حل الامير فلانا علي الدابة يعنون به التمليك فتصح نيته لا سيما اذا كان تشهد يدا عليه وبقوله كسوتك هذا الثوب لان
الكسوة يراد به التمليك قال الله تعالى او كسوتهم المراد به التمليك لان الكفارة لا تتادى بالمنافع وكذا يقال كساه فلان
ثوبا اذا ملكه لا اذا اعاره وبقوله داري لك هبة تسكنها لان اللام فيه للتمليك ظاهر وقوله تسكنها مشورة وتنبيه علي
المقصود فصار نظير قوله هذا الطعام لك تاكله او هذا الثوب لك تلبسه بخلاف ما اذا قال داري لك هبة سكنى حيث
تكون عارية علي ما بينا في العارية وهو المراد بقوله لا هبة سكنى اي لا يكون تمليكا بقوله داري لك هبة سكنى وقوله في محوز مقسوم
ومشاع لا ينقسم لا فيما يقسم اي تجوز الهبة في محوز مقسوم وفي مشاع لا ينقسم ولا تجوز في مشاع ينقسم احترز بقوله محوز عن
عن المتصل كالثمر علي الشجرة وبقوله مقسوم عن المشاع وقال الشافعي رحمه الله تجوز هبة المشاع فيما يقسم وفيما لا يقسم
لانها عقد تمليك والمحل قابل له فاشبهت البيع وكونه تبرعا لا ينافي الملك في الشيوع كالقرض والوصية وتسليمه ممكن بالتخلية
او بتسليم الكل اليه كالمشاع الذي لا يحتمل القسمة ولنا ان الخلفاء الراشدين وغيرهم من الصحابة رضي الله عنهم شرطوا القسمة
لصحة الهبة ولان القبض منصوص عليه في الهبة فيشترط وجوده علي اكمل الوجوه كما في استقبال القبلة لما كان منصوصا عليه
يشترط وجوده علي الكمال حتى لو استقبل الحطيم لا تجوز صلاته مع انه من البيت بالسنة ولان القبض ثبت مطلقا والمطلق
يتناول الكامل والكامل هو الموجود من كل وجه والقبض في المشاع موجود من وجه دون وجه لان القبض عبارة عن كون
الشي في حيز القابض والمشاع ليس في حيزه من كل وجه لانه في حيزه من وجه وفي حيز شريكه من وجه وتمامها لا يحصل
الا بالقسمة لان الانصباء بها تتميز وتجتمع وما لم تجتمع لا يصير محرزا او يكون احرازا ناقصا فلا ينتهض لافادة الملك ولان اشتراط
اصل القبض في الهبة كان للتحرز عن وجوب الضمان علي المتبرع لاحتمال هلاكه قبل القبض او كيلا يلزمه المطالبة بالتسليم وهذا
المعنى هنا لانه لو صح لوجب عليه اجرة القسمة ولطالبه بالقسمة فيصير عقد التبرع موجبا لضمان القسمة علي المتبرع والمطالبة
بالقسمة وهو خلاف موضوع التبرع قال الله تعالى ما على المحسنين من سبيل بخلاف ما لا يقسم لانه لا يجب اجرة القسمة فيه ولا يتصور
الا القبض الناقص فاكتفي به ولانا لو اعتبرنا كمال القبض فيه لانسد باب الهبة فيه وفيما ينقسم لا ينسد ولا يقال
يستوجب المهاياة فيما لا يقسم وهو ايجاب علي المتبرع فوجب ان يمتنع لانا نقول المهاياة قسمة المنافع والتبرع وقع في
العين فيكون ايجابا في غير ما تبرع به فلا يبالي وانما المحظور الايجاب في عين ما تبرع به والقبض في الوصية ليس بشرط لصحتها
وكذا في البيع الصحيح وفي البيع الفاسد والسلم والصرف غير منصوص عليه وقوله عليه السلام يدا بيد المراد به التعيين غير ان التعيين
في الثمنين يكون بالقبض ولان القبض فيه شرط البقاء علي الصحة لا شرط الصحة والبقاء اسهل من الابتداء ولان هذه عقود معاوضة فلا
يبالي بوجوب ضمان القسمة او المطالبة والقرض تبرع ابتداء حتى لا يملكه الا من يملك التبرع معاوضة انتهاء لانه يوجب رد المثل
فلكونه تبرعا من وجه شرطنا القبض فيه ولكونه معاوضة من وجه لم نشترط القسمة عملا بالدليلين او الشبهين ولان القبض
فيه غير منصوص عليه فلا يراعى فيه الكمال ولو وهب جزءا شايعا من شريكه لم يجز ايضا لان القبض الكامل لا يتصور فيه وهو علة
لثبوت الملك فيه والحكم يدور مع علته لا مع حكمته لان العلة يراعى وجودها لا غير فيدور الحكم وهو الفساد علي نفس الشيوع
قال فان قسمه وسلمه صح اي لو وهب مشاعا ثم قسمه وسلمه جاز لان تمام الهبة بالقبض وعنده لا شيوع فيه ولو سلمه شايعا لا يملكه
حتى لا ينفذ تصرفه فيه ويكون مضمونا عليه وينفذ فيه تصرف الواهب ذكره الطحاوي وقاضي خان وروي عن ابن رستم مثله وذكر
عصام انها تفيد الملك وبه اخذ بعض المشايخ قال وان وهب دقيقا في بر لا وان طحن وسلم اي لو وهب الدقيق في الحنطة
لا تجوز الهبة ولو طحنه وسلم الدقيق لا تعود صحيحة وكذا الدهن في السمسم والسمن في اللبن لان الموهوب معدوم ولهذا لو استخرجه
الغاصب ملكه والمعدوم ليس بمحل للملك فلا يمكن تمليكه بالعقد فوقع باطلا فلا يملك الا بعقد جديد وهذا لان الحنطة استحالت
وصارت دقيقا وكذا غيرها وبعد الاستحالة هو عين اخر علي ما عرف في الغصب بخلاف المشاع لانه محل للملك الا انه لا يمكن تسليمه
فاذا زال المانع جاز وانما جازت الوصية بها لان الوصية بالمعدوم جايزة واللبن في الضرع والصوف علي ظهر الغنم والزرع والنخل
في الارض والتمر في النخيل بمنزلة المشاع لانها موجودة وامتناع الجواز للاتصال وذلك يعود الي امتناع القبض كالشايع فاذا
فصلها وسلم جاز لزوال المانع كما في هبة الدين بخلاف ما لو وهب الحمل وسلمه بعد الولادة حيث لا يجوز لان في وجوده احتمالا فصار

كالمعدوم

كالمعدوم والدار التي فيها المتاع والجوالق الذي فيه الدقيق كالمشاع لان الموهوب مشغول بمتاع الواهب حتى
لو تبرع وسلم صح ويعتبر الاذن بالقبض بعد الفراغ ولا يعتد بالاذن قبله كما لا يعتد بالتسليم قبله ولو وهب المتاع الذي في الدار
وسلمها معه والدقيق في الجوالق وسلم الدقيق مع الجوالق جاز لان الموهوب ليس بمشغول وانما هو شاغل لملك الواهب وذلك
لا يوجب يد الواهب علي الموهوب غاية ما فيه ان يد الواهب ثابتة في الظرف وهو آلة للحفظ فيكون تبعا فثبوت اليد في
التبع لا يوجب ثبوته في الاصل ونظيره ما لو وهب الجارية وعليها حلي دونه وبالعكس لا يصح الا اذا نزعه وسلمه لانه مشغول
لان الجارية هي المستعملة له فكان تبعا كالجوالق قال ويملكه بلا قبض جديد لو في يد الموهوب له يعني لو كانت العين
الموهوبة في يد الموهوب له ملكها الموهوب له بمجرد العقد وان لم يجدد فيها قبضا لان القبض ثابت فيها وهو الشرط سوا
كانت في يده امانة او مضمونة لان قبض الامانة ينوب عن مثله لا عن المضمون والمضمون ينوب عنهما والاصل فيه انه متى
تجانس القبضان ناب احدهما عن الاخر لاتحادهما جنسا واذا اختلفا ناب الاقوى عن الاضعف دون العكس لان في الاقوى مثل
الادنى وزيادة وليس في الادنى ما في الاقوى فلا ينوب عنه وهذا اذا كان الموهوب في يده مضمونا كالمغصوب والمرهون له
والمقبوض علي سوم الشرا لا اشكال فيه لان المقبوض في يده حقيقة وحكما فيبرا عن الضمان بمجرد قبول الهبة وكذا اذا كان
في يده عارية او اجارة لانه قبضها لنفسه ويده ثابتة فيه واما اذا كان في يده بطريق الوديعة فمشكل لان يده يد المالك لانه نائب
عنه في الحفظ وقبضه لاجل المالك فكيف ينوب هذا القبض عن قبض الهبة بل ينبغي ان يكون هذا كما لو وهبه وهو في يد الواهب
لكن للمودع يد حقيقة فباعتبارها نزل قابضا لانا اقمنا يده مقام يد المالك حكما ما دام عاملا له وبعد الهبة ليس بعامل له فتعتبر
الحقيقة قال وهبة الاب لطفله تتم بالعقد لانه في قبض الاب فينوب عن قبض الصغير لانه وليه فيشترط قبضه ولا
فرق في ذلك بين ما اذا كان في يده او في يد مودعه لان يد المودع كيد المالك بخلاف ما اذا كان في يد الغاصب او في يد
المرتهن او في يد المستاجر حيث لا تجوز الهبة لعدم قبضه لان كل واحد منهم قابض لنفسه وعامل لنفسه ولو وهب من ابنه
الصغير دارا والاب ساكنها ومتاعه فيها جازت الهبة وملكها الابن بمجرد قوله وهبتها له لانها في يده وسكناه ومتاعه فيها لا ينافي
يده بل يقررها فتكون هي في قبضه وهو الشرط ولو كان يسكنها غيره باجر لا يجوز لما ذكرنا وان كان بغير اجر جازت الهبة وملكها
الابن بمجرد العقد ذكره محمد في المنتقى وكذا لو وهبته امه وهو في يدها والاب ميت وليس له وصي وكذا كل من يعوله
لان التصرف نفع محض ولمن في يده ضرب ولاية حتى كان له تاديبه وتسليمه في صناعة فيملك التصرف النافع فينفرد ه
بتمليكه ويملكه الصغير بمجرد الهبة اذا كان في يد الواهب كما في الاب والصدقة في هذا كله كالهبة قال وان وهب
له اجنبي يتم بقبض وليه لان للولي ولاية التصرف في ماله وقبض الهبة من التصرف في المال ولا يشترط ان يكون الصبي في حجره
لثبوت ولايته عليه مطلقا لان المراد بالولي هو الاب ووصيه والجد ووصيه بخلاف غيرهم من الاقارب والاجانب حيث لا يكون
له ولاية القبض الا اذا كان في حجره وليس له اب علي ما نبين قال وامه واجنبي لو في حجرهما اي يتم بقبض امه وبقبض اجنبي
اذا كان في حجرهما لما ذكرنا ان لمن هو في يده ولاية التصرف النافع له وتحصيل المال من النافع فكان لهم ذلك لثبوت يدهم
عليه حتى لا يكون لغيرهم ان ينزعه من ايديهم فكانوا احق بحفظه وتحصيل المال له من ضرورات حفظه لانه لا يبقى عادة الا بقوت
وملبوس فقاموا في هذا مقام الولي عند عدم الولي لكونه نفعا محضا قال وبقبضه ان عقل اي يتم بقبض الصبي نفسه
ان كان مميزا يعقل التحصيل لانه في التصرف النافع الذي لا يحتمل غيره الحق بالبالغ العاقل استحسانا والقياس ان لا يجوز لانه
لا معتبر بعقله قبل البلوغ ولهذا لا يجوز قبض غيره له حتى الاجنبي اذا كان في عياله ولو اعتبر بعقله وجعل له ولاية التصرف لما
نفذ عليه تصرف غيره ولا كان له حاجة اليه وجه الاستحسان انه انما لا يعتبر عقله لدفع الضرر عنه لان الظاهر انه لا يتم
له نظره في عواقب اموره لعدم اعتدال عقله فاذا كان التصرف نافعا محضا تعين النظر في نفوذه فينفذ نظرا له لان
الرد للضرر لاجله والتوقف في المتردد بين النفع والضرر لاجله حتى يجيزه الولي ان راى فيه مصلحة فكذا وجب ان ينفذ
تصرفه النافع نظرا له وجاز تصرف الولي او الاجنبي عليه في هذه الحالة نظرا له ايضا حتى ينفتح له سبب تحصيل
النفع بطريقين وليس من الحكمة ان يثبت عليه الولاية لغيره نظرا له ثم يرد منه مثل هذا النفع المحض ولان الفقه

Copyright © King Saud University

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