قبل القسمة اتفاقا وقال شيخ الاسلام ابو بكر المعروف بخواهرزاده في مبسوطه قال علماؤنا اذا
وهب مشاعا يحتمل القسمة لا يجوز سواء وهب من الاجنبي او من شريكه وقال الشافعي يجوز
من الاجنبي ومن الشريك وقال ابن ابي ليلى ان وهب من الاجنبي لم يجز وان وهب من
الشريك جاز واجمعوا على انه اذا وهب ما لا يحتمل القسمة فانه يجوز ولا يريدون بقولهم
انه لا يحتمل القسمة انه لا يحتمل التجزي في نفسه لان ما من شيء في الدنيا الا ويحتمل التجزي
في نفسه وانما يريدون بقولهم لا يحتمل القسمة ان المنعقد بفوت اصلا القسمة والتجزي كما
في العبد متى قسم وجزئ يفوت المنفعة اصلا او يفوت جنس المنفعة كما في الحمام والبيت
الصغير الى هنا لفظ خواهرزاده ووجه الشافعي ان المشاع بعض الكل وهبة الكل
جائز فكذا هبة البعض كما في المشاع الذي لا يحتمل القسمة والفقه فيه ان المشاع قابل
لحكم الهبة وهو الملك وهذا صحيح فما لا يحتمل القسمة فكذا يقبل الملك بسبب
البيع فكان المشاع محلا للهبة والدليل على هذا ان المشاع يصلح راس مال السلم وبدل
الصرف والقبض شرط في باب السلم والصرف فلولم يكن المشاع قابلا للقبض لما صلح
راس مال السلم وبدل الصرف ولذلك اذا باع الشايع الذي يحتمل القسمة بيعا فاسدا
وخلى بينه وبين المشتري يدخل في ضمان المشتري ويخرج عن ضمان البايع والخروج من
ضمان البايع والدخول في ضمان المشتري مبني على القبض فلولم يكن محلا للقبض لما دخل
في ضمان المشتري ولذلك قرض المشاع في الذي يحتمل القسمة صحيح والقرض تبرع والتبرع
لا يصح بدون القبض بيانه انه نص في باب المضاربة في رجل دفع الى رجل الفا
نصفه قرضا ونصفه مضاربة فانه يصح ولذلك لو اوصى بثلث داره شايعا يصح وبثبت
الملك قبل القبض وانما روينا عند قوله ونصح بالايجاب والقبول والقبض ان البايع
قال لغايشه واني كنت نحلتك جاد عشرين وسقا فلو كنت جددتيه واحزتيه كان لك
وانا هو اليوم مال الوارث نشرط الحيازة لصحة الهبة وروى اصحابنا في شرح المبسوط عن

ابي بكر وعمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم انهم قالوا لا تجوز الهبة الا محوزة مقبوضة والحيازة
جمع الشيء في حيز واحد وذلك انما يكون بالقسمة والفقه فيه ان القبض شرط صحة الهبة
بالاتفاق بيننا وبينه والقبض لا يتحقق في الشايع لان المعين شرط صحة القبض لانه بلاية
الفعل حقيقة وانما يتصور ملاقاة الفعل اذا كان بحيث يشار اليه ليقصده الفاعل بالفعل
والشايع لا يشار اليه فلا يتاتى فيه القبض بخلاف ما لا يحتمل القسمة لانه تتحقق
القبض الكامل فيه فاكتفى بالقبض القاصر ولانا انما شرطنا القبض احترازا عن لزوم الواهب
ضمان القسمة وههنا لا يلزمه ضمان القسمة فحكمنا بالجواز وقال شيخ الاسلام خواهرزاده
في مبسوطه والمعنى في المسئلة ان هذا حكم شرعي علق بسبب فلا يثبت بالناقص من السبب
من غير ضرورة قياسا على وقوع الملك في باب البيع لما كان حكما شرعيا علق بسببه وهو
البيع لم يثبت بالناقص منه من غير ضرورة وهو البيع بالاشارة من الناطق لان الاشارة
دون النطق فكذلك هذا ونعني بقولنا حكم شرعي ان المعلق بالقبض في باب الهبة انما هو
الملك وانه حكم شرعي لانه لا يرى ولا يشاهد فلا يثبت بالناقص من القبض من غير
ضرورة وقد تمكن في قبض المشاع نقصان لان قبض الهبة في الشايع انما يحصل تبعا
لقبض ما ليس بهبة لانه مقصودا لانه لا يحصل قبضه الا بقبض الكل وما يحصل تبعا
لغير يكون ناقصا من الحاصل بمقصود اوقال في الطريقة البرهانية والدليل على ان قبض
المشاع ناقص ان القسمة من تمام القبض والشيء ما يتم به يكون ناقصا وبيان ان القسمة
من تمام القبض والشيء بدون ما يتم به يكون ناقصا ان الاضبا قبل القسمة متفرقة والقسمة
تجمع فتقبض ولهذا اذا اشترى نصف دار شايعا وقاسمه البايع ليس للشفيع ان ينقض
القسمة وللشفيع نقض كل تصرف باشره المشتري الا القبض وما هو من تمام القبض
فلولا ان القسمة من تمام القبض كان لحق النقض واذا ثبت ان قبض البايع ناقص
لا يجوز ان يكتفى به من غير ضرورة وقال خواهرزاده ولا يلزم على ما قلنا ما لا يحتمل القسمة

Copyright © King Saud University

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