انما اكد ذلك لانها من جملة العقود التي من شانها الا تحقق الا بالايجاب والقبول و للاجماع على ان الملك لا ينتقل
الى الموهوب بدون القبول لكن الشيخ في الخلاف والحالف لا يهب يحنث بالايجاب و هو قبل الموهوب
له ام لا ثم نقل عن بعضهم انه لا يحنث الا بالايجاب والقبول كالبيع و هو قوي و في المبسوط قوي القولين ايضا
و هو يدل على تردده والاقوى انه لا يحنث بدون القبول كغيره من العقود و يستثنى من ذلك الوصية
فانها عقد يفتقر الى الايجاب و القبول كما مر و لكونها مما كان قبولها المعتبر ما كان بعد الموت اجماعا وان جاز
على الخلاف يحنث الحالف عليها بمجرد الايجاب اذ لا يعقل توقف الحنث على ما يقع بعد الموت او يجوز وقوعه
ولان المتبادر من الوصية عرفا اذا قيل فلان اوصى بكذا و قوله لو اوصيت بكذا هو الايجاب مع احتمال توقف
الحنث على القبول لاطراد الباب العقود و دليلها السابق واعلم ان الفاضل فخر الدين ادعى الاجماع على ان القبول
في الوصية ليس شرطا في صحتها بمعنى انها تصلح ان تورث فهو شرط الاجزاء من السبب المملك بخلاف البيع وغيره
و في تحرير هذه الدعوى نظر بين فان المعهود شرعا من شانه سائر العقود انها الايجاب والقبول وان القبول
تمام السبب المملك وان توقف على شرط و لا يلزم من وجوده وجود السبب الا مع القرينة لعدم الشرط او
انتفاء المانع كما حققناه في بابه ومن ثم قيل ان القبول في الوصية كاشف عن سبق الملك من حين الموت
ولو كان شرطا لما تصور تقديم الملك قبله لان المشروط لا يتقدم على الشرط مطلقا قوله الاطلاق العقد
ينصرف الى العقد الصحيح دون الفاسد و لا يبر بالبيع الفاسد لو حلف ليبيعن وكذا غيره من العقود عقد
البيع وغيره من العقود حقيقة في الصحيح مجازا في الفاسد لوجود خواص الحقيقة والمجاز فيهما المتبادر المعنى الى
ذهن السامع عند الاطلاق قولهم فلان باع داره وغيره ومن ثم حمل على الاقرار عليه حتى لو ادعى ارادة الفاسد
لم يسمع اجماعا وعدم صحة السلب وغير ذلك من خواصه ولو كان مشتركا بين الصحيح والفاسد لقبل تفسيره باحدهما
كغيره من الالفاظ المشتركة وانقسامه الى الصحيح والفاسد اعم من الحقيقة وحيث كان الاطلاق محمولا على الصحيح
لا يبر بالفاسد لو حلف على الاثبات سواء كان فساده لعدم صلاحيته للمعاوضة كالخمر والحر او لفقد شرط او
لجهالة تقديره وعينه وسياتي البحث فيه قوله قال الشيخ الهبة اسم لكل عطية متبرع بها كالهدية والنحلة و
العمري والوقف والصدقة ونحن نمنع الحكم في العمري اذ بينا ولان المنفعة والهبة ساول العين وفي الوقف و
الصدقة تردد منشاؤه متابعة العرف في افراد كل واحد باسم لا اشكال في تناول العطية المتبرع بها جميع ما
ذكر لان العطية اعم من تعلقها بالعين و المنفعة فيدخل في الاول الهدية والوقف والصدقة و في الثاني النحلة
والعمري واما مساواة الهبة للعطية فان الظاهر من معناها لغة وعرفا خلاف ذلك وانها الاطلاق
على هبة المنفعة و لا على الصدقة لاختلافهما اسما ومقصودا وحكما اما الاسم فمن تصدق على فقير لا يقال انه وهب
منه واما المقصود فالصدقة يراد بها الى الله والهبة لاكتساب المودة او الاجر واما الحكم فلانه صلى الله عليه
واله كان لا ياكل الصدقة و ياكل الهدية والهبة و كذلك الوقف خصوصا على القول لعدم انتقال الملك الى
الموقوف عليه ولو اطلقت الهبة عليه لصح ايقاعه بلفظها والسكنى والرقبى في معنى العمري لكن الشيخ حقق العمري
لما روي انه صلى الله عليه واله قال العمري هبة لمن وهبت له وانكر ابن ادريس ذلك و قال لا يبر الحالف على الهبة
بالوقف و لا بالصدقة لا اراد كل باسم والاصل براءة الذمة والفرق بين الهبة والصدقة ومن جملته جواز الرجوع

١٠٩

الرجوع في الهبة على بعض الوجوه دون الصدقة والمص استشكل تناول الهبة للوقف والصدقة لما ذكر
الاقوى عدم دخول الوقف مطلقا وكذا الصدقة الواجبة اما المندوبة ففي دخولها احتمال من حيث اشتراكهما
في التبرع بالعين واشتراط القربة في الصدقة لا ينافيه لان القربة تدخل في الهبة ايضا فان لم يكن شرطا وبينهما
تداخل العموم والخصوص فيقال ان كل صدقة هبة و لا ينعكس و ربما دخلت الوصية في تعريف الشيخ وانها
لانها ايضا عطية متبرع بها غايتها انها بعد الموت وليس في الملاك العطية ما يخرجها او دخولها في الهبة
ابعد قوله اذا حلف لا يفعل لم يتحقق الحنث الا بالمباشرة فاذا قال لا ابيع او لا اشتري فوكل فيه لم يحنث
اما لو قال لا ابني بيتا فبناه البناء بامره او باستيجاره قيل يحنث نظرا الى العرف والوجه انه لا يحنث و لو قال
لا اضرب فامر بالضرب لم يحنث و في السلطان تردد اشبهه انه لا يحنث الا بالمباشرة اسناد الفعل
وما معناه الى الفاعل حقيقة والى غيره كالسبب ونحوه مجازا وقد تقدم ان اللفظ يحمل عند الاطلاق على
حقيقته اللغوية ما لم يعارضه العرف والشرع فاذا عارضه و هجرت الحقيقة اللغوية فلا اشكال في
ترجيح العرفية وان ثبت مستعملة مرجوحة فوجهان مبنيان على ترجيح المجاز الراجح والحقيقة المرجوحة و
ان استويا في الاستعمال صار كالمشترك في المنع من ترجيح احد المرادين لغير قرينة والحمل على الجمع على قول وهذه
المسئلة ترجع الى جميع هذه القاعدة فان البناء حقيقة لغوية في مباشرة ومجازا في الامر لكن غلب
العرف حتى يبادر من قول القائل بنيت دارا فلان بنى بيتا الا هذا المعنى الا ان الحقيقة لم تهجر اصلا
لان من باشر البناء فقال انه بنى ايضا بطريق اولى واما في البيع والشرا فالحقيقة اللغوية فيه باقية بلا
معارض وان استند الى غير الفاعل فهو قليل لا يخرج عن اصله و يترتب على ذلك ان الحالف على البيع و
الشرا نفيا او اثباتا يحمل على مباشرة ذلك فلا يحنث بالتوكيل كما لا يبر في جانب الاثبات والحالف على
البناء يحنث بمباشرته قطعا وفي حنثه بالامر به وجهان واستوجه المص فيه عدم الحنث عملا بالحقيقة
لا يستضعفا بالتحكم وذهب جماعة الى الحنث به لغلبة استعماله في العرف وفيه قوة ومثله حلف السلطان
ونحوه ممن يترفع عن مباشرة الضرب عليه فانه يحنث بمباشرته وفي الامر الوجهان وحكم المص فيهما في
احد الوجهين باحد والقول بالحنث فيهما قوي واعلم ان المسئلة مفروضة فيما اذا اطلق و اما
هو فيما اذا نوى الا يفعل و لا يفعل و لا يامر به فلا خلاف في الحنث اذا امر به غيره هكذا اطلقه جماعة
وربما استشكل من حيث ان اللفظة لفعل بنفسه حقيقة واستعماله في المعنى الاخر مجاز وفي ذلك استعمال
اللفظ في الحقيقة والمجاز جميعا وهو غير مرضي عند اهل الاصول وطريق التخلص ان يقال ان الاستعمال
كذلك مجاز و هو صحيح في باب اليمين مع قصده و هو الغرض ويجوز ان يؤخذ معنى مشتركا بين الحقيقة
والمجاز ويقال اذا نوى الا يسعى في تحقيق ذلك الفعل حنث بمباشرته والامر وليتمول المعنى وارادة هذا
المعنى وارادة هذا المعنى ارادة المجاز اراد مجه او الحقيقة وحدها قوله و لو قال لا استخدم فلانا
فخدمه بغير اذنه لم يحنث لان الاستخدام حقيقة في طلب الفعل فلا يصدق بدون الطلب فلا يحنث بما يقع
بغير اذنه لعدم تحقق الاستخدام فان قيل قد وقع الاستعمال بمعنى قرو في التنزيل استوقد نارا بمعنى اوقد
نارا فكيف يحكم بانحصار الاستعمال في طلب الفعل قلت لا يخرج عن باب الطلب مع تلوه لا يقيد المطلوب هنا

Copyright © King Saud University