فيثبت له حق الرجوع ويحتمل ان يكون عرضه الثواب في الاخرة او اظهار الجود والسماحة فلا يكون له الرجوع على هذا التقدير
فلا بد من الفصل بالقضا او الرضا ثم اما بقضا القاضي او ينفسخ بالتراضي ملك الموهوب له ثابت في العين حتى ينفذ تصرفه فيه من
عتق وبيع وغير ذلك ولو كان بعد المرافعة الى الحاكم وكذا لو منعه وهلك في يده لا يضمن لقيام ملكه فيه وكذا لو هلك بعد القضا
قبل المنع لان اول القبض كان غير مضمون عليه فلا ينقلب مضمونا بالاستمرار عليه وان منعه بعد القضا ضمن لوجود التعدي
منه ثم اذا حصل الرجوع بالقضا او بالتراضي يكون فسخا من الاصل وقال زفر رحمه الله الرجوع بالتراضي عقد جديد فيجعل
بمنزلة الهبة المبتداة لان الملك عاد اليه بتراضيهما فاشبه الرد بالعيب ولهذا لو رده في مرض موته برضاه يعتبر من الثلث
ولنا ان عقد الهبة انعقد موجبا حق الفسخ للواهب وهو بالفسخ يكون مستوفيا حقا ثابتا له بالعقد لان العقد وقع غير
لازم فاذا رفع رجع اليه عين ملكه كالعارية فيكون فسخا في حق الكل فلا يمكن ان يجعل هبة مبتدا ولهذا لا يشترط فيه قبض الواهب
ويصح في الشايع بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لان حقه فيه في وصف السلامة لا في الفسخ ولهذا لو زال العيب امتنع الرد ه
لوصول حقه اليه لكن اذا لم يكن سليما فات رضاه فيرجع بالعوض ويلزم منه فسخ العقد ضرورة من غير ان يثبت حقه في الفسخ
فاذا لم يكن له حق في الفسخ لم يصر مستوفيا حقه فيكون ملكا مبتدا ضرورة غير انه اذا حكم القاضي بالرد عند عجزه عن تسليم
حقه جعلناه فسخا لعموم ولايته ولا كذلك المتعاقدان لانهما لا ولاية لهما الا على انفسهما وانما اعتبر رده في المرض من الثلث
لان حق الورثة تعلق بجميع ماله فلا يقدر ان يبطله باختياره وان ابطله رد عليه كيف ما كان استحسانا وفي القياس ان لا يرد
ذكره ابن سماعة قال فان تلفت الموهوبة واستحقها مستحق وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بما ضمن لان الهبة
عقد تبرع وهو غير عامل له فلا يستحق السلامة ولا يثبت به الغرور بخلاف الوديعة لان المودع عامل له وبخلاف المعاوضات
لان عقد المعاوضة يقتضي السلامة فيكون كل واحد منهما ملتزما لوصف السلامة بالاقدام على العقد فاذا لم يسلم له صار
مغرورا من جهته فيرجع عليه بالجنة قال والهبة بشرط العوض هبة ابتدا فيشترط التقابض في العوضين وتبطل
بالشيوع بيع انتها فترد بالعيب وخيار الروية ويوخذ بالشفعة وقال زفر والشافعي هو بيع ابتدا وانتها لانهما اتيا بمعنى
البيع وهو التمليك بعوض والعبرة في العقود للمعاني دون الالفاظ الا ترى ان الكفالة بشرط براة الاصيل حوالة والحوالة بشرط
عدم البراة كفالة وهبة الدين لمن عليه ابرا وبيع العبد من نفسه اعتاق وهبة المنفعة بالعوض اجارة والاعارة بعوض
اجارة ولنا انه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما امكن عملا بالشبهين فيكون ابتداوه معتبرا بلفظه فيجري فيه احكام
الهبة وانتهاوه معتبرا بمعناه فيجري فيه احكام البيع كالهبة في المرض فان ظاهره تمليك في الحال تبرعا ومعناه معنى الوصية
لما فيه من ابطال ما تعلق به حق الورثة فيعتبر ابتداوه بلفظه حتى يشترط فيه القبض ويبطل بالشيوع فيما يحتمل القسمة ويوجب
الملك عند القبض في الحال ويعتبر انتهاوه بمعناه حتى ينفذ من الثلث بعد الدين لان الالغا لا يجوز الغاوها مع امكان العمل
بها وقد امكن فيما نحن فيه ولا تنافي بين حكميهما لان حكم البيع قد يكون متراخيا باشتراط الخيار لاحدهما او لهما وفي البيع الفاسد
فيكون موافقا لحكم الهبة من حيث تاخيره الى القبض والهبة قد تكون لازمة بانقطاع الرجوع بما ذكرنا من الموانع للرجوع
بخلاف المسايل المستشهد بها فان العمل فيها بالمعنيين غير ممكن للتضاد بين الحكمين فتعين الغا اللفظ والعمل بالمعنى
ولو وهب الاب مال ابنه الصغير بشرط العوض لم يجز عند ابي حنيفة وابي يوسف لانه تبرع ابتدا وهو لا يملك التبرع
بماله وقال محمد يجوز لانه بيع انتها على ما بينا فصل ومن وهب امة الا حملها او على ان يردها عليه او يعتقها
او يستولدها او دارا على ان يرد عليه شيا منها او يعوضه عنها شيا صحت الهبة وبطل الاستثنا والشرط لان الهبة لا تبطل
بالشروط الفاسدة الا ترى انه عليه السلام اجاز العمري وابطل الشرط وهذه كلها شروط فاسدة اما في غير استثنا الحمل فظاهر
واما في استثنا الحمل فلان الاستثنا تصرف لفظي لا يعمل الا فيما تناوله اللفظ والحمل لم يدخل تحت اللفظ وانما هو وصف للجارية
فكان تبعا لها فلا يصح استثناوه على ما بيناه في الاقرار فانقلب شرطا فاسدا وهو لا يوثر في الهبة فتصح ويدخل الحمل تبعا لها وهذا
هو الحكم في كل معاوضة مال بغير مال كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد بخلاف المعاوضات المالية لانه عليه السلام نهى عن بيع
وشرط ولان الملك في الهبة معلق بفعل حسي وهو القبض والشروط تفسد الحكمي لا الحسي بل الشروط نفسها تبطل ولو اعتق ما في

بطنها

بطنها ثم وهبها جازت الهبة في الام لان الجنين غير مملوك له واشتغاله بطنها به لا يوجب الفساد كما اذا وهب ارضه
وفيها ابنه بخلاف ما اذا دبر الحمل ثم وهبها حيث لا تجوز الهبة لان ملكه فيه باق ولا يمكن ادخاله في الهبة لان المدبر لا يقبل النقل
من ملك الى ملك ولا يمكن تصحيح الهبة في الام بدونه لانها مشغولة به فصار نظير هبة النخل بدون الثمر والجوالق بدون
الدقيق من حيث ان كل واحد منها يمنع القبض بخلاف البيع حيث لا يجوز في الفصول كلها فصل الاستثنا والعتق والتدبير
وبخلاف الوصية حيث يجوز في الام دون الحمل وفي الحمل دون الام لان بابها اوسع على ما بيناه في البيوع وقوله على ان يعوضه
شيا منها فيه اشكال فانه ان اراد به الهبة بشرط العوض ففي والشرط جايز فلا يستقيم قوله بطل الشرط وان
اراد به ان يعوضه عنها شيا من العين الموهوبة فهو تكرار محض لانه ذكره بقوله على ان يرد عليه شيا منها قال
ومن قال لمديونه اذا جا غد فهو لك او انت منه بري او ان اديت الى نصفه فلك نصفه او انت بري من النصف الباقي
فهو باطل لان تمليك الدين ابرا لما فيه معنى الاسقاط والابرا منه اسقاط فيه معنى التمليك لان الدين مال من وجه بالنظر الى
الى المال حتى يجب فيه الزكوة ويصح شراوه به من الدين ووصف من وجه بالنظر الى الحال حتى لو حلف انه لا مال له
وله ديون على الناس لا يحنث فمن وجه انه مال كان تمليكا فيرتد بالرد ومن وجه انه وصف كان اسقاطا فلا يتوقف
على القبول والتعليق بالشرط مختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق وهذا تمليك من وجه
فلا يجوز تعليقه بالشرط فبطل بخلاف قوله انت بري من النصف على ان تودي الى النصف لانه تقييد وليس
بتعليق على ما بيناه في الصلح قال وصح العمري للمعمر له حال حيوته ولورثته بعد موته ومعنى ان يجعل داره
له عمره فاذا مات يرد عليه لا الرقبى اي ان مت قبلك فهي لك وهذا تفسير الرقبى ان يقول ذلك له لما
روي عن زيد بن ثابت انه عليه السلام قال من اعمر عمرى فهي لمعمره محياه ومماته لا ترقبوا من ارقب شيا
فهو سبيل الميراث رواه احمد وابوداود والنساي وفي لفظ جعل الرقبى للذي ارقبها رواه احمد والنساي
ولان معنى العمرى هو التمليك في الحال ويجعلها له عمره ثم اذا مات يرجع اليه فصح التمليك وبطل الشرط
لما بينا ان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة وبطل الشرط ومعنى الرقبى ان تملكها له بعد موته فيكون
تمليكا مضافا الى زمان وهو من الارتقاب وهو الانتظار كانه ينتظر موته فلا يصح لعدم التمليك في الحال
وقال ابو يوسف تصح الرقبى ايضا بنا على انها تمليك للحال واشتراط للاسترداد بعد موته عنده كالعمرى كان
الواهب ينتظر موت الموهوب له وقد روى ابن عباس انه عليه السلام قال العمرى جايزة لمن اعمرها والرقبى
جايزة لمن ارقبها رواه احمد والنساي حاصل انه متى وجد التمليك في الحال واشترط الرد في المال يجوز بالاجماع
لما بينا ان الهبة لا تبطل بالشرط بل الشرط يبطل ومتى كان التمليك مضافا الى زمان في المستقبل لا يجوز بالاجماع فكان
الخلاف بينهم مبنيا على تفسير الرقبى فمن قال انه تمليك في الحال اجازه ومن قال انه مضاف لم يجزه وليس باختلاف
حقيقة ومثل هذا تقدم في نكاح الصابيات وفي فساد الصوم بالاقطار في الاحليل وفي وجوب الدم اذا غسل
المحرم راسه بالخطمي ويلبس الثوب المصبوغ بعصفر فاذا لم يكن بينهم خلاف في الحقيقة واللفظ صالح للمعنيين
امكن التوفيق بين الاخبار فما ورد من النهي عن الرقبى محمول على المراد به ابطال شرط الجاهلية وهو الاسترداد
بعد موت الموهوب له وما جا فيه من الاطلاق محمول على انه جايز والشرط باطل ومثله جا النهي عن العمرى ايضا وهو
ما روي عن ابن عمر انه عليه السلام قال لا تعمروا ولا ترقبوا فمن اعمر شيا او ارقبه فهو له حيوته ومماته رواه احمد
والنساي وقال عليه السلام العمرى جايزة لاهلها والرقبى جايزة لاهلها رواه ابوداود والترمذي والنساي وفيهما
اخبار كثيرة بعضها يمنعها وبعضها يجيزهما وبالحمل على ما حملنا حصل التوفيق فلا تعارض فيه قال والصدقة
كالهبة لا تصح الا بالقبض ولا في مشاع يحتمل القسمة لانه تبرع كالهبة ويلزم فيها ما يلزم في الهبة فامتنعت بدون
القبض كالهبة قال ولا رجوع فيها اي في الصدقة لان المقصود فيها هو الثواب دون العوض قال في النهاية
لا رجوع في الصدقة على الغني كما لا رجوع في الصدقة على الفقير ثم قال من اصحابنا من قال الصدقة على الغني والهبة سوا

بلغ مقابلة على الاصل

Copyright © King Saud University

Created with PDFsharp 1.2.1269-g (www.pdfsharp.com) 1