ويلزم قبل البيع اثبات الحاجة والحلف عليها إلّا ان يشترط الواقف انه يصدق بلا يمين |

## المذهب الحنفي

١٣١٠ ـ اذا شرط الواقف لنفسه او لغيره بيع الوقف فان اطلق هذا الشرط و قيده بان يبيع لينتفع بثمنه في حوائجه او قضاء ديونه مثلا ان احتاج اليه فالوقف باطل (١)

وان شرط ان يبيع عقار الوقف ليستبدل بما هو اعود على الجهة الموقوف عليها بالنفع جاز ذلك . ولا يملك تنفيذ هذا الشرط إلّا مرة واحدة بحيث انه اذا باع عقار الوقف بمقتضى الشرط واشترى بثمنه عقارا آخر صار هذا العقار الثاني وقفا عوضا عن الاول بجميع الشروط المقررة بصك التحبيس من غير احتياج الى اعادة التحبيس مرة اخرى ولكن ليس له ان يبيع هذا العقار الثاني ليعوضه بغيره إلّا ان يذكر في شرطه عبارة تفيد التكرار دائما .

(١) ومن الائمة من يرى ان الوقف صحيح والشرط باطل وقد وقع القضاء بكل من القولين .

## المذهب المالكي

اذا لحق المحبس عليه المجعول له البيع للحاجة دين كان للغرماء بيع الحبس لاجل شرط البيع عند الحاجة .

١٣١١ ـ للواقف ان يشترط لنفسه الادخال والاخراج والتبديل والتغيير والزيادة والتنقيص ولا يملك ذلك الامرة واحدة إلّا اذا ذكر عبارة تفيد التكرار دائما .

١٣١٢ ـ اذا شرط الواقف الاستبدال للناظر ولم يشرطه لنفسه كان له ان يستبدل بنفسه .

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٣١٣ - | اذا باع المحبس عليهم الوقف لاحتياجهم وجعل الواقف لهم البيع للحاجة يكون الثمن بينهم ولا يرجع ميراثا عن الواقف ومن مات منهم قبل ان يحتاج سقط حقه ومن بقي حيا من غير المحبس عليهم من ورثة الواقف لا شيء له من الثمن . |
| ١٣١٤ - يشترط لصحة الوقف ان لا يلتحق به خيار شرط سواء كان معلوما او مجهولا فلو وقف على انه بالخيار لم يصح كما انه لا ينقلب صحيحا بقوله ابطلت الخيار (١) | اذا اشترط الواقف الخيار في التحبيس يثبت الوقف ويبطل الشرط (١) |
| (١) هذا مذهب الامام محمد ويصح شرط الخيار للواقف ثلاثة ايام عند ابي يوسف من الدر ج٣ | (١) اللباب ص - ٢٣٧ ص - ٣٥٦ هندية ج٣ - وص - ٤٩٨ |
| ١٣١٥ - اذا حبس دارا على رجل واشترط غلتها له ومؤونتها عليه يصح الوقف مع هذا الشرط ويصرف على عمارتها من غلتها (١) | اذا حبس دارا على رجل واشترط ان عليه بناء ما رث منها من ماله يمضي الحبس ويسقط الشرط وتبنى من غلتها . |
| (١) رد المحتار ص - ٥١٨ ج٣ | |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٣١٦ يدفع ما على الوقف من المغارم من غلته قبل الدفع للمستحقين . | اذا كان على الارض مغرم وشرط الواقف ان المغرم على الموقوف عليه يلغى الشرط ويصح الوقف ويكون المغرم من الغلة . |
| ١٣١٧ ـ يبدأ من غلة الوقف بعمارته قبل الصرف الى المستحقين حتى يبقى على ما كان عليه . | اذا شرط عدم البدء باصلاح الوقف لا يتبع شرطه ويبدأ بالاصلاح لتبقى عينه . |
| ١٣١٨ ـ اذا وقف عقارا وشرط الكل او البعض لنفسه ما دام حيا وبعده للفقراء فالوقف صحيح ويعمل بشرطه وكذا لو اشترط ان يقضى دينه من غلته في حياته او قال ان مت وعلي دين بدىء من غلة الوقف بقضاء ذلك الدين وما فضل فعلى سبيله كان ذلك صحيحا ايضا . ومثل ذلك ما لو قال تجري علي غلتها ما عشت او شرط ان ينفق على نفسه وولده او ان يأكل ويؤكل ما دام حيا فالكل صحيح ويعمل فيه بشرطه . | اذا اشترط الواقف تسليم غلة الوقف له من ناظرة ليصرفها على مستحقيها عمل بشرطه واذا شرط اخذ الغلة من الناظر ليأكلها يلغى الشرط ويصح الوقف . |
| ١٣١٩ ـ اذا شرط ان ينفق على نفسه وولده وعياله من غلة الوقف فجاءت غلته فباعها وقبض الثمن ثم مات قبل ان ينفق ذاك كان ذلك ميراثا عنه ولم يكن لا نقل الوقف (١) | |

(١) هندية من فتح القدير ص ٣٩٩ ج ٣

## المذهب المالكي

## المذهب الحنفي

١٣٢٠ ـ وقف عقارا على رجل على ان يعطى كفايته في كل شهر وليس له عيال فصار له عيال يعطي له ولعياله كفايتهم

١٣٢١ ـ وقف ارضا على رجل على ان يقرضه دراهم صح الوقف ويبطل الشرط

١٣٢٢ ـ اذا كان الموقوف دارا فعمارتها على من استحق سكناها من ماله لا من الغلة ولو كان متعددا فان ابى مستحق السكنى او عجز عن العمارة آجرها الحاكم وعمرها باجرتها ثم ردها بعد التعمير الى من له السكنى فان كان بعض مستحقي السكنى غير ساكن فانها يلزمه التعمير مع الساكنين ولا يكون ترك حقه في السكنى سببا لسقوط حق الوقف في العمارة والا تؤجر حصته وكذا لو كان الكل ساكنين وابى بعضهم فان الابي تؤجر حصته ثم ترد اليه. ولا يزاد في العمارة على الحالة التي وقفها عليها او اقف الا برضا من له السكن

اذا كان الموقوف دارا سكنها الموقوف عليه واحتاجت للاصلاح يؤمر الساكن بالاصلاح للاستمرار على السكنى فان ابى اخرج لتكرى للاصلاح بمال الكراء فاذا اصلحت وانقضت مدة الكراء يرجع الوقوف عليه اليها.

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
|---|---|
| ٢٣٢٣ - من له السكنى لا يملك الاستغلال بلا خلاف ومن له الاستغلال يملك السكنى على الراجح فلو وقف انسان دارا واطلق الوقف فانه يحمل على الاستغلال وان قيده بالاستغلال او بالسكنى او بهما معا عمل بشرطه . | |
| ١٣٢٤ - لا تصح اجارة من له السكنى بدار الوقف وان انحصر فيه الاستحقاق وزادت الدار على قدر حاجته إلا اذا كان ناظرا وكذلك من له الاستغلال . | |

## الفصل الثاني

## في الوقف في المرض

| | |
|---|---|
| ١٣٢٥ - التحبيس في حال المرض المتصل بالموت يجري مجرى الوصية فينفذ في الثلث ولو كان على وارث سواء اجازه الورثة او ردوه فان لم يتحمله الثلث فان اجازه الورثة نفذ في الكل وان لم يجيزوا بطل فيما زاد على الثلث وان اجاز البعض ورد البعض جاز بقدر حصة المجيز وبطل في الباقي إلا ان يظهر للميت مال آخر يتحمل نفاذ الوقف في الكل . | التحبيس في المرض المخوف يجري مجرى الوصية فاذا كان على وارث وحده يبطل ان لم يجزه الورثة واذا كان على غير وارث باكثر من الثلث يبطل ما زاد على الثلث ان لم يجزه الورثة وينفذ ما حمله الثلث ولا يفتقر الى حيازة . |

## المذهب الحنفي

١٣٢٦ ـ اذا ابطل الحاكم الوقف في
ثين ثم ظهر للواقف مال يخرج كل
قف من الثلث فان كان الموقوف كله لم
ل قائما بعينه بيد الورثة يصير كله
فا وان خرج بان باع الوارث كل او
بعض الثلثين اللذين ابطل الحاكم وقفتيهما
ن بيعه لا ينقض ولكن يؤخذ منه قدر ما
باع ويشترى به عقار آخر يوقف عوض
ما باع فان بيع البعض وبقي البعض فما لم
يبع يعود وقفا وما بيع يشترى بقيمته عقار
يوقف مكانه (١)

(١) هندية عن المبسوط والذخيرة ص ٤٤١ ج ٣

## المذهب المالكي

١٣٢٧ ـ اذا حبس في المرض على وارث وغير وارث
ولم يذكر عقبا كقوله حبست على اولادي
واولادهم يبطل ما على الوارث ويصح ما
على غير الوارث فتقسم رقبة الوقف بين
الاولاد واولاد الاولاد فما ناب الاولاد
يكون ملكا لجميع الورثة يورث على الفرض
الشرعي وما ناب اولاد الاولاد يكون وقفا

## المذهب الحنفي

١٣٢٨ – اذا وقف المريض ارضه على ولده وولد ولده ونسله ابدا ما تناسلوا ومن بعدهم على المساكين او غيرهم من اوجه البر .

فأن كانت هذه الارض تخرج من الثلث صارت موقوفة تستغل ثم تقسم غلتها على جميع ورثته على سهام الميراث حتى انه اذا كانت له زوجة واولاد تعطى الزوجة الثمن وان كان له ابوان واولاد فالابوان يعطيان السدسين ويقسم الباقي بين اولاده للذكر مثل حظ الانثيين : وهذا اذا كان له اولاد صلبيون ولم يكن معهم اولاد الاولاد فان كان معهم اولاد الاولاد وباقي المسألة بحالها فان الغلة تقسم على عدد رؤس الاولاد الصلبيين وعلى عدد رؤس اولاد الاولاد فما اصاب اولاده لصلبه من ذلك قسم بين ورثته على فرائض الله تعالى وما اصاب اولاد الاولاد يقسم بينهم بالسوية فاذا انقرض اولاد الصلب قسمت الغلة على اولاد اولاده ونسله ولا يكون لزوجته ولا لابويه من ذلك شيء .

وان كانت الارض لا تخرج من الثلث فأن اجازت الورثة الوقف جاز وتكون الغلة بينهم بالسوية لايفضل الذكر على الانثى ولا يكون للابوين والزوجة من ذلك شيء وان لم يجز الورثة الوقف جاز من الثلث فيصير ثلث الرقبة وقفا وتقسم الغلة بين الورثة على فرائض الله تعالى (١)

(١) هندية عن الظهيرية والذخيرة ص ٥٥٢ ج ٢

## المذهب المالكي

اذا حبس في المرض على وارث وغير وارث وعقب وحمله الثلث يكون جميع ما حبسه وقفا لا يفتقر لحيازة لكن ما ينوب الوارث من الريع يدخل معه فيه غيره من الورثة ويقسم على الفرض الشرعي ولو اشترط الواقف تسوية الذكر بالانثى او عدم استحقاق الانثى ولا يتبع فيه شرطه المخالف للفرض الشرعي وما ناب غير الوارث يتبع فيه شرطه فاذا قال حبس على اولادي واولادهم واعقابهم وترك ثلاثة اولاد واربعة اولاد اولاد واما وزوجة يقسم ريع الوقف على عدد اولاد الواقف واولادهم فيكون لاولاد الواقف ثلاثة اسهم واولاد اولاده اربعة اسهم لكن اسهم اولاد الواقف الثلاثة يكون للزوجة منها الثمن وللام السدس وينتقض القسم بزيادة ولد اوموته فاذا مات واحد من اولاد الواقف الثلاثة تصير القسمة من ستة سهمين لولدي الواقف واربعة لاولاد اولاده ويكون للام من السهمين الراجعين لولدي الواقف السدس وللزوجة الثمن والباقي بعد ذلك من السهمين يقسم على ثلاثة اثنين منها لولدي الواقف الحيين وواحد لورثة ولده الميت يقسم بينهم على الفرض الشرعي .

فاذا مات اولاد الواقف كلهم رجع الوقف جميعه لاولاد اولاد الواقف وينقطع استحقاق الام والزوجة .

ومتى بقي ولو واحد من اولاد الواقف وماتت الزوجة او الام يرجع منابه من ماتت منهما لورثتها فان لم يكن لهما وارث فلبيت المال حتى ينقرض اولاد

المذهب المالكي

الواقف كلهم فيرجع جميع الوقف لاولاد الاولاد ويبطل استحقاق الام والزوجة

واذا مات واحد من اولاد اولاد الواقف الاربعة ولم يعقب وبقي اولاد الواقف الثلاثة يقسم الوقف على ستة اسهم لاولاد الواقف ثلاثة اسهم ولاولاد اولاد الواقف ثلاثة اسهم ويقسم مايتوب اولاد الواقف على جميع ورثته على الفرض الشرعي كما سلف وهكذا الامر .

فاذا مات اولاد اولاد الواقف كلهم ولم يعقبوا وبقي اولاد الواقف كلهم او بعضهم يرجع جميع الوقف لاولاد الواقف ويدخل معهم جميع ورثته فيقسم على الفرض الشرعي بينهم فاذا مات جميع اولاد الواقف يرجع الحبس لاقرب فقراء عصبة المحبس ولامراة او قدرت رجلا لكانت عاصبا .

المذهب الحنفي

١٣٢٩ — اذا وقف المريض ارضه على بعض ورثته دون البعض فان اجازوا جاز وان لم يجيزوا صارت الارض وقفا من الثلث وتكون الغلة للورثة على قدر مواريثهم ومن مات منهم فنصيبه لوارثه على وجه الارث فان مات الوارثون قسمت الغلة على مقتضى نص الواقف .

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
|---|---|
| ١٣٣٠ - اذا وقف أرضه في مرض موته واوصى بوصايا قسم ثلث ماله بين الوقف وبين سائر الوصايا يصرف لاهل الوصايا بوصاياهم ولاهل الوقف بقيمة هذه الارض فما اصاب اهل الوصايا اخذوه وما اصاب قيمة ارض الوقف اخرج من الارض بذلك المقدار فصار ذلك وقفا على من وقف عليهم ولا يكون الوقف المنفذ اولى. | |
| ١٣٣١ - اذا وقف ارضه في مرضه وهي تخرج من الثلث فتلف المال قبل موته وصارت لا تخرج من الثلث او تلف المال بعد موته قبل ان يصل الى الورثة فثلثها وقف وثلثاها للورثة. | |

## الفصل الثالث

## في حوز الوقف وكيفيته

| | |
|---|---|
| ١٣٣٢ - لا يتم الحبس في الصحة إلا بالحيازة قبل حصول موت الواقف ومرض موته والدين المحيط بماله. واذا مات الواقف قبل حوز الوقف يبطل الوقف ويصير ميراثا. | |

| المذهب المالكي | المذهب الحنفي |
| --- | --- |
| اذا كان للحبس غلة ولم يخرجه الواقف من يده وكان يفرق غلته على المحبس عليهم كل عام فحصل المانع من موت او مرض مخوف او دين مستغرق يبطل الحبس لعدم الحوز . | ١٣٣٣ - |
| اذا حبس الواقف اصلا له غلة واخرجه من يده ثم عاد اليه بعد ان حيز عنه قبل مضي عام من الحيازة فلحقه ينتفع بها الى ان حصل مانع من موت او دين مستغرق يبطل الحبس . وان عاد اليه بعد عام من الحيازة لم يبطل الحبس ولو كان على محجوره (١) | ١٣٣٤ - |

(١) شراح التحفة

| المذهب المالكي | المذهب الحنفي |
| --- | --- |
| اذا حبس من احاط الدين بماله فللغرماء ابطاله وبيعه في الدين وان حبس سبق الوقف للدين او تقدم حيازته له عن الدين لم يبطل الوقف اذا كان على اجنبي او ولد رشيد جاز كل منهما لنفسه اما اذا كان على محجوره فيبطل اذا حاز الاب له واراد الغرماء بيعه في الدين فان حاز للمحجور اجنبي لم يبطل الوقف إلا ان يتحقق سبق الدين . | ١٣٣٥ - وقف المدين الصحيح الذي احاط الدين بماله يصح واوقصد به المماطلة وهو لازم لا ينقضه ارباب الديون اذا كان قبل الحجر بالافلاس لانه لم يتعلق حقهم بالعين في حال صحته .<br>وينقض وقف المدين المريض اذا كان الدين محيطا بماله وباع في الدين . |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٣٣٦ - يشترط في الوقف ان يكون منجزا غير معلق فلو قال ان كانت هذه الدار في ملكي فهي حبس فان كانت في ملكه وقت التكلم صح الوقف لان التعليق بشرط كائن تنجيز والا فلا يصح . | اذا حبس على اولاده الصغار جميع املاكه وقال في تحبيسه كل ما يملكه بعد التحبيس فهو حبس فكل ما يملكه بعد التحبيس يلحق بالحبس اذا ملكه وهو سالم من الدين المستغرق وكان صحيحا . اما اذا كان يوم ملكه مدينا او مريضا ومات من مرضه ذلك فلا حبس الا فيما تقدم الدين والمرض (١) |
| | تسولي ص - ٣١٦ ط فاسية |
| ١٣٣٧ - | اذا حبس في حال الصحة وفقد عقله قبل ان يحاز الوقف عنه يبطل الوقف الا ان يشفى من مرض الجنون ويحاز عنه الوقف بعد ذلك فينفذ (١) |
| | (١) الحطاب ص - ١٦ ج - ٦ |
| ١٣٣٨ - التحبيس على النفس صحيح اذا كان آخره لجهة لا تنقطع فان لم يبين الجهة صرف للفقراء . | اذا حبس على نفسه خاصة او مع شريك او على نفسه ثم على عقبه يبطل الحبس . |
| ١٣٣٩ - يصح للحبس ان يستثني لنفسه الانتفاع بكامل الغلة او بجزء منها مدة حياته او مدة معينة . | استثناء المحبس ثلث الغلة لنفسه وبعد موته تكون للمحبس عليه لا يضر الوقف . |

## المذهب المالكي

اشهاد الولي بالحبس على محجورة جوز لابنه ولا يحتاج لان يقول رفعت يد الملك واثبت يد الحوز ولا الى قول الموثق وجاز لهم الى ان يبلغوا مبلغ الحوز ويتم حوزه له بعد الاشهاد بصرف الغلة في مصالح ابنه تحقيقا او احتمالا فان علم انه كان يصرف الغلة في مصالح نفسه دون مصالح ابنه بطل . والعلم بذلك انما هو باقراره او بقرينة . فاذا اقر انه صرفها لنفسه او في مصالح ابنه يصدق وتؤخذ من تركته اذا قال انها موضوعة تحت يده قدرها كذا فان لم يقر بشيء حتى مات يحمل على انه صرفها لابنه (١

(١) تسولي ص - ٣٧١

## المذهب الحنفي

- ١٣٤٠ -

- ١٣٤١ -

اذا حبس الاب على محجوره دار سكناه لا يصح الحوز إلا ان يشهد عدلان بمعاينتها خالية من شواغل المحبس ويستمر على خروجه منها عاما كاملا فان رجع لسكناها قبله وبقي فيها حتى مات او حصل مانع بطل إلا ان يكون المحبس مريضا وطريدا فآواه المحبس عليه فمات فلا يبطل الحبس

ومحل البطلان فيما تقدم اذا سكن كلها او جلها فان سكن اقلها واكرى الاكثر صح الحبس في الجميع وان سكن النصف بطل في النصف فقط .

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٣٤٢ — | سكنى الاب لجل الدار التي حبسها على ابنه الرشيد قبل مضي العام لا يبطل الحبس في الجميع ويصح ما حازه الرشيد ولو قل . |
| ١٣٤٣ — | يلزم فيما حبسه الاب على محجوره وحازه له ان يحوزه المحجور بعد رشده فان بقي بيد الاب بعد رشد الابن ومات الاب بطل الحبس . |
| ١٣٤٤ — | يحوز للصغير والسفيه وليهما من اب او وصي او مقدم قاض فان حاز الصغير او السفيه لنفسه صح حوزه واعتبر حوزا تاما . |
| ١٣٤٥ — | اذا قدم الواقف من يحوز للمحبس عليه ودفع الوقف اليه واشهد بذلك كان حوزا تاما (١) |

(١) الخطاب ج - ٦ —

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٣٤٦ - | اذا حبس الاب على ابنيه الكبير والصغير يلزم ان يحوز الكبير له وللصغير ليتم الحوز .<br>واذا حاز الاب في حق الصغير والكبير في حق نفسه لم يعتبر الحوز ويبطل الحبس اذا حصل مانع من موت او مرض مخوف او دين محيط قبل حوز الكبير للجميع . |
| ١٣٤٧ - | لا يحتاج الى حوز لخصوص المساجد والقناطر والابار ونحوها مما نفعته عامة. وحوزها بالاخلاء بينها وبين الناس . |
| ١٣٠٨ - | يثبت الحوز بالشاهد واليمين لانه يؤول الى المال (١) |
| ١٣٤٩ - | التطوف على الارض مع الشهود وتخلي الواقف عنها بالكلام الى المحبس عليه بمحضرهم حيازة تامة ولو لم يعاين الشهود عمله فيها ونزوله . |

(١) البرنامج في الشهادات

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
|---|---|
| ١٣٥٠ - | يلزم لاعتبار الحوز معاينة البينة القبض من المحبس عليه ولو بدفع المفاتيح له في الدور والحوانيت ونحوها او عقده المزارعة والكراء في الارض البيضاء او عقده المساقاة في البساتين ولا يكتفي باقرار المحبس ولو صادقه المحبس عليه . |
| ١٣٥١ - | اذا منع من حوز المحبس عليه للحبس مانع ولم ينشأ عدم الحوز عن تفريط منه فاشهاد الواقف بالتحبيس ورفع يده عن الوقف يقوم مقام الحوز . |
| ١٣٥٢ - | اذا شهدت بينة بالحوز معاينة واخرى بعلمها تقدم بينة الحوز (١) |
| | (١) حاشية مهدي على التاودي |
| ١٣٥٣ - | اذا وجد الوقف بيد الموقوف عليه بعد حصول المانع من موت اودين مستغرق او مرض اتصل به الموت وادعى انه حاز قبل المانع ونازعه الورثة يبطل الوقف ان لم يكن لمستحق الوقف بينة على ما ادعى . |

١٣٥٤ — اذا شهدت بينة بالحوز واستمراره سنة فاكثر وشهدت اخرى برجوعه لبد الواقف قبل السنة او اطلقت تقدم البينة الشاهدة باستمرار الحوز ويتم الحبس .

١٣٥٥ — اذا شهدت بينة بالحوز ولم تشهد باستمراره وشهدت اخرى برجوعه لبد الواقف قبل السنة يبطل الحبس . فاذا شهدت بالرجوع واطلقت او شهدت بانه لم يخرج من يد المحبس اصلا قدمت بينة الحوز (١)

(١) خلافا للتسولي : انظر حاشية مهدي

١٣٥٦ — لا يحكم بحبسية العقار الا اذا شهدت البينة ان المحبس حبسه وهو يملكه فلو شهدت انه حبسه فقط او انه حبسه وهو في يده لم تقض بالحبسية لان الشخص قد يحبس مالا يملك وقد يكون ما في يده وديعة او غصبا .

لا يحكم في استحقاق الملك بالحبسية الا بعد ثبوت الملك للمحبس يوم التحبيس وتسمية الواقف زيادة على حوز الوقف .

# الفصل الرابع

## في القواعد العامة

### في حمل الفاظ الواقفين وتفسير الالفاظ الواردة في الاوقاف بكثرة

١٣٥٧ - تحمل الفاظ الواقفين على معانيها الحقيقية اللغوية ان لم يعارضها نقل في العرف الى معنى آخر فلفظ الفريضة الشرعية اذا كان معناه لغة او شرعا التسوية وكان معناه في العرف المفاضلة وجب حمله على المعنى العرفي (١)

(١) رد المختار ص - ٥٨٦ ج - ٣

تحمل الفاظ الواقفين على معانيها اللغوية مالم يكن العرف مخالفا للمعنى اللغوي فتحمل على ما تدل عليه عرفا .

١٣٥٨ - اذا كان للفظ محتملان تعين احدهما بغرض الواقف وغرض الواقف اذا خالف صريح لفظه لا يعول عليه .

اذا فسر الواقف اللفظ باحد محتملاته يقبل تفسيره ولو كان خلاف الظاهر . ولا يقبل في الصريح انه اراد خلاف معناه .

١٣٥٩ - الاصل عود الضمير الى اقرب مذكور بمقتضى الوضع عند الخلو عن القرائن

اذا احتمل عود الضمير على واحد من اشياء متعددة يحمل على اقرب مذكور .

## المذهب الحنفي

١٣٦٠ - القيد بالوصف ينسحب على ما يليه من المتعاطفات سواء تاخر او تقدم فلو قال حبست على ذكور اولادي واولادهم يدخل فيه الاناث من اولاد الذكور ولا ينسحب وصف الذكورة إلّا على اولاد الصلب ومثل ذلك لو قال حبست على اولادي واولادهم الذكور فان اولاد الصلب يدخل فيهم الذكور والاناث ويختص بوصف الذكورة اولاد الاولاد .

واذا توسط الوصف فانه ينصرف الى ما قبله كما لو قال حبست على اولادي الذكور واولاد اولادي فيختص بالحبس الاولاد الذكور لصلب المحبس ويعم الذكور والاناث من اولاد اولاده الذكور والاناث .

١٣٦١ - الشرط اذا تعقب جملا يرجع الى الكل بخلاف الصفة والاستثناء فلا يرجعان إلّا الى الاخيرة .

١٣٦٢ - متى ذكر الواقف شرطين متعارضين يعمل بالمتاخر منهما لانه ناسخ للاول (١)

(١) الدر المختار ص - ٥٤٨ ج - ٣

## المذهب المالكي

اذا كانت القيود متقدمة على متعاطفات بحرف مرتب او غير مرتب تنسحب على جميع المعطوفات كقوله حبست على ذكور ولدي وولد ولدي فلا يتناول إلّا الذكور من الطبقتين . واذا كانت متوسطة اختصت بالمتقدم كحبست على اولادي الفقراء واولادهم فيحمل شرط الفقر على اولاد الواقف دون اولادهم ومنه حبست على اولادي للذكر مثل حظ الانثيين واولادهم فيختص التفصيل باولاد الواقف دون اولاد الاولاد فيستوون في الذكر والانثى على قاعدة العطايا . واذا كانت متاخرة ينسحب على الجميع كحبست على اولادي واولادهم الفقراء فالفقر شرط في استحقاق الصنفين .

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٣٦٣ ـ اذا ذكر الواقف عبارتين متنافيتين فان امكن الجمع بينهما بان يعمل كل منهما على حال وجب المصير اليه وان لم يمكن عمل بالمتاخر منهما ويكون ناسخا للاول . | |
| ١٣٦٤ ـ اذا تعارض في كلام الواقف ما يقتضي الحرمان وما يقتضي عدمه قدم ما يقتضي عدم الحرمان لكونه من مقاصد الواقفين . | |
| ١٣٦٥ ـ مراعاة غرض الواقفين واجبة والعرف يصلح مخصصا . | |
| ١٣٦٦ ـ لا عبرة بالانهاء المخالف للواقع فلو كان لوقف ناظر فادعى شخص لدى القاضي ان هذا الوقف خال عن النظر واستصدر منه ولاية عليه فهذه الولاية لا يعتد بها . | |

## المذهب المالكي

## المذهب الحنفي

١٣٦٧ ـ لفظ الواقف يحمل على عادته في خطابه ولغته التي يتكلم بها وافقت لغة العرب ولغة الشرع او لا (١)

---

الهدية ص - ٧٧٦ ج - ٢

١٣٦٨ ـ العطف بالحرف المرتب يقتضي الترتيب بين المعطوف والمعطوف عليه (من الطبقات) والعطف بالحرف غير المرتب يقتضي مجرد الاشتراك فلو قال حبست على ولدي ثم على اولاده لم يدخل اولاد الولد مع ابيهم ولو قال حبست على ولدي واولاده اشترك الاولاد مع الاب.

اذا وقع عطف بحرف مرتب ووقع بعده عطف بحرف غير مرتب فالترتيب المتقدم لا يتسلط على ما بعده مما وقع بحرف غير مرتب: فلو قال حبست على ولدي ثم عقبه وعقب عقبه لم يدخل العقب مع ولد الصلب ويدخل عقب العقب مع العقب.

١٣٦٩ ـ العطف بين الجمعين كقوله حبست على اولادي ثم على اولادهم ثم على اولاد اولادهم يقتضي الترتيب المجموعي بحيث لا يعطى البطن الاسفل شيئا ما دام احد موجودا من اهل البطن الاعلى إلا اذا جعل الواقف نصيب من مات عن ولد لولده فان الترتيب يصير افراديا بين الفرع واصله.

العطف بين الجمعين بحرف مرتب في الاستحقاق يحمل فيه الترتيب على الآحاد من وادي مقابلة الجمع بالجمع المقتضية للقسمة على الآحاد فاذا قال حبست على اولادي ثم اولادهم حمل الكلام على منع مشاركة ولد الولد لابيه دون عمه فاذا مات احد الاولاد عن اولاد استحق اولاده مع اعمامهم ما كان يستحقه ابوهم سواء قال ومن مات عن عقب قام عقبه مقامه او لم يقل.

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٢٧٠ ـ يحمل قول الواقف الطبقة السفلى لا تشارك الطبقة العليا على الترتيب المجموعي بمعنى انه لا يكون لاهل الطبقة السفلى شيء ما بقي من العليا احد إلّا اذا جعل الواقف نصيب من مات عن ولد اولاده فان شرط ذلك اخذ الولد نصيب ابيه مع اهل طبقة ابيه . | يحمل قول الواقف الطبقة السفلى لا تشارك الطبقة العليا على عدم مشاركة الفرع لاصله لا على عدم مشاركة الفرع لاصل غيره؛ كابن الاخ مع العم ؛ فاذا قال حبست على اولادي واولادهم والطبقة السفلى لا تشارك الطبقة العليا يستحق الوقف اولاد الواقف فاذا مات احدهم عن اولاد استحق اولاده مع اعمامهم ما كان يستحقه ابوهم . |
| ١٢٧١ ـ قول الواقف بطنا بعد بطن يقتضي الترتيب . فلا يعطى للبطن الثاني ما لم ينقرض الاول إلّا اذا شرط بعد ذلك ان من مات عن ولد فنصيبه لولده فان سكت عن ذلك لا يعطى لولده بل يرجع لاصل الغلة ويقسم على جميع المستحقين | قول الواقف بطنا بعد بطن لا يقتضي الترتيب وانما يقتضي استمرار التحبيس على الوجه الذي جعله فاذا قال حبست على اولادي واولادهم واولاد اولادهم بطنا بعد بطن اشترك جميع المذكورين في الاستحقاق . |
| ١٢٧٢ ـ اذا بين نصيب من مات عن غير ولد بأن شرط عودة لاهل طبقته او لمن في درجته وطبقته او دونه اتبع شرطه | |
| ١٢٧٣ ـ اذا شرط رجوع منساب من مات عن غير عقب لمن في درجته وطبقته يشترك فيه عموم من في درجته وطبقته ولا يختص به اخوته . | يحمل قول الواقف ومن مات عن غير عقب رجع نصيبه لمشاركه في الطبقة على اخوته المستحقين دون بني عمه اذا كان له اخوة وبنو اعمام . |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٣٧٤ ـ اذا لم يوجد ما شرطه الواقف لرجوع نصيب من مات عن غير عقب لمن عينه من اهل طبقته او غيرها يعود نصيب الميت لاصل الغلة ويقسم على الجميع | اذا عين الواقف نصيب من مات عن غير عقب لاهل طبقته ولم توجد تلك الطبقة بل وجد اعلى منها او اسفل او هما معا يكون نصيب الميت للموجود المستحق من تلك الطبقات . |
| ١٣٧٥ ـ اذا سكت الواقف عن نصيب من مات عن غير عقب فانه يرجع الى اصل الغلة ويقسم بقسمتها . | اذا لم يعين الواقف مصرف نصيب من مات عن غير عقب يرجع المناب لجميع المستحقين من جميع الطبقات . |
| ١٣٧٦ ـ اذا اشترط الواقف ان من مات من الموقوف عليهم عن غير ولد رجع نصيبه من ريع الوقف الى من هو في درجته وذوي طبقته من اهل الوقف فمات احد المستحقين عن غير عقب وكان في طبقته جماعة منهم من هو مستحق بالفعل يتناول منابه من الريع ومنهم من لا يتناول منابا لحجبه باصله فان منـاب المتوفى عن غير عقب يرجع لجميع المشاركين له في طبقته سواء من كان له استحقاق سابق في الوقف او كان محجوبا باصله (١) | اذا جعل مصرف مناب من مات عن غير عقب لاهل طبقته ووجد من اهل طبقته من هو مستحق بالفعل ومن هو غير مستحق بالفعل لحجبه باصله اخذ المناب من هو مستحق بالفعل من اهل طبقة الميت فاذا صار المحجوب باصله من المستحقين بالفعل لزوال حجبه دخل مع من اخذ المناب فيما يستقبل لان الجميع طبقة واحدة (١) . |

(١) انظر ما حرره العلامة ابن عابدين وما نقله عن اعلام المذهب في هذا المقام في تنقيحه للفتاوي الحامدية ص ١٥٧ ـ ١٥٨ ـ ج ١

(١) هذا ما استظهره وافتى به الشيخ اسماعيل التميمي ومن معه والشيخ محمد المحجوب حسبما نقله عنه الشيخ محمد ابن الخوجة الاول في كنشه .

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٣٧٧ ـ اذا كان الوقف مرتبا وسكت الواقف عن مناب من مات فانه لا يرجع الى ولد الميت وانما يرجع الى اصل الغلة ويقسم بقسمتها | |
| ١٣٧٨ ـ اذا جعل نصيب من مات عن غير ولد لاهل درجته الاقرب فالاقرب يلزم اعتبار الاقربية منه في اهل درجته والعمل بشرطه . والمراد بالاقرب اقرب الناس رحما لا الارث والعصوبة . | |
| ١٣٧٩ ـ اذا جعل المحبس لغيره تغيير شروط وقفه فليس لهذا المجعول له ان يجعله لقبره او يوصي له به | |
| ١٣٨٠ ـ ما كان من شرط معتبر في الوقف ليس للواقف تغيره ولا تخصيصه وقد تقرر ما لم يشترط ذلك لنفسه فله تغيير المشروط مرة واحدة الا ان ينص على انه يفعل ذلك كلما بدا له والا اذا كانت المصلحة اقتضته (١) | |

(١) حاشية رد المحتار ص ٦٦٨ ج ٣

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٣٨١ - | يعتبر مقصد الواقف في فهم الفاظ وقفه فاذا جعل الواقف للموقوف عليه البيع للحاجة واشترط ان لا يبيع الا من شريكه في الوقف وتعذر البيع للشريك اما لاستقلال من احتاج بالوقف او لفقر شريكه او لا بايشتهه الشراء فله البيع لاجنبي اذا احتاج لان غرض الواقف سد خلته (١) |
| | (١) فتوى الاجهوري |
| ١٣٨٢ - اذا حبس على اولاده واولاد اولاده وذريته الخ - مشترطا عدم استحقاق الانثى إلّا اذا كانت بكرا اوايما وبعد انقراض اولاده وذريته يرجع الوقف لجهة بر لا تنقطع وانقطع المستحقون المتوفرة فيهم شروط الاستحقاق وبقي من اهل الوقف بنت متزوجة فلا تصرف غلة الوقف لهذه البنت لعدم توفر شرط الاستحقاق فيها وهو البكارة او التأيم ولا ترجع للمرجع لعدم انقراض ذرية الواقف وانما تصرف للفقراء ريثما يتوفر شرط الاستحقاق في البنت المذكورة او يوجد مستحق غيرها او تنقطع الذرية ويرجع الوقف الى مرجعه | - اذا حبس على اولاده واولاد اولاده ولاشئ منهم لاحق لها إلّا اذا تأيمت واذا انقرض اولاده والذرية رجع حبسا على الحرمين ولم يبق من المحبس عليهم سوى بنت متزوجة يكون الوقف للبنت المتزوجة ولا حق للمرجع مع وجودها ولو بصفة التزوج لان قصد الواقف ان لا تزاحم الذكر وهي متلبسة بالمانع فاذا لم يزاحمها ذكر تستقل به (١) |
| | (١) فتوى الشيخ محمد المحجوب: معين المفتي |
| ١٣٨٣ - اذا قال وقفت على بني وله بنون وبنات يدخل فيه البنات ولو كان له بنات فقط فالغلة الفقراء . | لفظ البنين ولو بصيغة الجمع لا يتناول البنات . |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٣٨٤ ـ اذا حبس على بناته لا يدخل فيه الذكور واذا لم يكن له بنات وكان له ذكور فلا شيء لهم وتصرف الغلة للفقراء ويكون من قبيل منقطع الاول . | لفظ البنات لا يتناول البنين . |
| ١٣٨٥ ـ اذا وقف على من يحدث له من الولد يصح الوقف واذا حصلت الغلة تصرف للفقراء فاذا حصل له ولد بعد ذلك صرف ما سيوجد من الغلة اليه وهو من قبيل منقطع الاول . | |
| ١٣٨٦ ـ اذا وقف على ولديه ثم على اولادهما ابدا ما تناسلوا فمات احدهما عن ولد والاخر حي فان الغلة يصرف نصفها للولد الحي ويعطى نصف الميت للفقراء ولا يرجع لولده عملا بقاعدة الوقف المرتب ويكون من قبيل منقطع الوسط فاذا مات الولد الحي يصرف جميع الغلة الى اولاد اولاد الواقف وهذا كله اذا لم يشترط الواقف رجوع منابه من مات عن ولد الى ولده . | |

## المذهب المالكي

## المذهب الحنفي

١٣٨٧ - اذا وقف ضيعة نصفها على زوجته ونصفها على ولده زيد على انه ان ماتت المراة فنصيبها يرجع لاولاده فاذا ماتت المراة فالنصف يختص به زيد ونصف المراة يرجع لسائر اولاد الواقف ومنهم زيد .

١٣٨٨ - لو وقف على زوجته من بعده الى ان تتزوج او مادامت عزبـاء فـاذا تزوجت ينقطع حقها بالتزوج ولا يعود لها الحق ان طلقت .

١٣٨٩ - اذا وقف على بنيه اواولاده وليس له إلّا ولد واحد فلهذا الولد النصف والباقي للفقراء بخلاف مـا اذا حبس على ولده فـانه يستحق الكل .

١٢٩٠ - اذا قال وقف على ولدي او اولادي يتنـاول اولاد الصلب ذكورهم واناثهم ويتناول ولد الذكر دون ولد الانثى.

واذا قال على اولادي واولادهم يتناول ولـد الصلب ذكرا او انثى وولد الذكور والبنات .

اذا قـال حبست على ولدي واولادي او عقبي او اعقابي ولم يزد شيئا يدخـل اولاد الواقف الذكور والاناث واولاد الذكور من الذكور والاناث ولايدخل ولد البنت من الصلب او غيرهـا .

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٣٩١ - | اذا قال حبست على ولدي وولد ولدي او على اولادي واولاد اولادي يدخل اولاد الواقف الذكور والاناث واولاد الذكور الذكور والاناث ولا يدخل اولاد بنات البنات . |
| ١٣٩٢ - اذا وقف على اولاد الظهور دون اولاد البطون فماتت مستحقة عن ولدين ابوهما من اولاد الظهور ينتقل نصيبها لهما لصدق كونهما من اولاد الظهور باعتبار والدهما المذكور | |
| ١٣٩٣ - اذا وقف على ولده اختص الصلب ويستقل به الواحد ويشترك فيه المتعدد. فاذا مات ولد الصلب استحقه الفقراء دون ولد الولد إلّا اذا لم يكن للواقف حين الوقف ولد صلبي فيختص بولد الابن واو انثى دون من دونه من البطون ودون ولد البنت | |
| ١٣٩٤ اذا قال وقف على ولدي وولد ولدي اقتصر على البطنين ويشتركان في الغلة إلّا اذا رتب واذا نقرض الاولاد واولادهم صرفت الغلة الى الفقراء ولا يدخل البطن الثالث إلّا اذا زاد بان قال على ولدي وولد | اذا قال حبست على ولدي وولد ولدي او على اولادي واولاد اولادي او على ولدي واولاده او على اولادي واولادهم او على اولادي ذكورهم واناثهم واولادهم او على اولادي فلان وفلان وفلان واولادهم |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ولدي وولد ولد ولدي فانه يصرف الى اولاده ما تناسلوا لا للفقراء ما بقي واحد من اولاده وان سفل<br>واذا قال على اولادي بلفظ الجمع يدخل فيه البطون كلها لكن يقدم البطن الاول فاذا انقرض فالثاني ثم من بعدهم يشترك جميع البطون فيه على السواء قريبهم وبعيدهم | يدخل اولاد الواقف الذكور والاناث واولاد الذكور مطلقا واولاد بنات الواقف ولا يدخل اولاد بنات البنات إلّا ان يزيد درجة فيقول واولاد اولاد اولادي فيدخل اولاد بنات بنات الواقف وهكذا كلما زاد درجة يدخلون الى حيث ينتهي المحبس |
| ١٣٩٥ ـ اذا قال وقف على اولادي فلان وفلان وفلان وسماهم وجعل آخره للفقراء فمات احدهم صرف نصيبه الى الفقراء . | اذا حبس على معينين فمات احدهم ينتقل حظه لمن جعل له استحقاق بعده فاذا حبس على زيد وعمرو وبكر ثم من بعدهم على الفقراء فمات احدهم انتقل نصيبه للفقراء . |
| ١٣٩٦ ـ اذا وقف على اولاده وكانوا اربعة وسمى منهم ثلاثة لم يدخل المسكوت عنه . فاذا قال ثم على اولادهم لم يدخل اولاد المسكوت عنه لعود الضمير في اولادهم الى المسمين بخلاف ما اذا قال ثم على اولاد اولادي فانهم يدخلون لانه لم يضف اليهم . | اذا قال حبست على اولادي فلان وفلان وفلان وترك آخرين لم يسمهم لا يدخل في تحبيسه من لم يذكر . |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٣٩٧ - اذا قال على ولدي واولادهم واولاد اولادهم وله اولاد مات بعضهم قبل الوقف يكون على الاحياء واولادهم فقط دون اولاد من مات قبل الوقف لان الوقف لا يصح إلّا على الاحياء ومن سيحدث دون الاموات وقد اعاد الضمير الى اولاد الاحياء يوم الوقف دون غيرهم بخلاف ما لو قال على ولدي وولد ولدي واولاد اولادهم فانهم يدخلون لقوله وولد ولدي فان ولد من مات قبله ولد ولده | |
| ١٣٩٨ - | قول الواقف من مات عن عقب قام عقبه مقامه يحمل على من تناولهم الفاظ التحبيس ولا يدخل بهذا اللفظ من لم يندمج في الفاظ التحبيس (١) |
| ١٣٩٩ - | قول الواقف ما تناسلوا يحمل على التاكيد ولايدخل من لم يتناوله لفظ الواقف (١) |

(١) التاودي في نوازله ، وهو مبني على قاعدة ان ما سيق في غرض لا يحتج به في غيره وهذا اللفظ سيق لبيان مقدار الاستحقاق .

١) رسالة الحطاب في الفاظ الوقف ص ٣٥

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٤٠٠ ـ لفظ العقب يتناول الولد ولده من الذكور لا من الاناث إلّا ان ن ازواجهن من ولد ولده الذكور . عقب الانسان كل من يرجع بآبائه اليه . | لفظ العقب كلفظ الولد . وعقب الشخص ولده من ذكر او انثى وكل ذكر او انثى حالت دونه انثى فليس بعقب . |
| ١٤٠١ ـ لفظ النسل والذرية يتناول ولد البنت كولد الابن قربوا او بعدوا . | لفظ كل من النسل والذرية يتناول ولد البنت (١) |
| ١٤٠٢ ـ اذا كان استحقاق الوقف مشروطا بصفة لا تزول وبصفة تزول ولكنها لا تعود بعد الزوال يعتبر في الاستحقاق قيام تلك الصفة وقت الوقف واذا كان الاستحقاق مشروطا بصفة تزول وتعود بعد الزوال يعتبر في الاستحقاق قيام تلك الصفة وقت مجيء الغلة . فلو قال وقفت على ذكور ولدي او على الصغار من ولدي يدخل فيه الموجودون بتلك الصفة يوم الوقف . ولو قال على الفقراء او غير المتزوجين من ولدي يدخل فيه من كان بهذه الصفة يوم وجود الغلة . | |

١) وماذهب اليه خليل في مختصره معترض

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
|---|---|
| ١٤٠٣ ـ اذا وقف على ولده ونسله وله ولد ولد وحدث له اولاد لصلبه بعد التحبيس فانهم يدخلون في الاستحقاق . | |
| ١٤٠٤ ـ اذا وقف على ولده وولد ولده واولاد اولادهم ونسلهم ابدا ما تناسلوا فانه يدخل في غلة هذا الوقف كل ولد كان للواقف يوم الوقف وكل من يولد له بعد الوقف قبل حدوث الغلة وكذلك ولد الولد ابدا ومن مات منهم قبل حدوث الغلة تسقط حصته ومن مات بعد ذلك استحق سهمه ويكون ذلك لورثته والبطن الاعلى والبطن الاسفل في ذلك على السواء إلّا اذا نص على الترتيب كقوله طبقة بعد طبقة او بطنا بعد بطن او والطبقة السفلى لا تشارك الطبقة العليا ويتبع نصه على قاعدة الترتيب المجموعي إلّا اذا وجد ما يقتضي الترتيب الافرادي كقوله ومن مات عن عقب قام عقبه مقامه كما يتبع شرطه اذا نص على التفاضل بين الذكور والاناث غير انه اذا حدثت الغلة ولم يوجد إلّا ذكور فقط او اناث فقط وزع الريع بين الجميع على السواء . | |
| ١٤٠٥ ـ اذا حبس على ولده وولد ولده ما تناسلوا ولم ينص على الترتيب وقال ومن مات عن ولد قام ولده مقامه فالغلة بين الجميع على السواء لا فرق بين الفروع والاصول واذا مات الاصل عن حصته استحقها فرعه بالخلفية عنه مع حصته التي يستحقها بالاصالة . | |

## المذهب الحنفي

١٤٠٦ - اذا كان الوقف مرتبا ووقع التنصيص به على ان من مات عن فرع قام فرعه مقامه الخ فاذا كانت الطبقة مشتملة على عشرة فمات منهم اثنان عن غير فرع ثم مات اثنان آخران كل منهما عن فرع ورجع منابه كل منها الى فرعه ثم مات اثنان آخران عن غير فرع فجميع منابه الاموات عن غير فروع ترجع الى اصل الغلة وتقسم بقسمتها بحيث تقسم الغلة على ستة وهم الاربعة الاحياء والاثنان الميتان فما اصاب الحي اخذه وما اصاب الميت عن فرع اخذ فرعه منابه وتسقط سهام الاربعة الاموات عن غير فروع .

## المذهب المالكي

١٤٠٧ - اذا حبس على نفسه مدة حياته ثم بعد وفاته على ورثة زيد ومات المحبس وزيد حي فان الغلة تصرف للفقراء لانه من قبل منقطع الاول. فاذا مات زيد والغلة بيد ورثته الموجودين على عددهم يستوي فيه الذكور والاناث ومن مات منهم سقط سهمه وكانت الغلة لمن يوجد حيا يوم وجود الغلة فان بقي منهم واحد كان نصف الغلة له ونصفها للفقراء

## الفصل الخامس

## في ناظر الوقف

١٤٠٨ - ولاية نصب القيم الى الواقف واو لم يشترطها وله عزل المتولي والمتولي من الواقف لا يكون له النظر بعد موت الواقف إلّا بالشرط بان فعله قيما في حياته وبعد موته

النظر في الحبس لمن جعله اليه بحبسه فان غفل المحبس عن ذلك وكان الحبس على غير معين كان النظر فيه للحاكم يقدم له من يرتضيه ويجعل للقائم مايراه اسدادا على حسب اجتهاده (١)

(١) الحطاب ج ٦ ص٧٣

١٤٠٩ -

اذا كان الحبس على معين مالك امر نفسه فهو الذي يحوز الحبس ويتولاه(١)

(١) الحطاب ج ٦ ص ٣٧

١٤١٠ - اذا اشرط الواقف الولاية لنفسه وكان الواقف غير مأمون على الوقف فللقاضي ان ينزعها من يده وان شرط ان ليس للسلطان او القاضي عزله حيث يكون الشرط باطلا ان ظهر انه غير مأمون على الوقف

اذا ثبت عند القاضي تفريط المحبس عليه في الاصل قدم عليه ناظرا (١)

١) حاشية الرهوني ص ١٥٨

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٤١١ ـ للقاضي ان يعزل الذي نصبه قف اذا كان خيرا للوقف . | اذا كان الناظر على الحبس سيء النظر غير مأمون فان القاضي يعزله إلّا ان يعين المحبس عليه مالكا امر بنفسه ويرضى به مستمرا . |
| ١٤١٢ ـ لناظر الوقف من قبل الواقف ان يوصي بالنظر الى غيره عند موته . | ليس للناظر على الحبس ان يوصي بالنظر عند موته إلّا ان يجعل الواقف له ذلك . واذا مات الناظر او تخلى عن النظر فان كان الواقف حيا كان النظر له فيمن يقدمه وان كان ميتا فان كان المحبس عليهم كبارا مرتضين تولوا الحبس بانفسهم وإلّا قدم الحاكم ناظرا . |
| ١٤١٣ ـ اذا مات الواقف يقوم وصيه مقامه فلو نصب الواقف عند موته وصيا ولم يذكر من امر الواقف شيئا تكون ولاية الوقف الى الوصي وكذا لو اوصى في الوقف خاصة فهو وصي في الاشياء كلها . | |
| ١٤١٤ ـ اذا مات الناظر المجعول له النظر من قبل الواقف ولم يعين الواقف ناظرا آخر عند موته فولاية التقديم على الوقف للقاضي . | |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
|---|---|
| ١٤١٥ ـ اذا لم يجعل الواقف ناظرا على وقفه ولم يجعل الولاية عليه لنفسه وقدم القاضي على هذا الوقف مقدما لم يملك الواقف اخراجه ليتولاه بنفسه . | |
| ١٤١٦ ـ اذا شرط الواقف الولاية لنفسه مدة حياته ثم لفلان بعد وفاته ثم لفلان بعده عمل بشرطه . | |
| ١٤١٧ ـ اذا اشترط الواقف ولاية الوقف لزيد واشترط عليه ان لا يوصي الى غيره صح ذلك وعمل بشرطه . | |
| ١٤١٨ ـ اذا اسندت ولاية الوقف لاثنين لم يتمن لاحدهما التصرف ببيع الغلة او الكراء او غير ذلك بانفراده إلا اذا اجازه الاخر او اوكله . | |
| ١٤١٩ ـ اذا جعل الواقف الولاية لرجلين بعد موته ثم ان احدهما اوصى الى صاحبه في امر الوقف ومات جاز | |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٤٢٠ ـ اذا اشترط الواقف ولاية الوقف بعد موته لرجلين ولما مات قبلها احدهما وابى الاخر فللقاضي ان يقيم مكان الآبي رجلا آخر حتى يجتمع راي الرجلين كما قصد الواقف او يضم الولاية بتمامها الى الذي قبلها من المشروط لهما . | |
| ١٤٢١ ـ لو وقف رجل وقفين وجعل لكل منهما ناظرا لم يكن لاحدهما ان يشارك الاخر كما لو جعل ولاية وقفه لرجل وجعل رجلا آخر وصيا على تركاته حيث يختص كل منهما بما فوض اليه . | |
| ١٤٢٢ ـ اذا جعل الواقف ولاية الوقف لاثنين احدهما صبي اقام القاضي بدل الصبي رجلا | |
| ١٤٢٣ ـ اذا جعل الولاية لفلان الى ان يدرك ولده فيشاركه في النظر جعل بشرطه | |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
|---|---|
| ١٤٢٤ - لو شرط الواقف الولاية للافضل فالافضل من اولاده عمل بشرطه فان صار افضلهم فاسقا فالولاية لمن يليه في الفضل فان ترك الفسق وصار افضل واعدل من الثاني فالولاية ترجع اليه | |
| ١٤٢٥ - لو جعل الواقف ولاية وقفه للافضل فالافضل من ولده وابى افضلهم قبولها انتقلت الولاية لمن يليه في الفضل لان اباء الافضل منزل هنا منزلة موته | |
| ١٤٢٦ - لو شرط الولاية لافضل اولاده فاستووا في الفضل قدم اكبرهم سنا ذكرا كان او انثى فان استووا في عدم الاهلية قدم القاضي اجنبيا الى ان يصير احد منهم اهلا فترد عليه | |
| ١٤٢٧ - اذا جعل الولاية لاثنين من اولاده فتوفرت شروط الصلاح في رجل وامراة منهم تشاركا في ذلك لصدق الولد عليهما بخلاف ما لو قال لرجلين من اولادي | |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٤٢٨ ـ اذا جعل الولاية للاصلح من ذريته فاستوى اثنان في الصلاح فالاعلم بامر الوقف اولى بحيث لو كان احدهما اكثر ورعا وصلاحا والآخر اعلم بامر الوقف قدم الاعلم بامر الوقف بعد ان يكون بحال تؤمن خيانته | |
| ١٤٢٩ ـ اذا اوصى بالوقف لابنه الصبي جعل القاضي له وصيا حتى يبلغ فاذا بلغ لم يكن له ان يخرج الوصي الا بامر القاضي | |
| ١٤٣٠ ـ اذا جعل الولاية لعبد الله حتى يقدم زيد الغائب عمل بذلك فاذا قدم زيد انتقلت الولاية اليه وزالت ولاية الحاضر (١) | |
| (١) هذا مذهب ابي يوسف ويرى الامام الاعظم اشتراكهما في الولاية الا اذا قال فاذا قدم زيد فالولاية اليه . هندية عن الظهيرية ومحيط السرخسي ص٤١١ ج٢ | |
| ١٤٣١ ـ اذا جعل الولاية لزيد مادام مقيما بالبلد الفلاني عمل بشرطه | |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٤٣٢ - اذا شرط الولاية لزوجته مالم تتزوج فاذا تزوجت فلا حق لها عمل بشرطه | |
| ١٤٣٣ - لا يجعل ناظر الوقف من الاجانب ما دام من اهل الواقف من يصلح لذلك فان لم يوجد منهم من يصلح لذلك ونصب غيرهم ثم وجد منهم من يصلح صرف عنه الاجنبي الى اهل بيت الواقف | |
| ١٤٣٤ - اذا شرط الواقف كون المتولي من اولاده واولاد اولاده فليس للقاضي ان يولي غيرهم بلا خيانة ولو فعل لا يصير متوليا. | |
| ١٤٣٥ - اذا نصب القاضي متوليا على وقف وظهر ان لهذا الوقف ناظر آخر. فان كان هذا الناظر مولى من قبل الواقف او بمقتضى شرطه فان مقدم القاضي يكون شريكا له. وان كان مولى من قبل قاض فان كان القاضي الذي نصب الثاني لا يعلمه فان نصب الثاني يكون تشريكا له مع الاول: وان كان يعلمه فان ولاية الثاني عزل للاول. | |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٤٣٦ ـ ليس للقاضي عزل الناظر بمجرد شكاية المستحقين حتى يثبتوا عليه خيانة . وللقاضي ان يدخل مع الناظر غيره بمجرد الشكاية والطعن . بخلاف الواقف فان له عزل الناظر الذي يعينه واخراج الوقف من يده . | اذا قدم الواقف ناظرا فله عزله واستبداله ولو لم يكن ذلك لموجب بخلاف القاضي اذا قدم احدا فليس له عزله إلا بموجب (١) |
| | الخطاب ص - ٣٩ ـ ٤٠ ج - ٦ |
| ١٤٣٧ ـ اومات القاضي او عزل يبقى من نصبه مقدما على ماله . | لا يزول تقديم المقدم من قبل قاض بموت القاضي وليس لمن جاء بعده ان يعزله إلا بموجب . |
| ١٤٣٨ ـ | اذا قدم الواقف ناظرا على حبس له على اولاده الكبار والصغار فليس لهم انتزاعه من يد الناظر . واذا كان الحبس على اولاده الصغار فلهم اذا كبروا قبض الحبس وانتزاعه من يد الناظر اذا فهم ان ذلك مراد المحبس او صرح به (١) |
| | (١) الخطاب ص - ٣٨ ج - ٦ |
| ١٤٣٩ ـ اذا عزل الناظر نفسه فانه لا ينعزل إلا اذا رفع الامر للواقف او القاضي واخرجه عن الولاية من اسندها اليه منهما . | |

## المذهب الحنفي

١٤٤٠ ـ اذا حدث للناظر آفة مثل الجنون او العمى او الخرس فاذا كان قادرا مع ذلك على الامر والنهي والنظر فليس للقاضي ان يخرجه عن الولاية إلّا بخيانة وله ان يدخل معه غيره فيها .

١٤٤١ ـ للناظر ان يوكل من يقوم بما كان له اليه من امر الوقف ويجعل له من جعله شيئا وله ان يعزله ويعوضه بغيره .

١٤٤٢ ـ اذا اسند الناظر توكيلا لغيره يقوم في حقه بادارة الوقف ثم جن جنونا مطبقا مدة سنة فان توكيله يبطل كولايته ويرجع الى القاضي في نصب قيم آخر على الوقف فان رجع اليه عقله بعد ذلك وصح يعود الى ما كان من القيام بامر الوقف .

١٤٤٣ ـ الناظر يستحق اجر مثل عمله سواء اشترط ذلك اولا : والمعهود في استحقاق الاجر وفي قدره كالمشروط . واذا عزل في اثناء السنة يستحق من الاجر بقدر ما عمل .

## المذهب المالكي

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٤٤٤ – اذا غاب ناظر الوقف ولم يترك وكيلا يباشر في حقه مصالح الوقف وادارة شؤونه فان القاضي ينصب قيما على الوقف الى ان يعود ناظره الغائب. | اذا غاب الناظر في بلد بعيد واحتاج الحبس الى من ينظر في بعض شانه فللقاضي ان ينظر في ذلك ويمضي ما فعله في غيبة الناظر (١) |
| | (١) الحطاب ص ٢٩ ج ٦ |

| | |
| --- | --- |
| ١٤٤٥ – ناظر الوقف ان جعل له الوقف الاستدانة جازت استدانته. وإلّا فان كانت الاستدانة للصرف فيما له منه بد فانها لا تجوز مطلقا وان كانت للصرف فيما لابد منه فان كانت بامر القاضي جازت والا فلا. | للناظر على الحبس ان يستقرض على الحبس ويعمره وليس للناظر التصرف إلّا على وجه النظر. |

١٤٤٦ – عمارة الوقف لابد منها فتصح الاستدانة لها على الوقف باذن الحاكم.

١٤٤٧ – اذا انفق الناظر من مال نفسه على عمارة الوقف ليرجع في غلته له الرجوع ديانة لكن لو ادعى ذلك لا يقبل منه بل يلزم ان يشهد انه انفق ليرجع وهذا كله اذا كان للوقف غلة والا يلزم اذن القاضي.

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٤٤٨ - اذا صرف الناظر الغلة للمستحقين وهنالك عمارة متأكدة لايجوز تاخيرها فانه يضمن ولا رجوع له على المستحقين بما دفعه اليهم (١) | |
| (١) هندية عن البحر ص ٤١٥ ج ٢ | |
| ١٤٤٩ - التعمير انما يكون من غلة الوقف اذا لم يكن الخراب بصنع احد وإلّا فعلى المتسبب الضمان . | |
| ١٤٥٠ - اذا امتنع الناظر من العمارة وللوقف غلة اجبره الحاكم عليها فان لم يفعل اخرج الوقف من يده | |
| ١٤٥١ - العمارة انما تلزم بقدر ما يبقى الموقوف على الصفة التي وقفه الواقف عليها وما زاد على ذلك يلزم فيه رضا المستحقين | |
| ١٤٥٢ - اذا اذن الناظر للمستاجر او غيره بعمارة الوقف يكون للمنفق الرجوع بما انفق على الوقف فان انفق المستاجر بلا اذن الناظر كان متطوعا لا رجوع له | |

## المذهب الحنفي

١٤٥٣ ـ لا تجوز اجارة الوقف
باجر المثل فاذا آجره القيم باجر المثل ثم
جاء مستاجر آخر وزاد في الاجرة لا تنفسخ

## المذهب المالكي

ليس للناظر ان يكري ربع الحبس
إلّا بعد النداء عليه والاستقصاء. فاذا
اكراه بعد ذلك النداء والاستقصاء، ثم
جاءت زيادة لا ينقض الكراء ولا تقبل
الزيادة إلّا ان يثبت بالبينة ان بالكراء الاول
غبنا على الحبس فتقبل الزيادة (١)

(١) ما ذكره ابن عرفة من استمرار
العمل في تونس على قبول الزيادة لعله
نسخ وهو مخالف للمشهور وغير مناسب
جريانه على اطلاقه إلّا ان تحدد مدة قبول
الزيادة ويضبط مقدارها

١٤٥٤ ـ يقضى بجواز الكراء في
الضياع لمدة ثلاثة اعوام إلّا اذا كانت
المصلحة في عدم الجواز. ويقضى بعدم
الجواز في غير الضياع بما زاد عن العام
إلّا اذا كانت المصلحة في الجواز.
وتقدير المدة يختلف باختلاف الامكنة
والازمنة.

١٤٥٥ ـ اذا شرط الواقف ان لا
يؤجر الوقف اكثر من سنة والناس لا
يرغبون في استئجارها وكانت اجارته اكثر
من سنة انفع للفقراء فليس للقيم ان
يؤجره اكثر من سنة بل يرفع الامر الى
القاضي والقاضي يؤجره. اما اذا لم يشترط
الواقف ذلك فللقيم ان يؤجره لاكثر
من سنة اذا رأى فيه خيرا بلا توقف على
اذن القاضي

ليس للناظر ان يكري ربع الوقف على
معينين لاكثر من ثلاث سنوات إلّا اذا
اكراه لمن مرجعه اليه فيجوز لاكثر اما
الحبس على غير معينين كالمرضى والمساكين
فلا كراؤه لمدة طويلة ويستحسن ان
لا يزيد على اربعة اعوام خوف اندراسه
بطول مكثه بيد مكتريه

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
|---|---|
| ١٤٥٦ ـ اذا اهمل الواقف التنصيص على مدة الاجارة تقيد المدة بسنة في الدار وبثلاث سنين في الارض إلّا اذا كانت المصلحة بخلاف ذلك . | |
| ١٤٥٧ ـ ليس للناظر ان يؤجر الوقف باقل من اجر المثل ولا يصح ذلك اذا كان الغبن فاحشا الا لضرورة . واذا آجره بدون اجر المثل لزم المستأجر اتمامه . | |
| ١٤٥٨ ـ اذا آجر الناظر الوقف باجر المثل فرخصت الاجرة في اثناء المدة لا تفسخ الاجارة ؛ وكذلك اذا زادت الاجرة بعد العقد لا يفسخ العقد (١) | |

(١) بناء على ان اجر المثل يعتبر وقت العقد وهذا رواية فتاوى سمرقند وعليها مشى في التجنيس كصاحب الهداية والاسعاف والفسخ رواية شرح الطحاوي بناء على ان الاجارة تنعقد شيئا فشيئا والوقف يجب له النظر .

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٤ - | للناظر اخراج الساكن بدار وقف واسكان غيره من المستحقين اذا رأى ذلك مصلحة للحبس وخاصة اذا خاف من سكناه ضررا (١) |
| | (١) الحطاب ص - ٤٩ ج - ٦ |

١٤٦٠ - لناظر الوقف ان يدفع ارض وقف لمن يغرس فيها انواع الشجر في مدة معلومة على ان ما يحصل من الغراس والثمار يكون بين الوقف والغارس على نسبة يقع الاتفاق على تعيينها (١)

(١) انظر ما حققه العلامة ابن عابدين في تنقيح الحامدية ص - ١١٤ ج - ٢

للناظر ان يعطي ارض الوقف مغارسة على ان يكون الشجر المغروس بين الوقف والمغارس على نسبة ينفق عليها بينهما فتبقى الارض التي بها ما ينوب الغارس من الشجر وقفا فاذا نقض شجر الغارس عادت الارض الى مستحق الحبس يرجع اليه ريعها (١)

(١) هذا الفرع مقيس على ما هو المصرح به في بناء المستحق في الوقف او غرسه كما ياتي بيانه في المادة ( ) ويستانس له بقول الشامل وجاز كراء بقعة من ارض محبسة على غير معين اربعين سنة لتبنى دارا وعمل بما اه ونقله الحطاب في ص - ١٤٧ وج - ٢ وليس في هذه الصورة تفويت الوقف .

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٤٦١ - لا يصح رفع ارض الوقف مغارسة اذا اشترط جزء من الارض للغارس ؛ وان وقع ذلك كان الشجر والثمر لجانب الوقف وليس للغارس إلّا قيمة الغرس واجرة المثل . | للناظر ان يعطي بموافقة المستحقين ارض الوقف مغارسة على ان يكون للغارس نسبة معلومة من الشجر وارض الوقف ملكا بشرط ان ينعدم النفع من الارض او يقل جدا بحيث يكون في حكم المعدوم (١) |
| ١٤٦٢ - الواقف اذا آجر الوقف اجارة طويلة فاذا كان يخاف على رقبة الوقف التلف بسبب هذه الاجارة ابطالها الحاكم . | |
| ١٤٦٣ - اذا خرب الوقف وعجز الناظر عن عمارته آجره القاضي وعمره من اجرته فاذا صار معمورا ارجعه الى الناظر . | |
| ١٤٦٤ - ليس لغير الناظر استحقاق اجارة الوقف ولو كان الوقف على رجل معين . ويستثنى من ذلك ما لو كان الاجر كله للموقوف عليه فان كان لا يحتاج الى العمارة ولا شريك معه في الغلة فحينئذ يجوز له ايجار الدور والحوانيت واما الاراضي فان شرط الواقف تقديم العشر والخراج وسائر المؤن وجعل للموقوف عليه الفاضل لم يكن له ان يؤجرها واذا لم يشترط ذلك يجوز له الايجار | |

(١) هذا الفرع مقيس بطريق الاولوية على فرع العمليات المذكور بالمادة ( ) الآتية ويندرج تحت قاعدة يعمل في الوقف ما يعلم ان الواقف لو ادركه لرضيه واجازه .

## المذهب الحنفي

١٤٦٥ ـ لا تجوز اعارة الوقف والاسكان فيه. فلو اسكن الناظر شخصا بدار الوقف بغير اجرة او سكن شخص بدار الوقف بغير اذن الناظر كان على الساكن اجر المثل بلغ ما بلغ سواء كانت الدار معدة للاستغلال اولا صيانة لجانب الوقف.

## المذهب المالكي

١٤٦٦ ـ للناظر بموافقة المستحقين ان يعطي ارض الوقف الخالية عن الشجر انزالا لكن بعد ان يشهد العرفاء بان الانزال انفع للوقف وانه لا غبن فيما بذل وبعد ان يضبطوا الارض بحدودها ويضبطوا مساحتها ويعين لكل قدر من المساحة مقدارا مساويا لقيمة كرائها او ازيد

اما الارض المشجرة التي لا بياض بها فالعبرة باشجارها فان كانت طيبة فلا تنزل وان كانت رديئة بحيث انعدم نفعها او ضعف فان الارض تنزل والاشجار تعاوض او تراعى قيمتها في قيمة انزال الارض كما تراعى الانقاض في قيمة انزال الديار

واما الارض المشتملة على الاشجار والبياض معا فان كانت اشجارها طيبة فلا تنزل إلا الارض وحدها بالشرط المعتبر في انزال الارضين ويبقى الشجر للوقف. واذا كانت اشجارها رديئة فيجوز انزال جميعها بمعاوضة ما بها من الاشجار او مراعاة قيمتها في انزال الارض (١)

(١) فتوى الشيخ الشاذلي ابن صالح المجموع المطبوع الذي به مسائل الانزالات. والخلو.

## المذهب الحنفي

١٤٦٧ ـ اذا دفع احد ارض الوقف مغارسة ولاحظ في الغراسة للوقف لم يصح ذلك في حق الوقف ويصير غاصبا للوقف فان سلمت الارض من النقصان فلا ضمان وان نقصت فالضمان واجب ان شاء رجع على الدافع وان شاء على الآخذ ولا شيء للموقوف عليهم من الخارج من الارض . واما الثمار فهي للموقوف عليهم ولا شيء للمدفوع اليه من الثمار وانما حقه في اجر مثل عمله على الدافع في ماله خاصة ولا يرجع به على الآخذ . والحكم كذلك لو كان الدفع على وجه المزارعة .

١٤٦٨ ـ اذا ادعى الناظر الصرف في العمارة والترميم الضروريين ولم يكذبه الظاهر كان القول قوله بيمينه .

## المذهب المالكي

اذا ادعى الناظر انه بنى وانفق في العمارة واثبت ذلك إلّا ان البينة لم تقف على قدر ما انفق وانما شهدت بان هذا الحائط بناه وهذا السقف احدثه وما اشبه ذلك يصدق في قدر ما انفقه بعد يمينه على ذلك اذا كان ذلك البناء يحتمل القدر الذي ادعاه ويشبه في العادة ان يصرف فيه اصل المصروف (١)

(١) رسالة الشيخ اسماعيل التميمي في الخلو ص ٩ طبع تونس

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٤٦٩ ـ | اذا ادعى الناظر نفقة عظيمة مثلها يكون له اثر في الريع ولم يوجد اثر لا تسمع دعواه لان العادة تكذبه وكذا اذا وجد اثر لا يحتمل ما ادعاه اما اذا ادعى نفقة في الدار مثلها لا تكون له عين قائمة كحل خندقها واصلاح بئرها وماجلها وما اشبه ذلك وجرت العادة بان تلك الدار لا تخلو عما ذكر فهاهنا يقبل قوله بيمينه (١) |
| ١٤٧٠ ـ اذا ادعى الناظر الدفع للموقوف عليهم وانكروه كان القول قوله بيمينه . | |
| ١٤٧١ ـ يقبل قول الناظر بعد عزله انه صرف في نفقة الوقف اذا وافق الظاهر وحلف على ذلك كما يقبل قوله بيمينه بعد العزل انه دفع للمستحقين . | |
| ١٤٧٢ ـ اذا ادعى الناظر الدفع لمستحق مات قبل قوله بيمينه إلّا فيما خالف الظاهر | |

(١) رسالة الشيخ اسماعيل في الخلو ص١٠

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٤٧٣ ـ اذا ادعى الناظر الدفع لارباب الوظائف فان كانت الوظيفة في مقابلة عمل فهي اجرة لابد لاثبات دفعها من البينة ؛ وان كانت الوظيفة من قبيل الصلة والعطية يقبل قوله في دفعها بيمينه (١) | |
| (١) انظر ما حرره صاحب تنقيح الحامدية ص ٢١٠ ج ١ | |
| ١٤٧٤ ـ اذا امتنع الناظر من تقاضي ما على المقبلين مدة حتى هرب بعضهم بعدما اجتمع عليه مال كثير بحق القبالة لاضمان على الناظر (١) | اذا فرط ناظر الاحباس فيما يقبضه من الكراء وقال انه باق عند سكانه وافلس المكترون يضمن الكراء (١) |
| (١) هندية عن الظهيرية ص ٤٢٧ ج ٢ | (١) التسولي ص ٣٧٥ ج ٢ طبع فاس |
| ١٤٧٥ ـ اذا قبض الناظر الغلة ومات ولم يترك بيانا بما صنع بها لايضمن | |
| ١٤٧٦ ـ اذا فقد كتاب الوقف واشتبهت مصارفه وقدر ما يصرف الى مستحقيه ينظر الى المعهود من عمل نظارة فيما سبق من الزمان ويبنى على ذلك . | يقبل قول الناظر على الوقف في مصرفه اذا لم يوجد كتاب الوقف (١) وذكر ان العادة جرت بصرف غلته في الوجوه التي يذكرها (٢) |
| | (١) الحطاب ص ٢٩ ج ٦ |
| | (٢) الحطاب ص ٤٨ ج ٦ |

## المذهب الحنفي

١٤٧٧ ـ لا يجبر الناظر على دفع حصص المستحقين معجلا مما تحصل قبضه من ريع الوقف وانما يدفع لهم بحسب استحقاقهم كلما مضى عام دفع لهم استحقاقهم. فاذا عجلت الاجرة واقتسمها الناظر بين المستحقين ثم مات احدهم تنقض القسمة في القياس ولا تنقض في الاستحسان .

## المذهب المالكي

ليس للناظر ان يقسم ريع الوقف بين المستحقين لما لم يجيء زمنه وانما يقسم بينهم ريع ما مضى زمنه لان ريع ما يستقبل قد يستحقه من لم يكن موجودا فيما مضى ويموت من هو موجود فلا يثبت له استحقاق فيه .

١٤٧٨ ـ الناظر تصح منه الدعوى في حق الوقف .

اما الموقوف عليه غير المعين فلا تصح الدعوى منه والموقوف عليه المعين تصح الدعوى منه ( على الاصح ) (١)

(١) رد المحتار ص ٦١٩ ج ٣

١٤٧٩ ـ اذا كان الوقف ثابتا وكان موقوفا على جماعة وواقفه واحدا فللواحد من الموقوف عليهم او وكيله الدعوى على واحد منهم او وكيله وينتصب بعض مستحقيه خصما عن كل المستحقين. فاذا كان الوقف بين اخوين مات احدهما وبقي في يد الحي واولاد الميت فبرهن الحي على احدهم ان الوقف بطلنا بعد بطلان والباقي غيب والواقف واحد يقبل وينتصب خصما عن الباقين .

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
|---|---|
| ١٤٨٠ ـ اذا اشترى الناظر من غلة الوقف اصلا يجوز بيع الاصل المشترى اذ احتيج الى بيعه .<br>وليس للناظر ان يشتري إلّا باذن القاضي | |

## الفصل السادس

## في استحقاق ريع الوقف

| | |
|---|---|
| ١٤٨١ ـ الوقف على الاولاد والذرية يعتبر فيهم وقت ظهور الغلة . فمن مات بعد ظهور الغلة ولو لم يبد صلاحها صار ما يستحقه لورثته وإلّا سقط ولو كان الوقف يؤجر اقساطا فتمام كل قسط بمنزلة طلوع الغلة فمن وجد وقته استحق . فاذا كانت الاجرة على ثلاثة اقساط كل اربعة اشهر قسط فيجب اعتبار ادراك كل قسط كادراك الغلة فمن كان مخلوقا قبل تمام الشهر الرابع حتى تم وهو مخلوق استحق هذا القسط ومن لا فلا | اذا كان الموقوف عليهم معينين محصورين فالثمرة تجب لهم بالابار . واذا كانوا محصورين غير معينين فالثمرة تجب لهم بالطيب . واذا كانوا غير معينين ولا محصورين فالثمرة تجب لمن كان موجودا قبل القسم ولا حق لمن مات قبل ذلك . |
| ١٤٨٢ ـ يدخل في قسمة الغلة من ولد من الموقوف عليهم لدون ستة اشهر منذ طلوع الغلة لا من ولد لتمامها فاكثر إلّا اذا ولدت مفارقته التي لا يحل وطؤها لدون سنتين من الفراق فيستحق ولدها. | اذا كان الموقوف غلة سواء كان غلة كراء كالحوانيت والارضين او غلة سكن كالدور المحبسة للسكنى لا تستحق الغلة بمجرد العقد وانما تستحق بعد استيفاء المدة التي عوض عليها ومن مات قبل ذلك فليس له شيء ومن ولد قبل ذلك كان مستحقا للغلة وكذلك من مات بعد ذلك كان مستحقا للغلة وياخذها ورثته ان كان |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| | الموقوف عليهم معينين غير محصورين او معينين محصورين اما اذا كان الموقوف عليهم مجهولين غير معينين كالوقف على الفقراء او بني تميم فمن اتصف بالصفة المشترطة في الوقف يوم حصول العوض كان مستحقا ولا عبرة بموت من يموت منهم او يولد . |
| ١٤٨٣ — | لما كانت الاجارة تقبض بقبض المنفعة يلزم توزيع كراء السنة على الاشهر والايام ومن في الاثناء من المستحقين استحق ورثته من الكراء بقدر ما مضى من السنة ايام حياته . |
| ١٤٨٤ — | اذا كان الموقوف ارضا فحرثها من حبست عليه ثم مات خير من انتقل اليه الاستحقاق في اعطائه الوارث كراء الحرث او تسليمها اليه بكرائها تلك السنة ولو مات الموقوف عليه وفيها زرع له فهو للوارث ولا كراء عليه . |
| ١٤٨٥ — اذا مات المؤذن والامام الموقوف عليهما قبل ان يستوفيا ما سمي لهما من ريع الوقف لا يسقط حقهما ويعطى كل منهما بقدر ما باشر اذا حصل الموت في اثناء السنة ويسقط الباقي . | |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
|---|---|
| ١٤٨٦ ـ اذا قبض المؤذن او الامام معلوم السنة بتمامها قبل مضيها ثم ذهب قبل تمام السنة لا يسترد منه غلة باقي السنة . | |

## الفصل السابع

## في اسقاط الموقوف عليه حقه من الوقف واقراره به

| | |
|---|---|
| ١٤٨٧ ـ اذا اسقط المشروط له الريع حقه لا لاحد او اسقطه لفلان لا يسقط حقه . فلو قال ابطلت حقي كان له ان يأخذه . | اذا سقط الموقوف عليه حقه من الوقف يلزم اسقاطه ما دام حيا مالم يكن في شرط الواقف ما يخالف ذلك . واذا مات فلورثته القيام بحقهم بعد موته حيث كان ينتقل الحبس اليهم فان كان الحبس ينتقل الى غيرهم كان لذلك الغير القيام به . |
| ١٤٨٨ ـ اذا قال المشروط له الغلة جعلت ذلك لفلان لا يصح . | |
| ١٤٨٩ ـ يعمل بالمصادقة على الاستحقاق وان خالفت كتاب الوقف لكن في حق المقر خاصة فاذا كان الوقف على زيد واولاده ونسله ثم على الفقراء فاقر زيد بان هذا الوقف عليهم وعلى هذا الرجل لا يصدق على ولده ونسله في ادخال النقص | |

المذهب المالكي | المذهب الحنفي

عليهم بل تقسم الغلة على زيد وعلى من كان موجودا من ولده ونسله فما اصاب زيدا منها كان بينه وبين المقر له ما دام زيد حيا فاذا مات بطل اقراره ولم يكن للمقر له حق واذا مات المقر له والمقر حي رجع النصاب المقر به للفقراء .

١٤٩٠ ـ اذا اقر المشروط له النظر انه يستحقه فلان دونه صح اقراره ولو جعله لغيره لا يصح .

١٤٩١ ـ اذا اقر الناظر المشروط له النظر ان فلانا يستحق معه نصف النظر عمل باقراره وشاركه فلان في النظر . ثم اذا مات المقر بطل الاقرار وانتقل النظر لمن شرطه له الواقف بعده . واذا مات المقر له بطل الاقرار ايضا ولكن لا تعود الحصة المقر بها من النظر الى المقر وانما يوجهها القاضي الى المقر او الى من اراد من اهل الوقف .

المذهب المالكي

المذهب الحنفي

عليهم بل تقسم الغلة على زيد وعلى من كان موجودا من ولده ونسله فما اصاب زيدا منها كان بينه وبين المقر له ما دام زيد حيا فاذا مات بطل اقراره ولم يكن للمقر له حق واذا مات المقر له والمقر حي رجع النصاب المقر به للفقراء .

١٤٩٠ - اذا اقر المشروط له النظر انه يستحقه فلان دونه صح اقراره ولو جعله لغيره لا يصح .

١٤٩١ - اذا اقر الناظر المشروط له النظر ان فلانا يستحق معه نصف النظر عمل باقراره وشاركه فلان في النظر . ثم اذا مات المقر بطل الاقرار وانتقل النظر لمن شرطه له الواقف بعده . واذا مات المقر له بطل الاقرار ايضا ولكن لا تعود الحصة المقر بها من النظر الى المقر وانما يوجهها القاضي الى المقر او الى من اراد من اهل الوقف .

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٤٩٢ - | اذا اسقط الموقوف عليه حقه في الوقف لمعين يلزم قبول المسقط له اذا كان اهلا للقبول والرد . واذا اسقط حقه لغير معين كالفقراء انتقل حقه اليهم ما دام حيا . واذا اسقط حقه واطلق بان قال اسقطت حقي من هذا الوقف في كل حالة اعتبر الموقوف عليه كانه غير موجود وانتقل حقه في الوقف ما دام حيا الى بقية المستحقين (١) |
| | (١) فتوى الاجهوري في مبحث الحبس |

| | |
| --- | --- |
| ١٤٩٣ - اذا اقر من بيده عقار انه وقف صح اقراره ولا يعتبر ابتداء وقف فلا تشترط له شرائطه وان لم يسم الواقف ولا المستحق صح ذلك وصرف للفقراء ولا يجعل المقر هو الواقف إلا اذا شهدت البينة ان هذا العقار كان لهذا المقر حين اقر ليجعل المقر واقفا وتكون ولاية الوقف له لكن ليس له ان يوصي بها الى غيره . | اذا اقر من بيده دار او ربع انه حبس من غيره عليه وعلى عقبه وعلى كل من ذكر من المرجع والشروط ينفذ الحبس باقراره ولا يلزم هنا تسمية المحبس فان تبين بعد ذلك ان الدار ملك للمقر لم ينفذ التحبيس فيها إلا ان يكون قد خرج عنها وحيزت بما تحاز به الاحباس فينفذ (١) |
| | (١) مختصر المتيطية |

| | |
| --- | --- |
| ١٤٩٤ - اذا اقر شخص بوقفية عقار وسمى واقفه ومستحقه فالحكم فيه ان يرجع الى ذلك الواقف ان كان حيا والى ورثته ان كان ميتا فان صدقه او صدقوه في الوقفية والشروط كان الامر على ما اقر به وان كذبه او كذبوه لم يثبت الوقف ولا الشروط . | |

## المذهب الحنفي

١٤٩٥ - اذا اقر بالوقفية وسمى الواقف ولم يسم المستحق فان كان الواقف الذي سماه ابا او جدا فان هذا الاقرار لا يمضي إلّا على المقر لا على غيره فمن له حق على العقار المقر بحبسيته بحيث اذا كان المنسوب له التحبيس ميتا وكان عليه دين او كانت له وصية قضي من ذلك العقار دينه ونفذت فيه وصيته وما فضل يكون وقفا على الفقراء ان لم يكن مع المقر وارث آخر للمنسوب له التحبيس فان كان معه وارث آخر فان اقر مثله كان الامر على ما اقر به وان جحد سلم اليه نصيبه ليفعل به ما شاء . واذا كان الواقف الذي سماه المقر اجنبيا فان كان حيا رجع اليه فان صدقه عمل بتصديقه في نسبة كل من الملك والوقف له وان صدقه في الملك دون الوقف يثبت الملك ولا يثبت الوقف وان كان ميتا فالامر الى ورثته في التصديق والتكذيب واذا صدقه البعض وكذبه البعض في الوقفية كان نصيب المصدق وقفا ونصيب المكذب ملكا يتصرف فيه بما شاء من التصرفات .

## المذهب المالكي

١

١٤٩٦ - اذا اقر بالوقفية ولم يسم الواقف وسمى المستحق بان قال هذه الارض موقوفة على نفسي وعلى ولدي ونسلي قبل اقراره : فاذا ادعى آخر انها وقف عليه وصدقه المقر صدق في حصته دون حصة ولده ونسله .

## المذهب الحنفي

١٤٩٧ ـ اذا اقر الورثة بوقفية عقار عليهم من مورثهم وسمى كل منهم وجها غير ما سماه الآخرفان القاضي يقبل اقرارهم ويصرف غلة حصة كل منهم الى الوجه الذي اقر به . فان اقر بعض الورثة ان والدهم وقف على اولادهم ونسلهم وانكر بعضهم فنصيب من اقر بالوقف على ما اقر به ونصيب الجاحدين ملك لهم ولا يدخل الجاحد في نصيب المقر من الغلة . فان باع الجاحدون بعض حصصهم ورجعوا الى تصديق المقرين صدقوا فيما بقي في ايديهم ولا يقبل فيما باعوا إلّا ان يصدقهم المشترون وان كذبوهم غرم الباعة قيمة ما باعوا وتشترى ارض فتكون موقوفة مع الباقي على ما اقروا به . فان كان بعض الباعة دخل مع الباقين في غلة الوقف لانهم اقروا به ورجع هو الى تصديقهم فلا يصير المقدم من الغلة قصاصا بما لزمه من القيمة. واذا كان في الورثة صغير او غائب وقف نصيب الصغير حتى يدرك ونصيب الغائب حتى يعود .

١٤٩٨ ـ اذا اقر بارض في يد غيره انها وقف وكذبه الغير ثم ملكها المقر ولو بسبب جبري تصير وقفا .

## المذهب المالكي

اذا اقر الورثة بحبس عليهم مستوف شرائط الصحة من مورثهم او غيره لزمهم الحبس ويكون محبسا عليهم على حسب ما اقروا به من الشروط والقيود الى ان يظهر كتاب الحبس يوما ما ويكون فيه خلاف ما اقروا به من التعقيب او المرجع اوالقيود فينتقض اقرارهم في ذلك ويعمل في الوقف بما جاء في كتابه فلو اقر بعض الورثة بالحبسية وانكرها احد الورثة نفذ اقرار المقرين في حصصهم خاصة ويلزم المنكر اليمين بالله انه لا يعلم ان مورثهم حبس عليهم شيئا وليس له رد اليمين .

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٤٩٩ ـ اذا اقر بارض في يده انهـا وقف على قوم معينين سماهم ثم اقر بعد ذلك ان الوقف على غيرهم او زاد معهم او نقص منهم لا يلتفت الى اقراره الاخر ويعمل باقراره الاول . | |
| ١٥٠٠ ـ اذا اقر بارض انها صدقة موقوفة على وجه سماه ثم بين وجها آخر بعد ذلك لا يقبل قوله الثاني وتكون على ما بين اولا. | |
| ١٥٠١ ـ لو اقر بارض في يده انهـا صدقة موقوفة وان القاضي الفـلاني ولاه امرها يقبـل قوله في الوقفية ويتاوم له في التولية فان لم يظهر خلاف ما ادعاه اقره القاضي عليها. | |
| ١٥٠٢ ـ اذا مات شخص عن ابنـين في يد احدهما عقـار ادعى ان اباه وقفه عليه والابن الاخر يدعي انه وقف عليهما كان القول قول من يدعي انهـا وقف عليهما معا. | |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٥٠٣ ـ اذا كان في يد شخص عقار شهد عليه شاهدان على اقراره بانه وقف على زيد ونسله وشهد آخران على اقراره بانه وقف على عمرو ؛ فان عرف اي الاقرارين كان الاول جاز وبطل الثاني وان لم يعلم الاول منهما قضي بالجميع وتكون الغلة بين الفريقين نصفين | |
| ١٥٠٤ ـ اقرار الناظر في حق الوقف ونكوله غير صحيح | |
| ١٥٠٥ ـ اقرار الناظر بمستحق في الوقف ينكره المستحقون غير صحيح . | |
| ١٥٠٦ ـ الاحباس التي لا رسوم لها اذا وقعت مقارة فيها بين المستحقين على كيفية القسمة والاستحقاق تلزم المتقارين ومن اتى من قبلهم ولا يمكن لاحد منهم نقضها إلّا اذا ظهر رسم صحيح للوقف ولا تلزم غير المتقارين ومن اتى من قبلهم . | |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
|---|---|

## الفصل الثامن

## في احكام الحبس

| | |
|---|---|
| ١٥٠٧ ـ اذا لم يوجد في نص الوقف نص على التفاضل في استحقاق الريع بين الذكور والاناث قسم على السواء بينهم . | اذا وقع التحبيس على ذكور واناث ولم ينص على تفضيل فريق على آخر يقع القسم بينهم على التساوي بين الذكران والاناث . |
| ١٥٠٨ ـ اذا حبس على الاولاد واولاد الاولاد واولاد اولاد الاولاد يشترك الجميع في القسمة على السواء ولا يؤثر وجود الاصل على الفرع إلّا اذا وجد ما يقتضي الترتيب بين الطبقات . | اذا حبس على الاولاد واولاد الاولاد تقع التسوية بينهم في القسمة ولا يؤثر الاعلى على الاسفل(١) |
| ١٥٠٩ ـ يعمل بشرط الواقف في التسوية والتفاضل في كل من يتناوله تحبيسه من الموقوف عليهم او من يخلفهم بعد انقراضهم | اذا مات المحبس عليهم وعقبهم واشترط الواقف في حبسه ان انقرضوا رجع لاقرب الناس بالمحبس يوم المرجع وان الذكر مثل حظ الانثيين لا يعمل بشرط التفضيل لان مرجع الوقف يستوي فيه الذكر والانثى |

(١) هذا قول المغيرة وهو الذي جرى به العمل والمشهور ايثار الاعلى وهو الذي مشى عليه صاحب المختصر . العمليات العامة ص - ٣٧١

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٥١٠ ـ اذا انقرض المحبس عليهم صرف الوقف لمن عينه الواقف من غيرهم او لما يعينه من جهات البر طبق شرطه فان لم يعين صرف للفقراء سواء من قرابة الواقف او غيرهم | اذا انقرض المحبس عليهم فان الوقف يرجع لاقرب فقراء عصبة المحبس ولامرأة لو قدرت رجلا لكانت عاصبا كالبنات والاخوات والعمات وبنات الاخ وبنات العم وتدخل هذه المراة في المرجع وان ساوت عاصبا. واذا كانت اقرب من العاصب الذكر قدمت عليه في الضيق وان كانت ابعد منه قدم عليها العاصب. واذا اخذ الفقير كفايته واستغنى يعطى لمن بعده |
| ١٥١١ ـ الفقير في باب الوقف من يعد فقيرا في باب الزكاة فمن له المسكن لاغير او له مسكن وخادم فهو فقير في حق الزكاة والوقف | |
| ١٥١٢ ـ كل من وجبت نفقته في مال انسان وله ان ياخذ ذلك من غير قضاء ولا رضا ويقضي القاضي بالنفقة في ماله حال غيبته ومنافع الاملاك متصلة بينهما حتى لا تقبل شهادة احدهما لصاحبه يعد غنيا بغنى المنفق في حق حكم الوقف وذلك كالوالدين والمولودين والاجداد ومن لا يكون كذلك لا يعد غنيا بغنى المنفق في حكم الوقف كالاخوة او الاخوات وسائر المحارم | |

## المذهب الحنفي

١٥١٣ — اذا وقف على اولاده ثم على اولادهم وهكذا مرتبا بين البطون وشرط ان من مات عن ولد فنصيبه لولده او عن غير ولد فنصيبه لمن في درجته ومن مات قبل استحقاقه لشيء وله ولد قام ولده مقامه واستحق ما كان يستحقه لو بقي حيا فمات الواقف عن ستة اولاد مثلا ثم مات احدهم عن ولد يعطي سهمه لولده عملا بالشرط فلو مات بعده آخر عن ولد وعن ولد ولد مات والده في حياة ابيه يعطى هذا الولد مع عمه حصة جده لان الواقف جعل درجته درجة ابيه وهي درجته الجملية فيشارك اهل الطبقة الاولى وهي درجة عمه واذا مات احد من اعمامه عن غير ولد لا يستحق مع اعمامه نصيبه فاذا مات آخر من في الطبقة عن ولد انقضت القسمة وتستانف قسمة اخرى على البطن الثاني ويبطل قول الواقف ومن مات عن ولد فنصيبه لولده ويرجع الى العمل بقوله ثم على اولادهم حيث رتب بين الطبقات وبعد ذلك فكل من مات من البطن الثاني عن ولد فنصيبه لولده وهكذا الى ان يموت آخر هذه الطبقة الثانية فتبطل القسمة وتستانف قسمة على الطبقة الثالثة الى آخر الطبقات ولا فرق في نقض القسمة بين ان يعبر بالواو بين الطبقات مرتبا بعده بان يقول يبدا بالبطن الاعلى او تعجب الطبقة العليا الطبقة السفلى وبين ان يعبر بثم بين الطبقات .

## المذهب المالكي

التحبيس على الطبقات كالاولاد ثم اولادهم ثم اولاد اولادهم والطبقة السفلى لا تشارك العليا اذا وقع فيه التنصيص على ان من مات عن عقب قام عقبه مقامه فالحكم اذا صار نصيب كل واحد منهم لولده او اولاده ثم انقرضت طبقة الاولاد وآل الوقف الى اولاد الاولاد ان يستمروا على ذلك ويبقى كل ولد ولد على نصيب ابيه . واذا لم ينص الواقف على ان من مات عن عقب يقوم عقبه مقامه فان من يموت من اولاد الاعيان يكون نصيبه لولده او اولاده واذا انقرضت طبقة اولاد الاعيان وصار الوقف لاولاد الاولاد فانه يستمر بيد كل ما كان استحقه من ابيه (١)

(١) على ما افتى به الناصر اللقاني معللا بان ما بيد كل قد صار اليه بوجه مشروع فلا ينتقل عنه لغير موجب وافتى الحطاب واستظهره الشيخ عبد الغفار باستواء الاولاد بعد انقراض الطبقة وهو الموافق للمذهب الحنفي . ويرجح ما افتى به الناصر انه الموافق لاغراض الواقفين غالبا في اجراء الاوقاف مجرى المواريث والعمل بالديوان جار عليه وانظر الحطاب في الفاظ الواقفين ص - ١٠٥ - ١٠٦

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٥١٤ ـ اذا ادعى بعض اهل الوقف انه مطلق وادعى آخرون انه مرتب بطنا بعد بطن واقسام كل منها البينة فبينة الترتيب اولى . | |
| ١٥١٥ ـ يحمل قول الواقفين على الفريضة الشرعية على التفاضل بين الذكور والاناث في قسمة الريع لا على التساوي | |
| ١٥١٦ ـ | اذا كان الموقوف غير عقار كالثياب وكتب العلم والحيوان وصار لا ينتفع به فيما حبس فيه يباع ويجعل ثمنه في مثله ان امكن وإلّا يشارك به في جزء ان امكن وإلّا يتصدق به . |
| ١٥١٧ ـ استبدال عقار الوقف على ثلاثة وجوه .<br>الاول ـ ان يشترطه الواقف لنفسه او لغيره او لنفسه وغيره فيجوز على الصحيح اتفاقا .<br>الثاني ـ ان لا يشرطه سواء شرط عدمه او سكت لكن صار بحيث لا ينتفع به بالكلية بان لا يحصل منه شيء اصلا ولا يفي بمؤونته مع عدم وجود ريع | اذا كان الموقوف عقارا فلا تجوز معاوضته بعقار آخر إلّا اذا كان خربا ، ولم تكن له غلة يصلح بها ، ولا يوجد من يتطوع باصلاحه ؛ ولا ترجى عودته الى حالته باصلاح او غيره ، وكان الريع الماخوذ لجانب الحبس اكثر قيمة من ريع الحبس |

المذهب المالكي

المذهب الحنفي

للوقف يعمر به وان لا يكون البيع بغبن فاحش فيجوز على الاصح اذا كان باذن القاضي

الثالث – ان لا يشرطه ايضا ولكن فيه نفع في الجملة وبدله خير منه نفعا وريعا وهذا لا يجوز على الاصح.

١٥١٨ – لا يجوز استبدال العامر من عقارات الوقف إلا في اربع

الاولى – لو شرطه الواقف

الثانية – لو غصبه غاصب واجرى عليه الماء حتى صار بحرا فيضمن القيمة ويشترى بها بدل عن المغصوب

الثالثة – ان يجحده الغاصب ولا بينة واراد دفع القيمة فيجوز اخذها وشراء عوض بها.

الرابعة – ان يرغب انسان فيه ببدل اكثر غلة واحسن نفعا.

اذا كان الوقف لا تفي غلته بخدمته يجوز بيعه ويعوض بثمنه ما هو اغبط للحبس (١)

(١) شرح العمليات العامة ص ٣٧٩

١٥١٩ – يجوز بيع نقض الوقف اذا استغني عنه وتعذر استعماله في عمارة الوقف وخيف هلاكه وصرف ثمنه في مرمة الوقف صرفا للبدل الى مصرف المبدل. ولا تجوز قسمته بين المستحقين.

يجوز بيع نقض الوقف اذا انهدم واستغني عنه وصرف ثمنه في مثله (١)

(١) العمليات العامة ص ٣٧٩

## المذهب الحنفي

١٥٢٠ ـ اذا بنى المستحق بدار الوقف ثم مات كان البناء ميراثا لورثته دون اهل الوقف وتؤمر الورثة برفعه فان اراد المستحق اخذ البناء بقيمته لم يكن له ذلك إلّا برضا الورثة واصطلاحهم على شيء واذا كان الرفع يضر بالموقوف ضررا شديدا فلا يقدم عليه وان رضي به مستحق السكنى ويؤمر هذا المستحق بدفع قيمة مرمة الباني حالا ان شاء فان ابى، او آجرت الدار واعطي ورثة الباني قيمة مرمتها من اجرتها ثم ردت بعد المدة للمستحق (١)

(١) تنقيح الحامدية ج ـ ١ ص ـ ١٨٧

١٥٢١ ـ اذا بنى ناظر الوقف او غرس في ارض الوقف فان كان من مال الوقف فهو وقف وان كان من ماله للوقف او اطلق فهو وقف وان لنفسه فهو له ويكون متعديا فيجب رفعه لو لم يضر فان كان في الرفع ضرر تملكه الوقف باقل القيمتين منزوعا وغير منزوع ويفسق الناظر ويستحق العزل لتعديه بهذا التصرف .

١٥٢٢ ـ اذا بنى في ارض الوقف او غرس اجنبي فان بنى للوقف فهو وقف وان لنفسه او اطلق رفعه ان لم يضر بارض الوقف فان اضر تملكه الوقف باقل القيمتين منزوعا وغير منزوع

## المذهب المالكي

اذا بنى بعض المحبس عليهم في الحبس او غرس ومات ولم يبين ؛ ألحق ما أحدثه بالحبس وكان وقفا . واذا اوصى او قال هذا لورثتي فذلك لهم (١)

(١) المختصر والعمليات العامة ص ـ ٣٨٥

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٥٢٣ – اذا بنى المستاجر او غرس في الوقف بلا اذن فهو له ويرفعه ان لم يضر بالوقف فان اضر تملكه الوقف باقل القيمتين منزوعا وغير منزوع | |

١٥٢٤ –

اذا لم يهمت الباني في الحبس فهو احق بسكنى ما بنى لا يدخل عليه غيره فيه. واما مابني للغلة فيقاص نفسه بما يستوفي من الخراج فيما انفق فما فضل عنه فهو لجميع من حبس عليهم واذا اراد احد الدخول مع من بنى فيما بقي من الغلة يغرم للباني نصف ما بقي له من حقه ويدخل معه فيه فيكون في يديه نصف ما بنى للغلة ياخذ غلته ويقاص نفسه بها حتى يستوفي حقه فاذا استوفى حقه كانت الغلة بين من حبست عليه (١)

(١ مختصر ابن عرفة في آخر الوقف قبيل باب الهبة

١٥٢٥ –

اذا خرب الوقف فاراد غير الواقف عادته فللواقف او وارثه منعه اذا كان الخراب لحادث نزل به كوابل مطر وشدة ريح وعاصفة فما اذا كان بتوالي عدم اصلاح ما ينزل به من الهدم شيئا فشيئا والمستحق يستغل ما بقي منه في اثناء توالي الهدم فيقبل من تطوع باصلاحه ولا مقال للمحبس ولا لاوارثه في منعه (١)

(١) مختصر ابن عرفة .

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٥٢٦ ـ دار الوقف المحبسة على السكنى اذا كانت كبيرة ذات حجر ومقاصير تتسع لسكنى المستحقين بحيث يمكن للرجل ان يسكن بزوجته وللمراة ان تسكن معها زوجها سكنوها جميعا كذلك واذا كانت الدار صغيرة وهي موقوفة للسكنى وليس فيها حجر ومقاصير وكثر اولاد الواقف فلا يسكنها الا من جعل له الواقف السكنى دون غيرهم من ازواج النساء وزوجات الرجال. | اذا سكنى احد الموقوف عليهم في الدار الموقوفة عليه وعلى غيره ولم يكن هناك شرط في كيفية السكنى لا يخرج الساكن لغيره ولو كان غنيا وغيره فقيرا او ليس لغيره الا ما فضل عن حاجته اذا كان الحبس على محصور وغير معين كاولاد فلان واعقابهم ولا يسقط حقه في السكنى الا اذا سافر سفر انقطاع فان سافر ليعود فلا يسقط حقه وله حبس مفتاحه. فان كان على معينين استحق الجميع السكنى ولا عبرة باسبقية احدهم فان لم تسع الدار الجميع اكريت وقسم بينهم كراؤها |
| ١٥٢٧ ـ من له السكنى من المستحقين له ان يعير حصته من الدار لغيره وليس له ان يؤجر ذلك فان آجر وجب رد الاجرة لجهة الوقف | |
| ١٥٢٨ ـ | اذا اشترط الواقف ان من استغنى من الساكنين يخرج لغيره يعمل بشرطه ويسقط حق الساكن في السكنى اذا استغنى |
| ١٥٢٩ ـ اذا سكن بعض المستحقين دارا موقوفة عليه وعلى غيره بالغلبة واستأثر بها لنفسه قهرا عليهم اجبر على دفع اجرة حصص الباقين سواء كانت الدار موقوفة للسكنى او للاستغلال | |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٥٣٠ ـ اذا سلمت الموقوفات لناظر الوقف ثم جحدها او بعضها اخرجت من يده وعوض بغيره ليقوم عليه بالخصومة وضمن ما حصل بها من نقصان بعد جحوده وصرف في مصالح الوقف ولا يسلم لا مستحقين | |
| ١٥٣١ ـ اذا زاد الغاصب في الموقوف المغصوب من عنده فان لم تكن الزيادة مالا متقوما كاثارة الارض او القاء السرفين بها واختلاطه بترابها فان الموقوف يسترد من الغاصب بلا شيء . وان كانت الزيادة مالا متقوما كالبناء والشجر يؤمر الغاصب برفع البناء وقلع الشجر ورد الارض ان لم يضر ذلك بالوقف فان اضر تملك الوقف البناء والشجر باقل القيمتين مقلوعا وغير مقلوع واذا كان بيد الناظر مال الوقف سلمت منه القيمة المطلوبة والا اوجر الوقف واعطيت القيمة من معين للاجرة . | |
| ١٥٣٢ ـ اذا لم يبين الواقف مصرف الوقف بان قال داري او ارضي صدقة موقوفة وسكت فان الغلة تصرف للفقراء وكذلك اذا عين اربابا للصرف او سمى اشخاصا وعين انهم مقادير يأخذونها وفضل من الدخل فاضل لم يعين له مصرفا فانه يصرف للفقراء واذا كان المستحقة وان المعينون فقراء كان للناظر صرف الفائض المذكور اليهم بوصفهم فقراء لا بوصفهم مستحقين | اذا لم يعين الواقف مصرف الوقف كقوله داري وقف يسأل ان كان اميا ويصرف فيما يعينه فان تعذر سؤاله حتى مات يصرف فيما يقصد بالتحبيس غالبا في عرف اهل بلده كاهل العلم والقراء والمرضى فان لم يكن ثم غالب يصرف للفقراء اما اذا لم يتم الشيء الموقوف فيبطل الحبس |

# الجزء الثاني

## في احكام الاحوال العقارية

وفيه كتب

# الكتاب الاول (١)

## في الاستحقاق

وفيه فصول

### الفصل الاول

### في معنى الاستحقاق وقواعد عامة تتعلق به

١٥٣٣ ـ الاستحقاق هو الحكم باخراج المدعى تملكه من يد حائزه الى يد المدعي

١٥٣٤ ـ سبب التملك اما معاوضة او تبرع اوارث او حوز للاشياء المباحة غير المملوكة لاحد او احياء موات الارض التي لا اختصاص فيها

١٥٣٥ ـ التملك يكون تارة للاعيان واخرى لمنافع الاعيان

١٥٣٦ ـ يصح ان يكون تمليك المنفعة قاصرا على الاستغلال او على السكنى او شاملا لهما

١٥٣٧ ـ الارتفاق حق مقرر على عقار لمنفعة عقار شخص آخر

١٥٣٨ ـ العقد عبارة عن ارتباط الايجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الاخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه

١٥٣٩ ـ يترتب على العقد التزام كل واحد من المتعاقدين بما التزمه الاخر

١٥٤٠ ـ يشترط لتحقق كل عقد ـ ١ ـ العاقدان ـ ٢ ـ وصيغة العقد ـ ٣ ـ ومحل يضاف اليه العقد وهو المعقود عليه

١٥٤١ ـ ويشترط لصحة كل عقد ـ ١ ـ اهلية العاقدين ـ ٢ ـ وكون العقد مفيدا ـ ٣ ـ وكون متعلق العقد قابلا لحكم العقد ـ ٤ ـ وكونه مما يقصد شرعا

١٥٤٢ ـ التصرف بشبهة يوجب الفوز بالغلة وعدم ضمانها

(١) يدرج هذا الكتاب عند الجمع قبل الشفعة والقسمة والتبرعات

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
|---|---|

## الفصل الثاني

## في عقد المعاوضة بالبيع

١٥٤٣ - ينعقد البيع بايجاب وقبول بكل لفظين منبئين عن معنى التمليك والتملك ويصح انعقاده بهما خطابا او مكاتبة ويشترط القبول في مجلس وصول الكتاب وقراءته وفهمه .

وينعقد بالاشارة المعروفة للاخرس وبالتناول والتعاطي ولو من احد الجانبين بعد بيان الثمن فيما يكون ثمنه غير معلوم ما لم يصرح البائع مع التعاطي بعدم الرضا .

صيغة العقد من البائع ما يدل على الايجاب ومن المبتاع ما يدل على الرضا ولا يشترط اللفظ بل تكفي المعاطاة

١٥٤٤ -

او قال الراغب بعني فقال البايع بعتك فقال الراغب لا ارضى يحالف الراغب ما اراد الشراء ولا يلزمه الشراء فان نكل لزمه

١٥٤٥ - يشترط لانعقاد البيع ان يكون كل من العاقدين عاقلا مميزا .

يشترط لانعقاد العقد ان يكون كل من العاقدين مميزا يعقل معنى العقد ويقصده .

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٥٤٦ ـ يشترط لنفاذ البيع ان يكون ئع مالكا لما يبيعه او وكيلا لمالكه او صيه ؛ وان يكون المالك البائع بنفسه محجور عليه ؛ وان لا يتعلق بالمبيع ق الغير . | يشترط للزوم العقد التكليف والرشد والطوع . |
| ١٥٤٧ ـ السكران من محرم كالصاحي ينفذ بيعه في حق نفسه اما اذا كان كيلا فسكر وباع لم ينفذ على موكله . | السكران الذي معه ضرب من التمييز لا تلزمه عقوده . |
| ١٥٤٨ ـ المحجور عليه المميز اذا عقد عقدا من العقود الدائرة بين النفع الضرر التي لا يشترط البلوغ لصحة انعقادها لا ينفذ عقده إلا اذا أجازه ولي او الوصي اجازة معتبرة : فان اجازه جاز ونفذت احكامه وان لم يجزه و اجازه وكان فيه ضرر بان كان فيه غبن فاحش زيادة او نقصا لا يجوز ولا ينفذ اصلا | اذا باشر المحجور عليه المميز العقد لا ينفذ عقده إلا اذا اجازه الحاجر باذن الحاكم واذا رده الحاجر لا يتبع المحجور بشيء إلا ان يوجد الثمن بيده وتشهد البينة على عينه او ينفقه في مصالحه. |
| ١٥٤٩ ـ يشترط لصحة البيع رضا المتعاقدين بالبيع والشراء من غير اكراه ولا اجبار | يشترط لصحة العقد الوارد على الاعيان المالية او على منافعها تراضي العاقدين بلا اكراه ولا اجبار |

## المذهب الحنفي

١٥٥ ـ الاكراه هو اجبار الشخص ان يعمل عملا بدون حق من غير رضاه لغو.

## المذهب المالكي

١٥٥١ ـ الاكراه نوعان ملجيء وغير ملجيء :

فالملجيء يعدم الرضا ويفسد الاختيار يكون بالتهديد باتلاف نفس او عضو او بعض عضو او بضرب مبرح يخاف منه تلف نفس أو عضو او باتلاف كل المال.

وغير الملجيء يعدم الرضا لكنه لا يفسد الاختيار ويكون بالتهديد بالحبس والقيد المؤبدين وبالضرب غير المتلف على حسب احوال الناس.

الاكراه يكون بخوف مؤلم من قتل او ضرب او سجن او قيد او صفع الذي مروءة بملإ او اخذ مال.

١٥٥٢ ـ الاكراه بحبس الوالدين والاولاد وغيرهم من كل ذي رحم او بضربهم يعدم الرضا.

الخوف من قتل الابن والاب والاخ والعم معتبر اكراها.

١٥٥٣ ـ

المكره على البيع لا يلزمه البيع وله رد المبيع اذا زال الاكراه وقام بقرب زواله (١)

(١) التسولي

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٥٥٤ - | لا فرق في الاكراه بين ان يخاف نزول المؤلم به حالا او مئالا وبين ان يستمر التخويف حتى يقع البيع او يتراخى البيع الى نحو الشهر والشهرين (١) |
| | (١) هذا هو المعتمد ويرى الاستاذ ابن لب ان لا ضغط اذا تاخر العقد عنه - انظر التسولي |
| ١٥٥٥ - | الاكراه على سبب البيع كالالزام بمغارم ظلما لا يمنع نفوذ البيع ولزومه (١) |
| | (١) قول ابن كنانة وافتى به السيوري واللخمي وجرى به عمل فاس |
| ١٥٥٦ - يختلف الاكراه باختلاف احوال الاشخاص وسنهم وضعفهم وجاههم ودرجة تاثرهم وتالمهم من الحبس والضرب كثرة وقلة وشدة وضعفا . | |
| ١٥٥٧ - يشترط لاعتبار الاكراه المعدم للرضا ان يكون المكره قادرا على ايقاع ما هدد به وان يخاف المكره وقوع ما صدر تهديده به في الحال بان يغلب على ظنه وقوع المكره به ان لم يفعل الامر المكره عليه فان كان المجبر غير قادر على ايقاع ما هدد به فلا يكون الاكراه معتبرا . | |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٥٥٨ - اذا عقد المكره العقد في غياب المجبر ولم يرسل المجبر احدا ليرده اليه ان لم يفعل فلا يعتبر الاكراه ويكون قد عقد طوعا بعد | |
| ١٥٥٩ - من اكره على عقد من العقود المحتملة للفسخ كالبيع والشراء والايجار والاستئجار والهبة والصلح والشفعة ونحوها يجوز له ان يفسخه بعد زوال الاكراه ولا يبطل حق فسخه بموته ولا بموت من اكرهه ولا بموت العاقد الآخر بل تقوم ورثتهم مقامهم | |
| ١٥٦٠ - اذا اكره على البيع والتسليم فباع وسلم فهو بيع مكره وان اكره على البيع لا غير فباع ثم سلم طائعا فهو ليس ببيع مكره فالاكراه على البيع لا يكون اكراها على التسليم وحينئذ يكون طائعا في التسليم ويعتبر ذلك اجازة منه واذا ادعى انه كان مكرها على البيع واراد استرداد المبيع من يد المشتري لا تسمع دعواه ما لم يدع انه كان مكرها على التسليم | |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٥٦١ ـ لو اكره على البيع ثم باشر قبض الثمن طوعا كان اجازة لان القبض طائعا دليل الرضا وهو شرط صحة العقد | |
| ١٥٦٢ ـ اذا اكره الزوج زوجته ل عقد من العقود التي تحتمل الفسخ تبر اكراهه لها وجاز لها الفسخ عند ال الاكراه | |
| ١٥٦٣ ـ | الاكراه الشرعي كجبر القاضي على البيع للنفقة لا يعتبر اكراها ماتما من لزوم العقد |
| ١٥٦٤ ـ عقد المكره ينعقد فاسدا املا فيقبل الاجازة فلو اجاز المكره د زوال الخوف صراحة اودلالة صحيحا | |
| ١٥٦٥ ـ عقود المكره لا يتوقف على اجازته بعد زوال الاكراه بل لا توقف وتفيد الملك بالقبض فان لمكره عليه عقد بيع ايملك المشتري بقبضه ملكا فاسدا ويصح فيه كل من التصرفات التي لا يمكن ا وتلزم قيمته ويكون للمكره على | |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| البيع الخيار ان شاء ضمن المكره له على بيع قيمته يوم تسليمه الى المشتري وان شاء ضمن المشتري قيمته يوم قبضه لا يوم احدث فيه تصرفا لا يحتمل النقض | |
| ١٥٦٦ ـ يجوز للبالغ غير المحجور عليه ان يباشر اي عقد بنفسه او يوكل به غيره | يصح ان يتولى العقد غير المالك اما بطريق الوكالة او بطريق الولاية |
| ١٥٦٧ ـ اذا اضاف الوكيل عقد المعاوضة الى موكله عادت حقوق العقد الى موكله فلا مطالبة للوكيل ولا عليه مما يترتب على العقد من الحقوق والواجبات . واذا اضاف العقد الى نفسه تعود حقوق العقد كلها اليه | |
| ١٥٦٨ ـ لا يشترط في الوكيل البلوغ وانما يشترط فيه العقل والعلم بالوكالة فلو وكل شخص غيره على بيع عقاره وباعه الوكيل قبل حصول العلم له بالوكالة لا يصح بيعه | لا يشترط في الوكيل على العقد ان يكون رشيدا ويشترط ان يكون طائما . |

## المذهب الحنفي

١٥٦٩ ـ الاب المستور حاله اذا تصرف في مال ولده الصغير او الكبير المجنون او المعتوه ببيع او اجارة وكان تصرفه بمثل القيمة او بيسير الغبن يصح العقد وليس للولد نقضه بعد زوال الحجر عنه. والاب الفاسد الراي الذي لا يحسن التصرف في المال لا يصح بيعه مال ولده المحجور اليه الا اذا كان بضعف القيمة سواء كان المبيع عقارا او منقولا فان باعه باقل من ضعف القيمة يكون للولد نقضه بعد زوال الحجر عنه.

١٥٧٠ ـ يصح بيع الاب مال احد ولديه الصغيرين من الاخر. والعهدة عليهما اذا بلغا

١٥٧١ ـ اذا باع الاب عقاره لولده الصغير لا يصير قابضا بمجرد البيع بل لا بد من تحقق حالة يثبت بها القبض فلو كان المبيع دارا في سكنى الاب فان الابن لا يصير قابضا لها إلّا اذا فرغها الاب وسلمها لمقدم ينصبه القاضي لذلك ولو هلك المبيع قبل ان يصير بحال يتمكن من القبض حقيقة هلك على الاب.

## المذهب المالكي

للاب ان يبيع عن صغار اولاده ويشتري لهم وفعله محمول على السداد ما لم يظهر خلافه الا ان يكون المبيع ملكا للاب فيشتريه لولده فيحمل على غير السداد حتى يثبت خلافه.

واذا اظهر عدم السداد في بيع الاب لولده او شرائه له فللولد اذا زال الحجر عنه ان يرد ما فعله ابوه.

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٥٧٢ ـ اذا اشترى الاب لنفسه مال ولده الصغير بمثل القيمة او بما يتغابن الناس فيه يتصرف القاضي مقدما على الصغير بقبضه منه ثم يرده اليه فيكون وديعة من ابيه في يده . | |
| ١٥٧٣ ـ اذا اشترى الاب مال ولده الصغير لنفسه فبلغ الصغير كانت الهبة من قبل الولد على الاب . | |
| ١٥٧٤ ـ اذا باع الاب عقار ابنه فقال الابن كنت بالغا حين باعه بغير اذني وقال الاب كان صغيرا كان القول قول الابن . | |
| ١٥٧٥ ـ اذا اشترت الام عقار الاب لابيها الصغير بمال الابن صح ذلك . | |

## المذهب الحنفي

١٥٧٦ ـ لا يجوز للوصي بيع عقار المحجور الا لسبب من الاسباب الآتية

(١) ـ ان يرغبه المشتري بضعف قيمته

(٢) ـ ان يكون للصغير حاجة الى ثمنه

(٣) ـ ان يكون على مورث الصغير دين لا وفاء له الا به فيما هو موروث له عنه

## المذهب المالكي

الوصي لا يبيع عقار محجوره الا لسبب من الاسباب الآتية

(١) ـ الاحتياج الى النفقة

(٢) ـ غزارة الثمن

(٣) ـ خوف سقوط الدار وليس للمحجور مال يصلح منه

(٤) ـ الشركة فيما تتعذر قسمته فيبيعه ليشتري بثمنه ملكا مستقلا

(٥) ـ الخوف عليه من ظالم

(٦) ـ ان يكون على الملك مغرم فيبيعه ليستبدل به ما لا مغرم عليه

(٧) ـ ان يكون لاغلة له فيبيعه ليستبدل بثمنه ما فيه الفائدة

(٨) ان تكون الدار بين جيران سوء فيشتري بثمنها دارا اخرى

(٩) ـ خوف انتقال العمران عنها الى جهة اخرى

(١٠) ـ دعاء الشريك الى البيع فيما لا يقبل القسمة وليس بيده ما يسترده به

١٥٧٧ ـ الوصي اذا تصرف في عقار اليتيم بغير مسوغ من المسوغات الشرعية لا يصح تصرفه وللصغير نقضه بعد رشده، واذا باعه لمسوغ شرعي لزم الصبي احكامه وليس له نقضه

١٥٧٨ ـ اذا اشترى الوصي مال اليتيم لنفسه جاز ان كان فيه خير لليتيم والخيرية في غير العقار ان يشتري ما قيمته مائة بمائة وخمسين وفي العقار ان يشتريه بضعف القيمة

المذهب المالكي

المذهب الحنفي

١٥٧٩ ـ [illegible] اذا باع الوصي ماله المحجور لا يجوز الا اذا كان بنصف القيمة [illegible]

١٥٨٠ ـ القاضي اذا باع ماله من اليتيم او اشترى مال اليتيم لنفسه لا يجوز (١)

(١) هندية عن الخانية ص - ١٧٦ ج - ٣

١٥٨١ ـ الوصي اذا باع مال اليتيم بالنسيئة فان كان الاجل فاحشا لا يباع اليه مثله او كان يخاف عليه الجحود عند حلول الاجل او يخاف هلاك الثمن عليه فبيعه غير جائز وان كان الاجل غير فاحش ولا يخاف جحوده عند حلول الاجل ولا هلاك الثمن عليه جاز بيع الوصي .

١٥٨٢ ـ اذا استباع رجل من الوصي مال محجوره بالف واستباعه آخر بالف ومائة والاول املأ من الثاني ينبغي للوصي ان يبيع من الاول .

١٦٨٣ ـ لا يجوز للوصي ان يشتري لاحد محجوريه من الاخر ولا ان يبيع مال احدهما للاخر .

## المذهب الحنفي

١٥٨٤ ـ من باع ملك غيره لاخر بغير اذنه انعقد بيعه موقوفا على اجازة المالك فان اجازه نفذ والا بطل

ويشترط لصحة الاجازة من المالك ان يكون كل من البائع والمشتري وصاحب المتاع حيا ، وان يكون المبيع قائما على حاله لم يتغير تغيرا يعد به شيئا آخر وان يكون الثمن باقيا ان كان عرضا معينا

١٥٨٥ ـ سكوت المالك عن بيع فضولي ماله لا يكون رضا منه بالبيع

١٥٨٦ ـ اذا بلغ المالك ان فضوليا باع ملكه فاجازه قبل علمه بمقدار ثمنه ثم لما علم بمقدار الثمن رد البيع اعتبرت الاجازة والفسخ الرد

١٥٨٧ ـ البيع احق من الاجارة والرهن والهبة. فلو باع فضولي ملك انسان ورهن ذلك الملك فضولي آخر او وهبه او آجره فاجاز المالك البيع والرهن او البيع والهبة او البيع والاجارة جاز البيع وبطل غيره

## المذهب المالكي

اذا تولى البيع غير المالك بغير وكالة ولا ولاية وهو المعروف ببيع الفضولي فان كان ذلك بحضور المالك وسكوته من غير عذر يلزم البيع وليس للمالك الرد. واذا كان ذلك في غيبة المالك عن مجلس العقد فله امضاء العقد وردّه ما لم يعلم ويسكت مدة طويلة من غير عذر تنبيء عن الرضا (١)

(١) وهي ما تجاوز الثلاثة ايام على الراجح وان كان مشكلا كما الشيخ التاودي وغيره

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
|---|---|
| ١٥٨٨ ـ من المبيع الموقوف بيع الصبي المحجور الذي يعقل البيع والشراء والمغبونة ومن بلغ سفيها فان بيعهم وشراءهم يتوقف على اجازة الحاجر او القاضي . | |
| ١٥٨٩ ـ يشترط ان يكون المبيع موجودا وان يكون مالا متقوما مقدور التسليم وان يكون معلوما عند المشتري علما نافيا للجهالة الفاحشة . | يشترط في المعقود عليه ان يكون طاهرا منتفعا به انتفاعا مباحا مقدورا على تسليمه معلوما للمتعاقدين لم يتعلق به حق الغير . |
| ١٥٩٠ ـ تكفي الاشارة للمبيع الحاضر في المجلس . ويكفي فيما كان غائبا بيان احواله واوصافه المميزة له عن غيره . | المبيع الحاضر بمجلس العقد يلزم لصحة بيعه رؤيته ولا يكفي وصفه إلا اذا ترتب على رؤيته ضرر او فساد فيجوز بيعه بالوصف والمبيع الغائب عن مجلس العقد يصح بيعه على الصفة بالالزوم لكن بشرط إن لا يبعد جدا وهو ما كان على مسافة شهرين اي ستمائة ميل وعشرين ميلا واذا وجد طبق الوصف لزم وإلا كان الخيار للمشتري . |
| ١٥٩١ ـ يشترط للزوم البيع ان يرى المشتري المبيع وقت البيع او يكون قد رآه قبله ثم اشتراه عالما وقت الشراء انه هو مرئية السابق وليس له ان يرده الا اذا وجده متغيرا عن الحالة التي رآه عليها وتكفي رؤية ما يدل على العلم بالمقصود قبل الشراء في سقوط خياره بعده | يصح بيع الغائب على رؤية متقدمة عن العقد بالزوم بشرط ان لا يتغير بعدها غالبا . |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٥٩٢ ـ من اشترى شيئا ولم يره وقت شرائه ولا قبله فله الخيار اذا رآه ان شاء قبله وان شاء فسخ البيع وردّه وان كان قد رضي به قولا قبل رويته ولو لم يشترط ذلك في العقد. | المبيع الغائب عن مجلس العقد يصح بيعه على الخيار للمشتري بالرؤية وللمشتري ان يرد البيع قبيل الرؤية وبعدها . ولا يشترط في هذا النوع وصف ولا رؤية سابقة |
| ١٥٩٣ ـ لا خيار للبائع فيما باعه ولم يره | |
| ١٥٩٤ ـ يشترط للزوم البيع ان كان المبيع دارا او خانا (فندقا) رؤية كل حجرة وقاعة بذاتها الا اذا كانت مقسامة على نسق واحد فيكتفى برؤية واحدة منها | |
| ١٥٩٥ ـ اذا بيعت جملة اشياء متفاوتة صفقة واحدة وراى المشتري بعضها دون بعض فله الخيار بين اخذ جميع الاشياء المبيعة بالثمن المسمى لها وبين فسخ البيع وردها جميعا وليس له ان ياخذ ما رآه ورضي به ويترك ما لم يكن رآه | |

| المذهب المالكي | المذهب الحنفي |
| --- | --- |
| | ١٥٩٦ - اذا تصرف المشتري في المبيع الذي اشتراه قبل ان يراه تصرفا لا يحتمل الفسخ او يوجب حقا للغير بأن باعه بيعا مطلقا عن شرط الخيار او رهنه او آجره او هلك في يده او استهلكه او تعيب في يده تعيبا لا يمكن معه فسخ البيع يسقط حقه في الرد بخيار الرؤية ويلزم البيع والثمن |
| | ١٥٩٧ - خيار الرؤية ثابت للمشتري حكما ولا يلزم لثبوته اشتراطه . |
| | ١٥٩٨ - اجازة البيع قبل رؤية المبيع لا تفيد سقوط حق خيار الرؤية بل هو باق على حاله فاذا رأى المشتري المبيع كان له الخيار بين اخذه ورده . |
| | ١٥٩٩ - يثبت خيار الرؤية للبائع في الثمن اذا كان مما يتعين بالتعيين . |
| | ١٦٠٠ - لا يتوقت خيار الرؤية بوقت بل يبقى الى ان يوجد ما يبطله . |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٦٠١ ـ خيار الرؤية لا يورث فلو مات المشتري قبل الرؤية لم يكن لورثته الرد . | |
| ١٧٠٢ ـ اذا اختلف المتبائعان في تغير المبيع وعدم تغيره بعد رؤية المشتري له فقال المشتري قد تغير وقال البائع لم يتغير فان كانت المدة قريبة لا يتغير المبيع في مثلها فالقول للبائع مع يمينه وعلى المشتري البينة وان كانت المدة بعيدة يتغير المبيع في مثلها فالقول للمشتري . | |
| ١٦٠٣ ـ اذا اختلف في الرؤية وعدمها وقت الشراء فادعاها البائع وانكرها المشتري فالقول للمشتري . | |
| ١٦٠٤ ـ الرد بخيار الرؤية فسخ لا يتوقف على القضاء ولا على رضا البائع بل ينفسخ البيع بقول المشتري رددته غير انه يشترط علم البائع بذلك . | |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٦٠٥ ـ الاعمى يسقط خياره بلمس الاشياء التي تعرف باللمس وشم المشمومات وذوق المذوقات . | |
| ١٦٠٦ ـ اذا وصف شيء للاعمى وعرف وصفه ثم اشتراه لا يكون مخيرا . | |
| ١٦٠٧ ـ اذا بيع مال بوصف مرغوب فيه فوجد المبيع خاليا عن الوصف الذي رغب فيه المشتري فله الخيار بين اخذه بكل الثمن او رده بفسخ البيع وهذا الخيار يسمى خيار الوصف | |
| ١٦٠٨ ـ اذا حدث في المبيع بالوصف ما يمنع الرد يقوم المبيع مع الوصف المرغوب وبدونه ويرجع على البائع بقدر التفاوت من الثمن | |
| ١٦٠٩ ـ خيار الوصف يورث فلو مات المشتري قبل خياره ينتقل حق طلب الفسخ الى ورثته | |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٦١٠ – بيع المرهون ينعقد موقوفا على اجازة المرتهن فان اجازه المرتهن او قضى الراهن دينه او ابرأه المرتهن منه يتم البيع | اذا باع الراهن الرهن قبل قبض المرتهن لم يمضي البيع ولا مقال للمرتهن ان فرط في قبض الرهن وان لم يفرط توقف على رضاه اما اذا اوقع البيع بعد ان قبضه المرتهن فيتوقف على رضا المرتهن فان اعطي دينه فلا كلام له والافان بيع بمثل حقه عجل له وان بيع بأقل من حقه او كان دينه عرضا فله اجازة البيع وردّه فان اجاز تعجل حقه بعد ان يحلف انه انما اجاز ليتعجل حقه |

١٦١١ – اذا باع الراهن الرهن بغير اذن المرتهن ثم باعه للمرتهن صح البيع للمرتهن وانتقض البيع الاول.

١٦١٢ – اذا باع الراهن الرهن لانسان بغير اذن المرتهن ثم باعه لاخر بغير اذن المرتهن ايضا ثم اجاز المرتهن احد البيعين نفذ البيع الذي لحقه الاجازة والثمن للمرتهن يستوفي منه حقه

١٦١٣ – اذا باع ذواليد العقار المتنازع فيه بيع غير اثناء النزاع صح بيعه

لا يصح بيع ما فيه خصومة

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٦١٤ - | يصح بيع المغصوب الى غاصبه اذا علم انه يرده الى ربه ان لم يبعه ويفسد اذا علم منه ربه منه ان لم يبعه او اشكل امره |
| ١٦١٥ - بيع المغصوب من غير الغاصب ينعقد موقوفا فان اقر الغاصب تم البيع ولزمه وان جحده فان كانت للمغصوب منه بينه فكذلك وان ولم تكن له بينه ولم يسلمه حتى هلك انتقض البيع | |
| ١٦١٦ - لا يجوز بيع العين الا اذا تقدم سبب ملكها على بيعها فلو باع الغاصب العين المغصوبة ثم دخلت في ملكه بوارث او بشراء من مالكها المغصوب منه كان بيعه لها قبل ذلك باطلا لعدم تقدم سبب الملك له فيها على البيع | |
| ١٦١٧ - كل حق ثبت للمشتري فيما اشتراه يثبت لوارثه | |

المذهب الحنفي | المذهب المالكي

## الفصل الثالث

## في البيع على شرط

١٦١٨ - الشرط الذي يقتضيه العقد جائز معتبر فيصح اقتران العقد به كشرط تسليم المبيع على البائع وشرط تسليم الثمن على المشتري . وكذلك الشرط الذي يلائم العقد ويؤكد موجبه كالبيع بشرط ان يعطي المشتري كفيلا بالثمن والكفيل حاضر بمجلس العقد او حضر قبل تفرق المجلس وكالبيع بشرط ان يعطي المشتري رهنا بالثمن والرهن معلوم بالاشارة او التسمية .

الشرط الذي يقتضيه العقد او لا يقتضيه ولا ينافيه ولا يؤثر في الثمن جهالة كالرجوع بدرك العيب والاستحقاق واشتراط الرهن والكفيل يعمل به .

١٦١٩ - يعتبر الشرط المتعارف الذي جرت به عادة البلد وتقرر في عرف المعاملات بين التجار وارباب الصنائع .

١٦٢٠ - اذا كان الشرط لا يلائم العقد إلا ان الشرع ورد بجوازه كالخيار والاجل او لم يرد الشرع بجوازه ولكنه متعارف جاز البيع .

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٦٢١ ـ الشرط الذي لا يكون من مقتضيات العقد ولوازمه ولا مما يؤكد موجبه ولا جرى به العرف وكان به نفع لاحد العاقدين او لآدمي غيرهما فاسد ويفسد اقتران البيع به . | الشرط الجائز في نفسه المنافي لمقتضى العقد او المؤثر في الثمن جهالة يفسد البيع إلّا اذا حذف الشرط . |
| ١٦٢٢ ـ | اذا قارن البيع الجائز شرط حرام يفسد البيع مطلقا سواء اثر الشرط في الثمن اولم يؤثر |
| ١٦٢٣ ـ البيع من العقد التي لا تبطلها الشروط الفاسدة فيصح العقد ويبطل الشرط (١) | يبطل الشرط ويصح البيع في الفروع الآتية<br>(١) اذا اشترى ارضا وما فيها من زرع لم يطب فاشترط المشتري الزكاة على البائع<br>(٢) اذا باع ثمرا في شجر وشرط البائع في عقد البيع ان لا جائحة عليه وانها على المشتري<br>(٣) اذا باع الشيء بشرط ان لم يات بالثمن الى اجل كذا فلا بيع بينهما |

(١) ذكر في الدر المختار ان البيع لا يبطل بالشرط في اثنين وثلاثين موضعا ولخصها العلامة ابن عابدين مع بعض زيادة انظر رد المحتار ص ٨٠ ج ٤

## المذهب الحنفي

١٦٢٤ ـ اذا شرط الاجل في المبيع العين فسد العقد واذا شرط الاجل في الثمن والثمن دين فان كان الاجل معلوما جاز البيع وان كان مجهولا فسد

## المذهب المالكي

من البيع بشرط مفسد للعقد بيع الثنيا وهو البيع على شرط ارجاع المبيع للبائع متى رد الثمن للمشتري. وحكمه وجوب الفسخ بعد الوقوع ما لم يفت بيد المشتري وإلّا قضي بالقيمة

١٦٢٥ ـ من البيع بشروط بيع الوفاء هو ان يبيع شيئا بكذا او يدين عليه على ان البائع متى رد الثمن الى المشتري او الدين الذي له عليه يرد له العين المبيعة وفاء

١٦٢ ـ

فوات العقار المبيع بيع ثنيا يكون بالهدم والبناء والغرس لا بطول الزمان ولا بحوالة الاسواق (١)

(١) عدم الفوات بطول الزمان خلاف مختار التاودي وصرح ابن ناجي بمشهوريته انظر المهدي

ـ للبائع وفاء ان يرد الثمن ع وكذلك للمشتري وفاء ان سترد الثمن

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٦٢٨ ـ لا يجوز للمشتري وفاء ان ينتفع بالمبيع إلّا باذن البائع<br>ويضمن المشتري وفاء ما اكله من ثمر المبيع بدون اذن البائع وما اتلفه من شجره | الغلة في المبيع بيع شيا اذا قبضه المشترى للمشتري . |
| ١٦٢٩ ـ اذا شرط في بيع الوفاء ان يكون قدر من منافع المبيع للمشتري صح ذلك فلو اتفقا على ان الكرم المبيع بيع وفاء تكون غلته مناصفة بين البائع والمشتري صح ولزم الايفاء بذلك . | |
| ١٦٣٠ ـ ليس للبائع ولا للمشتري بيع مبيع الوفاء لشخص آخر . فلو باعه البائع لآخر بيعا باتا توقف البيع على اجازة المشتري وفاء . ولو باعه المشتري فللبائع او ورثته حق استرداده ويكون للمشتري اعادة يده عليه حتى يستوفي دينه . | اذا كانت الشيا المتطوع بها الى اجل فليس للمشتري التفويت في المبيع بالبيع او غيره فان فعل فسخ ان جاء البائع بالثمن في الاجل او قربه كاليوم ونحوه ورجع اليه المبيع وان تم الاجل ولم يات بالثمن سقط حكم الشيا . |
| ١٦٣١ ـ | اذا لم يضرب الى الشيا المتطوع بها اجل فمتى جاء البائع بالثمن لزمه رده اليه وللمشتري التصرف فيه بالبيع وغيره ولا كلام للبائع إلّا ان يحضر الثمن عند ارادة التفويت فيمنع المشتري من التفويت بالقضاء فان باعه بعد منع الحاكم له رد البيع وان |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٦٣٢ – اذا انعقد البيع من غير شرط الوفاء ثم ذكر الشرط على وجه المواعدة صح البيع ولزم الوفاء بالوعد (١) | اذا انعقد البيع على البت من غير شرط ثنيا ثم وقع التطوع بالثنيا من المشتري صح البيع والتطوع بالثنيا سواء ضرب لذلك اجل او لم يضرب |
| (١) هندية عن الخانية ص ٢٠٩ ج ٣ | |
| ١٦٣٣ – اذا مات احد المتبائعين وفاء انتقل حق الفسخ للوارث | اذا مات البائع بيع ثنيا فوارثه بمنزلته واذا مات المشتري المتطوع بالثنيا قبل الاخذ بها تبطل . |
| ١٩٣٤ – اذا قبض المشتري وفاء المبيع وفاء بعد ما دفع الثمن للبائع وتوافق المبائعان على ان يرد المبيع اذا رد الثمن في في وقت كذا ثم جاء الوقت وامتنع البائع من رد نظير الثمن الى المشتري يؤمر البائع ببيع المبيع وقضاء الدين من ثمنه فاذا امتنع باع الحاكم عليه (١) | |
| (١) تنقيح الحامدية اول الرهن | |
| ١٦٣٥ – اذا كانت قيمة المبيع مساوية للدين وهلك المبيع في يد المشتري سقط الدين في مقابلته واذا كانت ناقصة من الدين وهلك المبيع في يد المشتري سقط من الدين بقدر قيمته واسترد المشتري الباقي واخذه من البائع<br>واذا كانت قيمته زائدة على قدر الدين وهلك في يد المشتري سقط من القيمة قدر ما يقابل الدين وضمن المشتري الزيادة ان كان هلاكه بتعديه فان كان بغير تعديه لا يلزم المشتري اداء تلك الزيادة | |

| المذهب المالكي | المذهب الحنفي |
| --- | --- |
| اذا بنى المتطوع بالثنيا المعدودة للاجل ثم جاء البائع بالثمن فالمشتري قيمة بنائه منقوضا (١) | ١٦٣٦ - |

(١) ميارة في تكميل المنهج ونقله المهدي .

| | |
| --- | --- |
| اذا اختلف المتبائعان في الثنيا فادعى احدهما انها على الطوع والاخر انها على الشرط فالقول قول مدعي الشرط ولا عبرة بما يكتب في رسم البيع انه على غير ثنيا . | ١٦٣٧ - اذا اختلف المتبايعان في ان البيع بيع بت أو بيع وفاء فالقول لمدعي البتات وان اقاما البينة قدمت بينة مدعي الوفاء (١) |

(١) انظر تحرير العلامه ابن عابدين في آخر كتاب البيع من رد المحتار ص ٣٤٤ - ج ٤

## الفصل الرابع

## في بيع التوليج

| | |
| --- | --- |
| التوليج ان يظهر المتعاقدان ما تبرع به المالك في صورة البيع . | ١٦٣٨ - |
| لا تأثير للتوليج على صحة العقد اذا حاز المشتري المبيع في صحة البائع حوزا معتبرا . | ١٦٣٩ - |

## المذهب الحنفي

١٦٤٠ -

## المذهب المالكي

التوليج يثبت باحد ثلاثه امور :
الاول - اقرار المشتري ان الشراء لاصل له وانما هو عطية ولايعتبر اقرار البائع وحده ويعد ندمـا .
الثاني - البينة الشاهدة ان مـا عقداه سمعة وتوليج لاحقيقة له ويلزم تفسير الشاهد اذا لم يكن من اهل العلم بأن يقول توسطنا العقد بين المتبايعين واتفقـا على ان البيع الذي عقداه في الظـاهر انما هو سمعة لا حقيقة له اواقر بذلك عندنـا المشتري ولا تقبل الشهادة مجملة من غير اهل العلم
الثالث - توارد القرائن وقوة المخائل

١٦٤١ -

اذا ثبت التوليج باقرار المشتري او بالبينة يرد البيع ان مات البائع ولم يقبض المشتري قبل حصول مـانع من موت او تفليس .

١٦٤٢ -

التوليج الثابت بالقرائن وقوة المخائل ما اجتمع فيه امران ميل البائع للمشتري وعدم معـاينة قبض الثمن وتتوجه فيه اليمين على المشتري انه اشترى شراء صحيحـا ودفع الثمن ان جرى نزاع معه من بقية الورثة . واذا نكل عن اليمـين بطـل البيع بمجرد نكوله .

## المذهب الحنفي

١٢٤٣ - بيع التلجئة ان يظهرا عقد بيع وهما لا يريدانه وانما الجئي اليه انع لخوف عدو او ذي سلطان .

## المذهب المالكي

١٦٤٤ - اذا كانت التلجئة في ذات البيع بأن قال رجل لاخر اريد ان ابيعك عقاري هذا تلجئة لامر اخافه ووافقه المشتري على ذلك وحضر لها شهود شهدوا عليهما فان تصادقا بعد البيع انهما بنيا البيع على تلك المواضعة فالبيع فاسد اتفاقا . وان تصادقا انهما قد كانا اعرضا عنها قبل البيع فالبيع جائز بلا خلاف وان ادعى احدهما البناء عليها والاخر الاعراض عنها فالبيع فاسد والقول قول من يدعي البناء عليها لانه يدعى ما عرف اتفاقهما (١)

(١) هذا مذهب الصاحبين ويرى الامام صحة البيع وقبول قول مدعي الاعراض لانه يدعي جواز العقد .

١٦٤٥ - اذا ادعى احد المتبايعين المواضعة على التلجئة وانكرها الاخر فالقول لمنكرها بيمينه ولو اقام احدهما البينة قبلت بينته وان اقام كل منهما بينته قدمت بينة مدعي التلجئة .

| المذهب الحنفي. | المذهب المالكي |
|---|---|
| ١٦٤٦ - اذا اتفقا على التلجئة ثم اجاز احدهما البيع لم يجز مالم يجيزا معا . | |
| ١٦٤٧ - اذا كانت التلجئة في البدل بأن تواضعا في السر على ان الثمن الف إلّا انهما يتبايعان بألفين في العلانية ليكون احد الالفين سمعة فان تصادقا على الاعراض على تلك المواضعة فالبيع جائز بالالفين وان تصادقا على انهما بنيا على تلك المواضعة فالبيع جائز بالالف (١) | |
| (١) هذا مذهب الصاحبين وهو رواية عن الامام وفي رواية اخرى عنه ان البيع فاسد | |
| ١٦٤٨ - لو اتفقا على ان يقرا ببيع لم يكن فاقرا بذلك فهو باطل ولا يجوز باجازتهما . | |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
|---|---|

## الفصل الخامس

## في بيع الصفقة

تنقل الى هنا المواد المدرجة بكتاب القسمة

من عدد ١٠٨١ الى عدد ١٠٩١

## الفصل السادس

## في بيع المريض

١٦٤٩ - بيع الانسان في مرض موته شيئا لاحد ورثته موقوف على اجازة بقية الورثة فان اجازوا بعد موت البائع نفذ وان لم يجيزوه لم ينفذ (١)

(١) هذا مذهب الامام وقد صرحوا بتصحيحه وعند الامامين يجوز البيع لكن اذا كان فيه غبن او محاباة يخير الوارث المشتري بين الفسخ واتمام قيمة المثل اقلت المحاباة او كثرت كما في تنقيح الحامدية عن العمادية ص ٢٤٣ ج ١

بيع المريض في مرض موته اوشرائه نافذ متى وقع ذلك بثمن المثل لا فرق في هذا بين بيعة للاجنبي او الوارث

١٦٥٠ - شراء المريض من وراثه صحيح كالشراء من الاجنبي اذا لم تكن فيه محاباة

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٦٥١ - بيع الانسان في مرض موته شيئا لاجنبي نافذ ان باعه بثمن المثل فان باعه بأقل كان بيع محاباة يعتبر من الثلث ماله فان تحمل الثلث المحاباة نفذ وان لم يف بها لزم المشتري اكمال ماينقص عن ثمن المثل من القدر الذي زاد على ثلث المال واعطاؤه للورثة فان اكمل لزم البيع والا كان للورثة فسخه | اذا باع المريض لاجنبي بيع محاباة ومات من مرضه فان حملها الثلث نفذ البيع وان لم يحملها واجازه الورثة نفذ وان لم يجيزوه بطل البيع ويردون له ما دفع (١) |
| | (١) هذا احد اقوال ثلاثة وقيل له من المبيع بقدر ما دفع - وفي هذا القول ضرر بالمشتري - وقيل له ان يكمل الثمن ويكون له الجميع جبرا على الورثة |
| ١٦٥٢ | اذا باع المريض لاحد ورثته بيع محاباة ومات من مرضه توقف البيع على اجازة بقية الورثة فان اجازوه نفذ وان لم يجيزوا بطل البيع ويردون له ما دفع (١) |
| | (١) على احد الاقوال المتقدمة في التعليق على المادة السالفة |
| ١٦٥٣ - | اذا وقع البيع من المريض بمحاباة في عين المبيع لا في ثمنه كأن يعمد الى خيار ديار فيبيعها لبعض ورثته بمثل الثمن او اكثر فللورثة نقض البيع في ذلك اما اذا وقعت المحاباة في العين لاجنبي فلا كلام للورثة |
| ١٦٥٤ - اذا باع في مرض موته شيئا بأقل من ثمن المثل من احاط الدين بماله كان للغرماء طلب المشتري باكمال النقص عن ثمن المثل فان امتنع فسخ البيع | |

١٦٥٥ ـ المرض المتعلقة به الاحكام المتقدمة بالمواد السالفة هو الذي يمنع الرجل من مباشرة حوائجه خارج الدار والمراة من مباشرة شؤون منزلها ما لم يطل اكثر من سنة فيلحق صاحبه بالاصحاء في تصرفاته

## الفصل السابع

## فيما يدخل في البيع بنفس العقد وما لا يدخل إلّا بشرط

١٦٥٦ ـ يدخل في بيع الدار كل ما كان مبنيا او مثبتا فيها او متصلا ببنائها اتصالا لا ينفصل عنه والتوابع المتصلة المستقرة فتدخل الاقفال المسمرة والدواليب (الخزائن) المستقرة والرفوف المسمرة والبستان الذي هو داخل حدود الدار والطرق الموصلة الى الطريق العام والداخلة التي لا تنفذ . وما يوجد في الدار من خشب او حجر لا يدخل في البيع إلّا بذكره وكذا لو كان بها باب موضوع لا يدخل من غير ذكر وتدخل السلاليم والسرر المركبة من غير ذكر

كل ما يكون في الدار مما ينقل ويحول الصخرة والتراب والخشب سواء كان معدا لاصلاحها او مما تهدم منها يكون للبائع إلّا ان يشترطه المشتري وكل شيء ثابت فيها فهو للمشتري ومن ذلك السلم اذا كان من خشب على هيأة الدرج

١٦٥٧ ـ اذا اشترى دارا او حانوتا فانهدم حائط ووجد به رصاص او خشب او ساج فان كان من جملة البناء كالخشب والحديد الذي يسلح به البناء فهو للمشتري وان كان مودعا فيه فهو للبائع (١)

(١) هندية عن المحيط ص٢٣ ج ٣

ما يوجد مدفونا في الدار المبيعة من عمد او رخام او آنية او ذهب او فضة يكون للبائع اذا ثبت انه من متاعه او متاع من ورث عنه واما اذا كان مجهولا لا يعلم صاحبه فانه يكون للمشتري (١)

(١) هذا قول محمد بن دينار وقول سحنون في نوازله وقول ابن حبيب في الواضحة انظر ابن سلمون ص١٦٨ وجرى في المختصر على قول ابن قاسم لا يكون للمشتري

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٦٥٨ ـ تدخل القدور في بيع الحمام من غير ذكر | |
| ١٦٥٩ ـ اذا بيعت دار فيها رحى فان الرحى لا تدخل في البيع ولو بيعت الدار بحقوقها ومرافقها . | المطاحن المبنية في الدار للبائع ان لم تشترط (١) |
| ١٦٦٠ ـ التنور تدخل في بيع الدار اذا كانت مركبة ولا تدخل غير المركبة . | |
| ١٦٦١ ـ ما كان من حقوق المبيع ومرافقه اي توابعه التي لا بد له منها ولا تقصد إلّا لاجله يدخل في البيع اذا ذكرت الحدود والمرافق في العقد فاذا بيعت دار بحقوقها ومرافقها دخل في البيع الطريق الخاص بها وحق الشرب وحق المسيل وان لم ينص في العقد على بيعها بحقوقها ومرافقها فلا تدخل الطريق الخاصة بها ولا الشرب ولا المسيل . | |

(١) هذا ما صوبه ابن رشد

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٦٦٢ ـ اذا لم يدخل الطريق في البيع وليس للمبيع مفتح الى الشارع لزد البيع ان لم يعلم المشتري بالحال وقت البيع | اذا يبتع بحظ من دار او ارض الى ناحية بعينها ولم يذكر الدخول والخروج من اين يكون؛ يبقى على المدخل القديم. فلو التزم المشتري اضافة ما اشتراه الى ملكه ولا مدخل له على القديم جاز فان اشترط ان لا يدخل على المدخل القديم ولم يتصل به دار يضيفه اليها ولا كان له ما يفتح فيه بابا لم يجز البيع (١) |
| | (١) لانه من اضاعة المال . |
| ١٦٦٣ ـ اذا كان المبيع بيتا من دار واراد البائع منع المشتري من دخول الدار وتكليفه فتح باب لبيته الى الشارع فليس له منعه سواء بين البائع للبيت طريقا معلوما او لم يبين . | |
| ١٦٦٤ ـ اذا كان الدار طريق خاص قد سده صاحبها وفتح لها طريقا آخر ثم باعها بحقوقها فليس للمشتري إلا الطريق الثاني دون الاول . | |
| ١٦٦٥ ـ يدخل في بيع الارض تبعا بلا ذكر الاشجار المغروسة فيها للبقاء والتابيد سواء كانت صغيرة ام كبيرة مثمرة او غير مثمرة إلا الاشجار اليابسة التي لا ينتفع بها الا بقطعها والاشجار المغروسة المدة لقلعها من وجه الارض ونقلها في كل مدة معلومة فهذه لا تدخل في البيع إلا بالتسمية وكل ما ليس لقطعه مدة ونهاية معلومة فهو بمنزلة الشجر . | اذا اشترى ارضا فيها شجر ولم ينص على الشجر تكون للمشتري تبعا الارض . |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٦٦٦ ـ اشتراء الشجر لا يخلو من حالة من ثلاث حالات :<br>احداها ان يشتري مع حق القرار ففي هذه الحالة تدخل الارض في البيع اتفاقا .<br>الثانية ان يشتري للقطع وفي هذه الحالة لا تدخل الارض في البيع اتفاقا .<br>الثالثة ان لا يقع اشتراط القطع او القرار وفي هذه الحالة تدخل الارض في البيع على الصحيح (١) | اذا اشترى كرما او جنة عليها الشجر تكون الارض للمشتري تبعا للشجر . |
| (١) وهو مذهب الامام محمد ويرى الامام ابو يوسف عدم دخول الارض في البيع هندية ص ـ ٣٥ ج ـ ٣ | |
| ١٦٦٧ ـ اذا اشترى شجرا بحق القرار فقلعه كان له ان يغرس مكانه شجرا آخر واذا اشتراه للقلع امر المشتري بقلعه وليس له ان يحفر الارض الى ما تتناهى اليه عروقه فاذا قلعه من وجه الارض من اصله او من عروقه فنبت شجر جديد فهو حق البائع وان قطعه من اعلاه فما نبتت منه فهو للمشتري | |
| ١٦٦٨ ـ اذا اشترى شجرة للقلع وكان في قلعها من الاصل ضرر للبائع يقطعها من وجه الارض من حيث لا يتضرر به البائع ولو انهدم في قلعها حائط ضمن القالع ما نشأ من قلعه | |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٦٦٩ ـ لا يدخل الثمر في بيع الشجر الا اذا اشترطه المشتري سواء بيع الشجر مع الارض او وحده وسواء كان موبرا او غير مؤبر وسواء كانت للثمر قيمة او لم تكن. وكل ما لقلعه مدة ونهاية معلومة فهو بمنزلة الثمر | اذا اشترى شجرا فيه ثمر يكون الثمر للمشتري ان لم يؤبر وللبائع اذا كان مؤبرا وقت البيع إلا ان يشترطه المشتري. |
| ١٦٧٠ ـ اذا كان الثمر موجودا وقت العقد وشرط للمشتري فله حصته من الثمن فلو هلك او استهلكه البائع قبل قبض المشتري طرح ما يقابله من الثمن | |
| ١٦٧١ ـ الزوائد التي تحصل في المبيع بعد العقد وقبل القبض كالثمار والنتاج تكون حقا للمشتري فلو هلكت قبل القبض بآفة سماوية لا يطرح شيء من الثمن وتطرح قيمتها ان اكلها البائع. | |
| ١٦٧٢ ـ ما ليس من حقوق المبيع ولا مرافقه لا يدخل في البيع وان ذكرت الحدود والمرافق. فلا يدخل في بيع الارض الزرع الذي نبت ولا قيمة وانما يدخل الزرع الذي لم ينبت وما نبت ولا قيمة له. | اذا اشترى ارضا مزروعة فالزرع للمشتري ان لم يؤبر وقت العقد وللبائع ان ابر ما لم يشترطه المشتري. |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٦٧٣ - | ايسار الزرع خروجه من الارض وايسار النخيل تذكيره وايسار غيره من الشجر عقده وثبوت ما يثبت منه وسقوط ما يسقط. |

١٦٧٤ -

اذا ابر بعض الثمر او الزرع دون البعض فالاقل تبع للاكثر فاذا كانا متناصفين او متقاربين فان كان ما ابر على عدة وما لم يؤبر على عدة يكون للبائع ما ابر وللمبتاع ما لم يؤبر، وان كان ذلك شائعا في كل نخلة او شجرة فالبائع اما ان يسلم الحائط بثمره للمشتري او ياخذ الحائط وينفسخ البيع الا ان يرضى المشتري ان يترك ذلك للبائع فيصح البيع (١)

(١) هذا احد اقوال في المسألة

١٦٧٥ - اذا باع ارضا فيها مقابر صح البيع فيما وراء المقابر.

١٦٧٦ - اذا اشترى شجرة بطريقها من الارض ولم يبين موضع الطريق وليس لها طريق معروف من ناحية معلومة صح البيع وياخذ للشجرة طريقا من اي النواحي شاء اذا لم يكن متفاوتا فان فسان كان متفاوتا لا يصح البيع.

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
|---|---|
| ١٦٧٧ - | اذا وقع تحديد المبيع يدخل في عقد التبليغ ما اشتملت عليه الحدود وان لم يقع التنصيص عليه . |
| ١٦٧٨ - يجبر البائع على تسليم صك المبيع الى المشتري ليكتب به شراؤه فان كان المبيع حصة من عقار اجبر البائع على احضار صكه لنسخ منه شهقة تكون حجة في يد المشتري ويبقى الصك القديم بيد البائع حجة له ايضا . | من باع عقارا يلزمه ان يدفع وثائقه التي اشترى بها الى المشتري فان ابى وظهرت الوثائق اجبره الحاكم على دفعها وان لم تظهر فللمشتري الخيار ان احب امضى البيع والا رجع في ثمنه . |
| ١٦٧٩ - | اذا قال الموثق اشترى منه جميع حظه في الدار الكائنة بكذا وهو الخمس مثلا فاذا له في الدار اكثر من الخمس يحمل على انه باعه جميع حظه وقوله (الخمس) غلط . |

## الفصل الثامن

## في درك العيب في الاصول

| | |
|---|---|
| ١٦٨٠ - البيع المجرد عن شرط البراءة من العيوب يقتضي ان يكون البيع سالما من العيوب فيثبت خيار العيب للمشتري وان لم يشترطه في عقد البيع | |

## المذهب الحنفي

١٦٨١ ـ العيب الموجب لرد المبيع هو ما كان قديما اي موجودا في المبيع وقت العقد او حدث بعده وهو في يد البائع قبل التسليم وكان ينقص الثمن ولو يسيرا او يفوت به غرض صحيح بشرط ان يكون الغالب في امثال المبيع عدمه

١٦٨٢ ـ
خيار العيب يورث ولا يتوقت بوقت ويثبت به الملك للمشتري ملكا غير لازم

١٦٨٣ ـ
اذا ظهر بالمبيع عيب قديم فللمشتري الخيار ان شاء قبله بكل الثمن وان شاء رده واسترد الثمن الذي نقده

## المذهب المالكي

العيب في الاصول ثلاثة اقسام
الاول ـ اليسير وهو ما لا يوثر نقصا في الثمن . وحكمه عدم الرد به على البائع ولا شيء فيه على البائع
الثاني ـ الكثير وهو ما اثر نقصا في الثمن يبلغ الثلث فاكثر . وحكمه ان للمشتري ان يرد المبيع على بائعه ويرجع بالثمن وله ان يتمسك من غير رجوع بقيمة العيب
الثالث ـ المتوسط وهو ما اثر في الثمن اقل من الثلث . وحكمه ان للمشتري ان يرجع بارش العيب فيقوم الملك معيبا وسالما ويرجع المشتري بنسبة ما بين القيمتين من الثمن

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٦٨٤ ـ اذا ظهر بالمبيع عيب قديم ثم حدث به عيب جديد عند المشتري فليس له ان يرد بالعيب القديم والعيب الجديد موجود فيه بل له مطالبة البائع بنقصان الثمن ما لم يرض البائع باخذه على عيبه ولم يوجد مانع للرد واذا زال العيب الحادث عاد للمشتري حق رد المبيع بالعيب القديم على البائع | اذا حصل عيب حادث في المبيع الذي به عيب قديم فان كان يسيرا نزل منزلة العدم وبقي الخيار للمشتري بين ان يرد ولا شيء عليه او يمسك ولا شيء له . واذا كان مفيتا للمقصود تعين الرجوع بالارش واذا كان غير مفيت للمقصود واثر فيه تاثيرا له بال فللمشتري الخيار بين ان يمسك ويأخذ الارش او يرد . ويرد ما نقصه |
| ١٦٨٥ ـ اذا بيعت جملة اشياء صفقة واحدة وظهر ببعضها عيب بعد التسليم فان لم يكن في تفريقها ضرر فللمشتري ان يرد المعيب منها بحصته من الثمن سالما وليس له ان يرد الجميع بدون رضا البائع . واذا كان في تفريقها ضرر فله ان يرد المبيع كله او يقبله بكل الثمن | اذا تعدد المبيع ووجد عيب قديم في بعضه دون بعض واراد المشتري التمسك بالسالم ورد المعيب فان كان المعيب وجه الصفقة وهو ما زاد على نصف الثمن فليس له رده وحده وانما له ان يمسك الجميع او يرد الجميع وان لم يكن وجه الصفقة فله رده والرجوع بقسطه من الثمن |
| ١٦٨٦ ـ | اذا كان العيب ظاهرا لا يخفى على كل من قلب المبيع لا يقع الرد به . واذا كان يخفى عند التقليب على من لم يتامل يثبت الرد به |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٦٨٧ - | اذا ادعى البائع ان المشتري احاط بالدار معرفة وعلما وكتب في الرسم التقليب والرضا وانكر المشتري علمه ورضاه فالقول للمشتري بيمينه ولا اعتداد بما ذكر في رسم الشراء لانه من تلفيقات الموثقين وغير مقصود بالاشهاد (١) |
| | (١) ما ذكر من اليمين هنا مبني على توجه يمين التهمة مطلقا وهو خلاف ما في المختصر الخليلي - التسولي في بيع الرقيق |
| ١٦٨٨ - اذا تصرف المشتري في المبيع ببيع او هبة ثم علم بالعيب لا يرجع بالنقصان . واذا تصرف فيه باجارة فله نقضها ورده بعيبه . واذا رهنه ووجد به عيبا فليس له نقض الرهن وانما يرده بعد فكه | اذا اخرج المبتاع المبيع من يده برهن او اجارة ثم ظهر به عيب فله الرد اذا رجع الى يده . واذا اخرجه عن ملكه بلا عوض كالهبة والصدقة فله الارش واذا اخرجه بعوض كالبيع فان باعه الى غير بائعه لم يكن له رجوع بشيء الا اذا باعه باقل ورجع عليه المشتري بقيمة العيب فله الرجوع بالاقل مما رجع به عليه ومن تمام الثمن ومن قيمة العيب . واذا باعه لبائعه الاول بمثل الثمن فلا كلام له . واذا باعه باقل رجع ببقية الثمن |
| ١٦٩٨ - اذا تصرف المشتري في المشترى بعد العلم بالعيب تصرف المالك بطل حقه في الرد | استغلال المبيع قبل الاطلاع على العيب لا يعد رضا . واستغلاله بعد الاطلاع وقبل زمن الخصام يعد رضا . واستغلاله بعد الاطلاع وفي زمن الخصام لا يعد رضا اذا كان لا ينقص كسكنى الدار واسكانها |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٦٩٠ ـ اذا حدث في المبيع زيادة<br>ة من الرد كالبناء والغرس في<br>ض المبيعة ثم اطلع المشتري على<br>قديم في المبيع فانه يرجع على<br>ائع بنقصان العيب ويمتنع الرد ولو<br>ه البائع بالعيب الحادث | اذا زاد المشتري في المبيع زيادة<br>لا يمكن انفصالها الا بفساد ثم ظهر<br>به عيب قديم فللمشتري الخيار بين ان<br>يمسك ويأخذ الارش او يرد ويكون<br>شريكا بما زيد فيه |
| ١٦٩١ ـ اذا ادعى المشتري عيبا<br>حدث بالمبيع في يد البائع وظهر في<br>يد المشتري فان كان من العيوب<br>الباطنة التي ليست لها اثار ظاهرة<br>فان اعترف به البائع وبحدوثه عنده<br>رد المبيع على البائع ان طلب المشتري<br>ذلك وان لم يعترف البائع كلف<br>المشتري باثبات دعواه بالبينة ورد<br>المبيع ان ثبت العيب بالبينة والا حلف<br>المشتري على البيع والتسليم للمبيع<br>سالما من العيب | لا يقع الرد بالعيب الا بعد ثبوته<br>باثنين من اهل المعرفة وثبوت قدمه<br>وعدم رضا المشتري به صراحة او دلالة |
| اذا اشترط البائع على المشتري<br>البراءة من كل عيب او من كل عيب<br>به يصح البيع والشرط وان لم يسم<br>العيوب لكنه في الحالة الاولى يبرا<br>البائع من العيب الموجود وقت العقد<br>والحادث بعده قبل القبض وفي الحالة<br>الثانية يبرا من الموجود دون الحادث<br>فللمشتري رده بالحادث لا بالموجود | |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٦٩٣ – اذا وقع الاطلاع على العيب قبل القبض ورد المشتري المبيع على البائع فانه ينفسخ بمجرد الرد. واذا وقع الاطلاع على العيب بعد القبض فان العقد لاينفسخ الا بالقضاء او الرضا | |

## الفصل التاسع

## في درك الاستحقاق

| | |
| --- | --- |
| ١٦٩٤ – البائع ضامن للمبيع بثمنه عند استحقاقه للغير ولو لم يشترط الضمان في العقد ولا يصح اشتراط عدم ضمان البائع لثمن المبيع عند استحقاق المبيع ويفسد البيع بهذا الشرط ويصح ضمان الثمن للمشتري معلقا بظهور الاستحقاق | |
| ١٦٩٥ – اذا استحق بعض المبيع قبل قبض جميعه بطل البيع في قدر المستحق ويخير المشتري في الباقي ان شاء رده ورجع بجميع الثمن وان شاء امسكه ورجع بحصة المستحق. واذا استحق موضع بعينه قبل القبض فالمشتري بالخيار وان استحق بعد القبض فلا خيار له ويرجع بثمن المستحق | اذا استحق البعض من المبيع المقدم وكان المستحق وجه الصفقة بان ينوبه اكثر الثمن فللمشتري فسخ العقد في الجميع وليس له التمسك بالباقي بما ينوبه من الثمن |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٦٩٦ - | اذا استحق البعض من المقوم المعين وكان النصف فاقل فليس للمشتري فسخ العقد وانما له ان يرجع بما يتوب المستحق من الثمن |
| ١٦٩٧ - | اذا استحق جزء شائع من المقوم المبيع وكان كثيرا فالمشتري بالخيار بين التمسك بالباقي والرجوع بحصة المستحق من الثمن وبين الرد فيرجع بجميع الثمن . |
| ١٦٩٨ - | الكثير هو الثلث في الدار الواحدة والنصف في الارض وما زاد على النصف في غيرهما |
| ١٦٩٩ - | اذا استحق جزء شائع من المبيع المقوم وكان قليلا فان كان المبيع قابلا للقسمة من غير ضرر فليس للمشتري الا الرجوع بحصة ما استحق من الثمن وان كان غير قابل للقسمة فللمشتري الخيار بين التمسك بالباقي بما ينوبه من الثمن وبين الرد الا ان يكون متخذا للغلة فلا خيار له ويلزمه الباقي بحصته من الثمن |

| المذهب المالكي | المذهب الحنفي |
| --- | --- |
| | ١٧٠٠ ـ اذا قبض المبيع كله فاستحق بعضه بطل البيع بقدره . ثم ان احدث الاستحقاق عيبا في الباقي يخير المشتري ان شاء رده ورجع بجميع الثمن وان شاء امسكه ورجع بثمن المستحق وان لم يحدث عيبا في الباقي ياخذه المشتري بلا خيار ويرجع بحصة المستحق |
| | ١٧٠١ ـ اذا استحق المبيع قبل القبض فادعى المتبايعان ان البائع اشتراه من المستحق وقبضه ثم باعه من المشتري تقبل بينتهما على ذلك . |
| | ١٧٠٢ ـ اذا استحق المبيع و نقض الحاكم البيع ورد البائع الثمن على المشتري ثم وجد البائع بينة على انه اشترى المبيع من المستحق وقبضه منه ثم باعه للمشتري المنقوض شراؤه فان كان الاستحقاق قبل قبض المشتري المنقوض شراؤه فان هذا النقض لا ينقض وان كان الاستحقاق بعد قبض المشتري نقض النقض ورد المبيع الى المشتري الاخر |
| | ١٧٠٣ ـ اذا نقض المتبايعان البيع من غير قضاء بان طلب المشتري الثمن من البائع فرده عليه لا يرتفع نقضهما بحال . |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٧٠٤ ـ لا ينتقض البيع بنقض شتري من غيررضا البائع حتى ينقضه كم | |
| ١٧٠٥ ـ ما يدخل في البيع تبعا ا استحق بعد القبض كان له حصة الثمن فيرجع المشتري على البائع حصته من الثمن . واذا استحق قبل بض فان كان لا يجوز بيعه وحده بالشرب فلا حصة له من الثمن فلا رجع بشيء بل يخير بين اخذ المبيع كل الثمن او تركه وان كان يجوز ه وحده كالشجر والبناء تكون له حصة من الثمن فيرجع على البائع | |
| ١٧٠٦ ـ اذا بنى المشتري في لمبيع او غرس ثم استحق المبيع البينة رجع المشتري على البائع الثمن وبقيمة البناء والغرس ان سلمهما للبائع . وتقوم قيمتهما قائمين غير مقلوعين يوم تسليمهما للبائع ولا يرجع الا بقيمة مايمكن نقضه وتسليمه للبائع اما ما لا يمكن تسليمه اليه ولا تبقى له قيمة بعد نقضه كالجص والطين ونحوهما فلارجوع للمشتري بقيمته على البائع كما انه لا رجوع له بقيمة ما انفقه في المنافع من حفر بئر او تطهير بالوعة او مرمة شيء في المبيع المستحق . | اذا غرس المشتري او بنى فاستحق المبيع بغير وجه الحبسة رجع بقيمة ما بناه او غرسه على المستحق فان ابى قيل للمشتري اعطه قيمة ارضه فان ابى كانا شريكين وتعتبر قيمة البناء او الغرس يوم الحكم |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٧٠٧ - | اذا غرس المشتري او بنى فاستحق المبيع بوجه الحبسية فليس للباني او الغارس الا حمل انقاضه واذا وجد من يعطيه قيمة ما بناه او غرسه منقوضا فليس له الامتناع من ذلك (١) |
| | (١) الحطاب ص ٣٠ ج ٥ |
| ١٧٠٨ - اذا بنى المشتري او غرس في المبيع الذي اشتراه مع علمه بان البائع لم يكن مالكا له وانه باعه اليه بلا امر مالكه فلا حق له في الرجوع بقيمة البناء والغراس وانما يكون له حق في الرجوع بالثمن فقط . وان كان جاهلا ذلك وقت الشراء فله الحق في الرجوع بالثمن وبقيمة البناء والغراس | من بنى او غرس بغير وجه شبهة فله قيمة ذلك منقوضا بعد رعي اجرة الاخلاء وكذلك الباني في ارض العارية او الاجارة |
| ١٧٠٩ - | اذا كانت الارض في يد ذي الشبهة فاستحقت من يده بعد ان زرعها وقبل فوات ابان الزراعة فكراء تلك السنة للمستحق . واذا استحقت بعد ابان الزراعة فكراؤها للذي اكراها واذا استحقت قبل ان يزرعها وبعد أن قلبها (حرثها) فللمستحق اخذها ودفع كراء الحرث فان أبى قيل للذي استحقت من يده ان شئت فاغرم كراءها وان شئت اسلمها بما فيها من العمل ولا شيء لك |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٧١٠ - | يعتبر من ذوي الشبهة المشتري والوارث والمكتري منهما اذا لم يعلموا بالغصب او التعدي والمكتري من الغاصب اذا لم يعلم بالغصب |
| ١٧١١ - اذا بنى المشتري في المبيع ثم استحق منه جزء شائع ورد المشتري ما بقي منه على البائع كان له ان يرجع عليه بالثمن و نصف قيمة البناء وان استحق منه جزء بعينه فان كان البناء في ذلك الجزء خاصة رجع المشتري بجميع قيمة البناء وان كان في الجزء الاخر فلا يرجع بقيمته | |
| ١٧١٢ - | المتصرف محمول على انه ذوشبهة حتى يتبين انه غاصب |
| ١٧١٣ - الغاصب اذا زرع الارض المغصوبة فحضر مالكها :فان حضر قبل ان ينبت الزرع فللمالك الخيار ان شاء تركه حتى ينبت الزرع ثم يامره بقلعه وان شاء اعطاه قيمة بذره ، وان حضر المالك وقد نبت الزرع فانه ياخذ ارضه ويامر الغاصب بقلع زرعه فان ابى الغاصب القلع فللمغصوب له ان يفعله بنفسه . اما اذا حضر وقد | الغاصب اذا تعدى على ارض بزرعها فاستحقت فان لم يبلغ حد الانتفاع به اذا قلع قضي به لرب الارض دون شيء وان كان اذا قلع انتفع به ولم ينبت وقت ما تراد له الارض فلرب الارض ان ياخذ الكراء منه وله ان يامره بقلعه واذا فات الابان فله كراء ارضه |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ادرك الزرع فالزرع للغاصب وللمالك ان يرجع على الغاصب بنقصان الارض وذلك بان ينظر بكم تؤجر قبل الزراعة وبكم تؤجر بعدها فمقدار التفاوت نقصان الارض | |

## الفصل العاشر

## في انتقال الملك بالبيع الفاسد

| | |
| --- | --- |
| ١٧١٤ ـ البيع غير الصحيح نوعان باطل وفاسد فالباطل ما لم يكن مشروعا لا اصلا ولا وصفا والفاسد ما كان مشروعا اصلا لا وصفا | |
| ١٧١٥ ـ اذا وقع البيع باطلا فانه لا ينعقد اصلا واذا قبض المشتري المبيع لا يكون مالكا له واذا هلك في يده ضمن مثله ان وجد او قيمته | ما اتفق على تحريمه يفسخ ان كان قائما وتجب فيه القيمة في المقوم والمثل في المثلي ان كان فائتا |
| ١٧١٦ ـ اذا وقع البيع فاسدا فلا يملك المشتري المبيع الا اذا قبضه برضا بائعه . واذا تعذر رده ضمن مثله ان كان مثليا وقيمته يوم قبضه ان كان مقوما . | انتقال الملك للمشتري في البيع الفاسد لا يكون الا بعد القبض والفوات ولا يدخل في ضمان المشتري الا بالقبض |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٧١٧ ـ اذا تصرف المشتري شراء فاسدا فيما اشتراه بتمليك او انتفاع نفذ تصرفه ولا ينقض هذا التصرف ويبطل به حق البائع في الاسترداد سواء كان التصرف مما يحتمل النقض بعد ثبوته كالبيع واشباهه الا الاجارة او لا يحتمل النقض كالعتق واشباهه | الفوات يكون اما بتغير الذات واما بالخروج عن اليد بالبيع الصحيح اذا باعه بعد قبضه وقبل القيام بالفسخ واما بتعلق حق الغير كالرهن والاجارة اما تغير السوق فلا يفيت العقار ويفيت غيره |
| ١٧١٨ ـ اذا بنى المشتري او غرس في العقار المبيع بيعا فاسدا بطل حق الفسخ | |
| ١٧١٩ ـ | ما اختلف في فساده يمضي بالثمن ان فات ويفسخ مع عدم الفوات |
| ١٧٢٠ ـ اذا اختلف المتبايعان فادعى احدهما الصحة والاخر الفساد (كان ادعى شرطا فاسدا او اجلا فاسدا) فالقول قول مدعي الصحة والبينة بينة مدعي الفساد | |

المذهب الحنفي | المذهب المالكي

## الفصل الحادي عشر

## في المغارسة

١٧٢١ - دفع الارض البيضاء لمن يغرسها بجزء من الارض والغراس لا يصح سواء وقع تعيين مدة لذلك او لا . واذا وقع ذلك وغرس العامل فان الغرس وثمره لرب الارض وليس للغارس الا قيمة غرسه واجر عمله

المغارسة دفع الارض لمن يغرسها بجزء من الارض والشجر

١٧٢٢ - دفع الارض لمن يغرسها على ان مايحصل من الغراس والثمار فقط بينهما دون الارض جائز اذا كانت المدة معلومة فان لم تبين المدة فسدت المغارسة . واذا وقع بيانها وانقضت فان رب الارض مخير ان غرم قيمة نصف الشجر وتملكه وان شاء قلعه

١٧٢٣ -

تقتضي المغارسة قيام الغارس بغرس الشجر وخدمته الى ان يبلغ الحد المشترط وعند ذلك يستحق الغارس الجزء المتفق عليه من الارض والشجر

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٧٢٤ - | اذا حدث خدمة الغارس للشجر باجل او قدر معلوم فبلغه الشجر كذراع او قامة يلزم ان لا يتجاوز التحديد حد الاثمار والا فسدت واذا لم تحد صحت وتكون الى اثمار الشجر |
| ١٧٢٥ - | يلزم لصحة المغارسة<br>١ - ان يكون الجزء المشترط للعامل معلوما كنصف او ثلث<br>٢ - وان يكون في الارض والشجر معا<br>٣ - وان تكون المغارسة فيما له اصل من شجر او نخل او نحو ذلك<br>٤ - وان تكون الارض بيضاء |
| ١٧٢٦ - | اذا حددت المغارسة بالاطعام فاطعم اجلها يعتبر ما لم يطعم تبعا لما اطعم ويسقط عن العامل العمل في الجميع ويقتسمان ان شاءا . واذا لم يطعم اجلها واطعم اقلها فان كان الذي اطعم الى ناحية كان بينهما وسقط العمل فيه عن العامل وان كان مختلطا لزمه العمل في الجميع |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| ١٧٢٧ - | لا يجوز لرب الارض ان يشترط على الغارس ما تعظم مؤونته كاقامة جدار حول ارض المغارسة او حفر بئر بها او ازالة شعراء الارض فيما اذا كانت كلها او جلها مشعرة اما الامور الخفيفة فلا باس باشتراطها |
| ١٧٢٨ - | اذا هلك الغرس بثافة قبل بلوغه الحد المشترط لم يكن للعامل شيء ولكن من حقه ان يعيده مرة اخرى الى ان يتم او ييأس منه واذا هلك بعد بلوغه الحد المشترط كانت الارض بينهما على النسبة التي اتفقا عليها |
| ١٧٢٩ - | اذا عجز الغارس قبل التمام او اراد سفرا فله ان ياتي بمن يكمل العمل باقل من الجزء الذي دخل عليه او بمساو له الا ان يقول رب الارض انا ءاخذه بذلك المساوي او الاقل |
| ١٧٣٠ - | اذا عجز الغارس واراد تسليم ما عمله هدرا وابى رب الارض وارادا استئجار من يكمل العمل وبيع الحصة وجعل الفضل للعامل والنقصان عليه كان لرب الارض ما اراد |

| المذهب الحنفي | المذهب المالكي |
| --- | --- |
| - ١٧٣ - | اذا وقعت المغارسة على وجه فاسد وفاتت بالاغتراس تمضي ويكون على العامل نصف قيمة الارض يوم قبضها بيضاء وله على رب الارض قيمة عمله وغرسه في النصف الذي صار اليه الى ان بلغ وله اجرته من يومئذ الى يوم الحكم |