

كِتَابُ الْهَبَةِ

وجه المناسبة ظاهر (هي) لغة التفضل على الغير ولو غير مال. وشرعاً (تمليك العين مجاناً)

يضمن لأنه حافظ له خارج المصر كما في المصر وضمن في الدابة لأنها بمجرد الخروج تصير عرضة للتلف فيكون إخراجها تضييعاً لها معنى كما في الفصولين ينبغي أن لا يضمن بهما: أي المحمل والفسطاط أيضاً.

وعلى قياس مسألتها ينبغي أن يلزمه الضمان في الثوب أيضاً كما في إخراج دابة العارية. قال في الذخيرة: ويجوز أن يفرق بينهما وبين مسألة الثوب بالتأمل فليتأمل فيه. أنقروي.

إن المستأجر والمستعير لو خالف ثم عاد إلى الوفاق لا يبرأ عن الضمان على ما عليه الفتوى. فصولين. والله تعالى أعلم، وأستغفر الله العظيم.

كِتَابُ الْهَبَةِ

قال ط: هي من صفات الكمال، فإن الله تعالى وصف بها نفسه بقوله عز وجل: ﴿أَمْ عِنْدَهُمْ خَزَائِرٌ رَّحْمَةً رَبِّكَ أَلْعَزِيزُ الْوَهَّابُ﴾ [ص: ٩] والبشر إذا باشرها فقد اكتسب من أشرف الصفات، لما فيها من استعمال الكرم، وإزالة شح النفس، وإدخال السرور في قلب الموهوب له، وإيراث المحبة والمودة بينهما، وإزالة الضغينة والحسد، ولهذا من باشرها كان من المفلحين، قال تعالى: ﴿وَمَنْ يُؤَقِّ شَحَّ نَفْسِهِ فَأَوْلَاكَ هُمْ الْمُفْلِحُونَ﴾ [الحشر: ٩] اهـ. تبيين. قال الشمسي: هي الأصل مصدر محذوف الأول معوض هاء التانيث وأصلها وهب بتسكين الهاء وتحريكها اهـ. مكى. علة كعدة. عيني. ويتعدى الفعل بنفسه، وباللام وبمن كما في أحاديث كثيرة، خلافاً للمطرزي في أنه خطأ. وللتفتازاني في أنه عبارة الفقهاء اهـ. قهستاني.

قال المولى عبد الحلیم: يقال وهب مالا وهباً وهبة وموهبة. والهبة قد تطلق على الموهوب. قوله: (وجه المناسبة ظاهر) هو أن كلاً منهما تمليك بلا عوض، ووجه تأخير الهبة عن العارية هو أنها تمليك عين ومنفعة بلا عوض، والعارية تمليك المنفعة بلا عوض فكانت العارية كالمفرد والهبة كالمركب والمفرد مقدم على المركب طبعاً فقدم وضعاً. قوله: (هي لغة التفضل على الغير) أي بما ينتفع به مطلقاً. قوله: (ولو غير مال) قال الراغب: الهبة أن تجعل ملكك لغيرك بغير عوض. قال عز وجل: ﴿ووهبنا له إسحاق ويعقوب﴾. اهـ. وقال تعالى: ﴿فَهَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ وَلِيًّا﴾ [مريم: ٥] وقال تعالى: ﴿يَهَبْ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاءًا وَيَهَبْ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ﴾ [الشورى: ٤٩] والأولى أن يقول: ولو بغير مال. قوله: (تمليك العين مجاناً) هذا الحد غير مانع، إذ يصدق على الوصية فإنها تمليك العين بلا عوض

أي بلا عوض، لا أن عدم العوض شرط فيه. وأما تمليك الدين من غير من عليه

والصدقة وغيرهما، اللهم إلا أن يقال: إن المصنف جرى على طريقة المتقدمين من جواز التعريف بالأعم والأخص اهـ. سري الدين عن المجتبى. وزاد ابن الكمال قوله للحال لإخراج الوصية، وخرج الإباحة والعارية والإجارة والبيع وهبة الدين ممن عليه فإنه إسقاط وإن كان بلفظ الهبة. منح. قوله: (أي بلا عوض) أي بلا شرط عوض على حذف مضاف، لكن هذا يظهر لو قال بلا عوض كما في الكنز، لأن معنى مجاناً عدم العوض لا عدم اشتراطه. على أنه اعترضه الحموي كما في أبي السعود بأن. قوله: «بلا عوض» نص في اشتراط عدم العوض والهبة بشرط العوض نقيضه فكيف يجتمعان اهـ: أي فلا يتم المراد بما ارتكبه وهو شمول التعريف للهبة بشرط العوض، لأنه يلزم خروجها عن التعريف حيثئذ كما نبه عليه في العزيمة أيضاً.

قلت: والتحقيق أنه إن جعلت الباء للملازمة متعلقة بمحذوف حالاً من تمليك لزم ما ذكر، أما لو جعل المحذوف خبراً بعد خبر: أي هي كائنة بلا شرط عوض على معنى أن العوض فيها غير مشروط، بخلاف البيع والإجارة فلا يرد ما ذكر، فتدبر. قوله: (إلا أن عدم العوض شرط فيه) وإلا لما شمل الهبة بشرط العوض.

والحاصل: أن المعتبر في الهبة تمليك العين سواء كان بعوض أو بلا عوض لما سيأتي من أن الهبة بشرط العوض صحيحة فليس عدم العوض شرطاً في تحققها، فمعناه أن الهبة تتحقق ولا يشترط فيها العوض، وليس عدم العوض شرطاً فإنه يقتضي أنها لا تتحقق مع العوض وليس كذلك.

وقد فرقوا بين الوجود بلا شرط شيء وبين الوجود بشرط لا شيء بأن الأول أعم من الثاني، وعليه فإن العوض لا يشترط في تعريفها، بل قد تكون بعوض كما إذا شرطه، وقد تكون بلا عوض؛ فمعنى قوله بلا عوض: أي ليس العوض من لازمها ومطرداً فيها، بخلاف البيع فإنه لا بد فيه من العوض حتى لو باعه بلا عوض فسد، ولو أسقط هذا النفي لكان تعريفاً للهبة من كل وجه وهي الهبة بلا عوض مشروط، ويكون معنى قوله بلا عوض: أي بلا شرط عوض سواء عوضه من تلقاء نفسه أو لا، أما الهبة بشرط العوض فهي هبة ابتداء بيع انتهاء كما سيأتي بيانه، وهذا كله على جعل الباء للملازمة الخ. قوله: (وأما تمليك الدين الخ) هذا جواب عن سؤال مقدر وهو أن تقييده بالعين مخرج لتمليك الدين من غير من عليه مع أنه هبة إذا أمره بقبضه فيخرج عن التعريف. فأجاب بأنه يكون عيناً مآلاً، فالمراد بالعين في التعريف ما كان عيناً حالاً أو مآلاً وهو خارج عن القياس، إذ الهبة لا تصح إلا في الملك والعين غير مملوكة له وقت الهبة وهو نظير الحمل ولا يصح هبته مع أنه سيصير عيناً مملوكة، وقد يفرق بأن تمام الحمل غير متحقق إذ هو متوقف على إتمام الله

الدين، فإن أمره بقبضه صحت لرجوعها إلى هبة العين.

(وسببها إرادة الخير للواهب)

تعالى له وفصله عن أمه والعبد لا يقدر عليه، والدين ثابت في ذمة المديون مأمور ببنفعه لربه وصاحبه قادر على قبضه شرعاً فيقدر على تسليمه. قال بعض الفضلاء: ولهذا لا يلزم إلا إذا قبض، وله الرجوع قبله فله منعه حيث كان بحكم النيابة عن القبض، وعليه تبنتي مسألة موت الواهب قبل قبض الموهوب له في هذه، فتأمل.

بقي هل الإذن يتوقف على المجلس الظاهر؟ نعم فليراجع.. ولا ترد هبة الدين ممن عليه لأنها مجاز عن الإسقاط، والفرد المجازي لا يتقضى، والله سبحانه أعلم.

قال في البحر عن المحيط: ولو وهب ديناً له على رجل وأمره أن يقبضه فقبضه جازت الهبة استحساناً فيصير قابضاً للواهب بحكم النيابة، ثم يصير قابضاً لنفسه بحكم الهبة، وإن لم يأذن بالقبض لم يجز اهـ.

وفي أبي السعود عن الحموي: ومنه يعلم أن تصيير معلومة المتجمد للغير يعد فراغه له غير صحيح ما لم يأذنه بالقبض، وهي واقعة الفتوى. لكن قال في الأشباه: تصح ويكون وكيلاً قابضاً للموكل ثم لنفسه، ومقتضاه أن له عزله عن التسليط قبل قبضه اهـ. وهل منه ما تعورف في زماننا من بيع أوراق الجامكية وكذا أوراق الكميالي والقنصليد إلى غريمه أو إلى غيره أو لمن عليه أموال أميرية أو لغيره فإنه غير مديون لعين ولعدم تعيينه لقضاء الجامكية.

قال المصنف في فتاواه: سئل عن بيع الجامكية، وهو أن يكون لرجل جامكية في بيت المال، ويحتاج إلى دراهم معجلة قبل أن تخرج الجامكية فيقول له رجل بعني جامكيتك التي قدرها بكذا أنقص من حقه في الجامكية فيقول له بعتك فهل البيع المذكور صحيح أم لا لكونه بيع الدين بنقد؟ أجاب إذا باع الدين من غير من هو عليه كما ذكر لا يصح.

قال مولانا في فوائده: وبيع الدين لا يجوز، ولو باعه من المديون أو وهبه جاز اهـ. أقول: وكان الأولى للمشارح أن يقول: ولا يرد تمليك الدين وقد أمر بقبضه لرجوعه إلى تمليك العين بسبب الأمر بقبضه. قوله: (فإن أمره بقبضه صحت) ويكون وكيلاً قابضاً للموكل ثم لنفسه كما تقدم. قال في الحاوي القدسي: فإن قال الدين الذي لي على زيد هو لعمرى ولم يسلطه على القبض ولكن قال واسمي في كتاب الدين عارية صح، ولو لم يقل هذا لا يصح.

وفي البزازية: المرأة وهبت مهرها الذي على زوجها لابنها الصغير من هذا الزوج، إن أمرت بالقبض صحت وإلا لا؛ لأنه هبة الدين من غير من عليه الدين.. ذكره الحموي. قوله: (إرادة الخير للواهب) يقصد بها دفع شر الموهوب له، وقد يراد به الخير

دنيوي: كعوض ومحبة وحسن ثناء وأخروي. قال الإمام أبو منصور: يجب على المؤمن أن يعلم ولده الجود والإحسان، كما يجب عليه أن يعلمه التوحيد والإيمان،

للموهوب له. قوله: (دنيوي) بضم الدال وكسرهما كما هما في دنیا. قوله: (كعوض) يشمل المال والمنفعة والدعاء، لما ورد في الحديث «مَنْ أَسَدَى إِلَيْكُمْ مَعْرُوفاً فَكَافَتْهُ، فَإِنْ لَمْ تَقْدِرُوا فَادْعُوا لَهُ»^(١) فكان الدعاء عوضاً عن العجز. قوله: (ومحبة) أي من الموهوب له للواهب، لما ورد في الحديث «تَهَادَوْا تَحَابُّوا»^(٢) ولأن القلوب جبلت على حب من أحسن إليها، بل الفعل الجميل محبب حتى لغير من وصل إليه الجميل عند النفوس الكريمة. قوله: (وحسن ثناء) لأن الواهب يوصف بالجود ومكارم الأخلاق، ويتفتي عنه سيمة البخل بالجود الذي هو دواء الداءات. قوله: (وأخروي) أي وهو الثواب إن حسنت النية، وحذفه للعلم به. وصرح به في شرح الملتقى فقال: أو الأخروي كالنعيم المقيم، ولأن منه امثال أمر الله تعالى في قوله «وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبُرِّ وَالْتَّقْوَى» [المائدة: ٢] وأمر النبي في قوله: «تهادوا» واتباعاً للسنة لما كان عليه النبي وأصحابه من التهادي وإيثار الإخوان على النفس، وهو واجب على المؤمن أن يفعله ويعلمه ولده، لما نقله الشارح عن الإمام أبي منصور، وفاعل الواجب يثاب في الآخرة. قوله: (قال الإمام أبو منصور) بيان للأخروي. قوله: (يجب على المؤمن) الذي تفيد هذه العبارة أن هذا التعليم فرض عين ط.

قال بعض الحكماء: أصل المحاسن كلها الكرم، وأصل الكرم نزاهة النفس عن الحرام، وسخاؤها بما ملكت على الخاص والعام، وجميع خصال الخير من فروعه. قال عليه الصلاة والسلام «تَجَافَوْا عَن ذَنْبِ السَّخِيِّ، فَإِنَّ اللَّهَ آخِذٌ بِيَدِهِ كُلَّمَا عَثَرَ، وَقَاتِحٌ لَهُ كُلَّمَا افْتَقَرَ»^(٣) وعن جابر بن عبد الله قال «مَا سُئِلَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ شَيْئاً فَقَالَ لَا»^(٤) وعنه صلى الله تعالى عليه وسلم أنه قال «السَّخِيُّ قَرِيبٌ مِنَ اللَّهِ، قَرِيبٌ مِنَ النَّاسِ، قَرِيبٌ مِنَ الْجَنَّةِ، بَعِيدٌ مِنَ النَّارِ. وَالْبَخِيلُ بَعِيدٌ مِنَ اللَّهِ، بَعِيدٌ مِنَ النَّاسِ، بَعِيدٌ مِنَ الْجَنَّةِ، قَرِيبٌ مِنَ النَّارِ»^(٥) وقال بعض السلف: منع الجود سوء ظن بالمعبود، وتلا

(١) ذكره المعجلوني في كشف الخفا ١٣٢/٢.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن ١٦٩/٦ ومالك في الموطأ (٩٠٨) وابن عبد البر في التمهيد وذكره الهيثمي في المجمع ١٤٦/٤.

(٣) أخرجه أبو نعيم في الحلية ١٠٨/٤ والخطيب في التاريخ ٣٣٥/٨ وذكره الهيثمي في المجمع ٢٨٢/٦.

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة ١٥/١١ وابن سعد ٩٣/٢/١.

(٥) أخرجه الترمذي ٣٤٢/٤ (١٩٦١) وقال حديث غريب لا نعرفه من حديث يحيى بن سعيد بن محمد في رواية هنا الحديث عن يحيى بن سعيد، إنما يروى عن يحيى بن سعيد عن عائشة شيء مرسل. وأخرجه الخرائطي في المكارم ص ٦٢ وابن أبي حاتم في العلل ٢/٢٨٤ وعزاه المتقي الهندي في الكنز (١٥٩٢٨) للبيهقي في الشعب والطبراني في الأوسط.

إذ حب الدنيا رأس كل خطيئة. نهاية. وهي مندوبة وقبولها سنة، قال ﷺ: «تهادوا تحابوا».

﴿وَمَا أَنْفَقْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَهُوَ يُخْلِفُهُ وَهُوَ خَيْرُ الرَّازِقِينَ﴾ [سبأ: ٣٩] وقال علي كرم الله وجهه: ما جمعت من المال فوق قوتك فإنما أنت فيه خازن لغيرك.

ومما يحكى في الجواد والإيثار ما روي عن حذيفة العدوي أنه قال: انطلقت يوم اليرموك أطلب ابن عم لي في القتلى ومعى شيء من الماء وأنا أقول إن كان به رمق سقيته، فإذا أنا به بين القتلى، فقلت أسقيك؟ فأشار إليّ أن نعم، فإذا برجل يقول آه، فأشار إليّ ابن عمي أن انطلق إليه، فإذا هو هشام بن العاص، فقلت أسقيك فأشار إليّ أن نعم، فسمع آخر يقول آه، فأشار إليّ أن انطلق إليه، فجنته فإذا هو قد مات، فرجعت إلى هشام فإذا هو قد مات، فرجعت إلى ابن عمي فإذا هو قد مات رحمهم الله تعالى. قوله: (إذ حب الدنيا الخ) علة لمحذوف تقديره: ولا يتركه من غير تعليم ما ذكر فيشب على حب الدنيا وهو مذموم، إذ هو رأس كل خطيئة: أي فبهذا التعليم يخلص من هذه الآفة. قوله: (وهي) أي الهبة. قوله: (وقبولها سنة) أي لإلعارض، كأن علم أنه مال حرام أو أنه يمتن عليه بما أهداه إليه. قوله: (تهادوا) بفتح الدال وضمها خطأ، ويسكون الواو لأنه صيغة خطاب للجماعة من التهادي، وأصله تهاديوا لأنك تقول: تهادى تهادياً تهاديوا قلبت الواو ألفاً لتحركها وانفتاح ما قبلها ثم حذف لالتقاء الساكنين فصار تهادوا كما في مادة تعالوا أصله تعاليوا قال تعالى ﴿تَعَالَوْا إِلَى كَلِمَةٍ سَوَاءٍ﴾ [آل عمران: ٦٤] والأصل أن فعل الأمر إذا لحقته واو الجماعة ينظر إلى مضارعه، فإن ختم بألف كيتهادى يفتح ما قبل الواو وإن ختم بياء كيرمي أو واو كيدعو يضم ما قبلها. قوله: (تحابوا) بتشديد الباء المضمومة، وهو أيضاً صيغة خطاب للجماعة وأصله تحابون ولكن سقطت النون لأنه جواب الأمر، وأصله تحابيووا لأنه من التحابب من المحبة أدغمت الباء في الباء. وقال الحاكم: تحابوا إما بتشديد الباء من الحب وإما بالتخفيف من المحابة.

قلت: رجح الأول الذي هو المشهور ما أخرجه البيهقي في شعب الإيمان عن صفية بنت حرب عن أم حكيم بنت وداع أو قال وداع قالت: سمعت رسول الله ﷺ يقول «تَهَادُوا يَزِيدُ فِي الْقَلْبِ حُبًّا»^(١) وفي رواية «تَهَادُوا تَحَابُوا تَذَهَبُ الشُّحْتَاءُ بَيْنَكُمْ» وقال عليه الصلاة والسلام «الهِدْيَةُ مُشْتَرَكَةٌ» وقال عليه الصلاة والسلام «مَنْ سَأَلَكُمْ بِاللُّو فَأَعْطُوهُ، وَمَنْ أَسْتَعَاذَكُمْ فَأَعِيذُوهُ، وَمَنْ أَهْدَى إِلَيْكُمْ كَرَاعاً فَأَقْبَلُوهُ»^(٢) وكان صلى الله

(١) ذكره المتقي الهندي بنحوه في الكنز (١٥٠٦١).

(٢) أخرجه النسائي ٨٢/٥ وأحمد في المسند ٦٨/٢ والحاكم في المستدرک ٤١٢/١ والبيهقي في السنن ١٩٩/٤ والطبراني في الكبير ٣٩٧/١٢ وابن حبان (٢٠٧١).

وشرائط صحتها في الواهب: (العقل والبلوغ والملك) فلا تصح هبة صغير ورقيق ولو مكاتباً.

تعالى عليه وسلم يقبل الهدية ويثيب عليها ما هو خير منها. وفسر بعضهم ﴿وَإِذَا حُيْتُمْ بِسَجِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوهَا﴾ [النساء: ٨٦] بالهدية.

وفي الأمثال: إذا قدمت من سفرك فأهد إلى أهلك ولو حجراً. وقال الفضل بن سهل: ما استرضي الغضبان، ولا استعطف السلطان، ولا سلت السخائم، ولا دفعت المغارم، ولا استميل المحبوب، ولا توقى المحذور بمثل الهدية. وفي كلام بعضهم: يفرح بالهدية خمسة: المهدي إذا وفق للفضل^(١) والمهدى إليه إذا أهل لذلك، والحمال إذا حملها، والمملكان إذ يكتبان الحسنات. كذا في بعض كتب الأدب. قوله: (وشرائط صحتها في الواهب) قال في الهندية: وأما ركنها فقول الواهب وهبت لأنه تمليك، وإنما يتم بالملك وحده، والقبول شرط ثبوت الملك للموهوب له؛ حتى لو حلف لا يهب فوهب ولم يقبل الآخر حث. كذا في محيط السرخسي.

وأما شرائطها فأنواع: يرجع بعضها إلى نفس الركن، وبعضها يرجع إلى الواهب، وبعضها يرجع إلى الموهوب. أما ما يرجع إلى نفس الركن: فهو أن لا يكون معلقاً بما له خطر الوجود والعدم من دخول زيد وقدم خالد ونحو ذلك، ولا مضافاً إلى وقت بأن يقول وهبت هذا الشيء منك غداً أو رأس شهر. كذا في البدائع. وأما ما يرجع إلى الواهب: فهو أن يكون الواهب من أهل الهبة؛ وكونه من أهلها: أن يكون حراً عاقلاً بالغاً مالكاً للموهوب، حتى لو كان عبداً أو مكاتباً أو مدبراً أو أم ولد أو من في رقبته شيء من الرق، أو كان صغيراً أو مجنوناً أو لا يكون مالكاً للموهوب لا يصح. هكذا في النهاية ١ هـ. قوله: (العقل) للحجر على المجنون والمعتوه وعدم صحة تصرف الصبي ومن في حكمه كالمعتوه المأذون، والمراد بالعقل ولو حكماً، فتصح هبة السكران. قال العلامة أبو السعود: وإنما قلنا: ولو حكماً ليشمل السكران. قوله: (فلا تصح هبة صغير) والأولى ذكر المجنون. قوله: (ورقيق) لعدم ملكه. قوله: (ولو مكاتباً) أو مدبراً أو أم ولد أو من في رقبته شيء من الرق. قوله: (وشرائط صحتها) أي بقائها على الصحة كما سيأتي.

قال في الهندية: وأما ما يرجع إلى الموهوب فأنواع:

منها: أن يكون موجوداً وقت الهبة، فلا يجوز هبة ما ليس بموجود وقت العقد بأن وهب ما تثمر نخيله العام وما تلد أغنامه السنة ونحو ذلك، وكذلك لو وهب ما في بطن

(١) في ط (قوله إذا وفق للفضل الخ) هكذا بأصله في المواضع الثلاثة بلفظ «إذا» الشرطية، ولعله بلفظ «إذ» العلية، ويؤيده قوله في الموضع الرابع: والمكان إذ يكتبان بدون ألف.

(و) شرائط صحتها (في الموهوب: أن يكون مقبوضاً، غير مشاع،

هذه الجارية أو ما في بطن هذه الشاة أو ما في ضرعها وإن سلطه على القبض عند الولادة والحلب؛ وكذلك لو وهب زبداء في لبن أو دهناً في سمس أو دقيقاً في حنطة لا تجوز وإن سلطه على قبضه عند حدوثه لأنه معدوم للحال فلم يوجد محل حكم العقد وهو الأصح هكذا في جواهر الأخلاطي.

إذا وهب صوفاً على ظهر غنم وجزه وسلمه فإنه يجوز.

ومنها: أن يكون مالاً منقولاً، فلا تجوز هبة ما ليس بمال أصلاً كالحر والميتة والدم وصيد الحرم والخنزير وغير ذلك، ولا هبة ما ليس بمال مطلق كأم الولد والمدير والمطلق والمكاتب ولا هبة ما ليس بمال مقوم كالخمر كذا في البدائع.

ومنها: أن يكون الموهوب مقبوضاً، حتى لا يثبت الملك للموهوب له قبل القبض، وأن يكون الموهوب مقسوماً إذا كان مما يحتمل القسمة، وأن يكون الموهوب متميزاً عن غير الموهوب، ولا يكون متصللاً؛ ولا مشغولاً بغير الموهوب، حتى لو وهب أرضاً فيها زرع للواهب دون الزرع أو عكسه أو نخلاً فيها ثمرة للواهب معلقة به دون الثمرة أو عكسه لا تجوز، وكذا لو وهب داراً أو ظرفاً فيها متاع للواهب. كذا في النهاية.

ومنها: أن يكون مملوكاً، فلا تجوز هبة المباحات لأن تملك ما ليس بمملوك محال.

ومنها: أن يكون مملوكاً للواهب، فلا تجوز هبة مال الغير بغير إذنه لاستحالة تملك ما ليس بمملوك للواهب: كذا في البدائع. وهي نوعان: تملك وإسقاط، وعليهما الإجماع كذا في خزنة المفتين. قوله: (أن يكون مقبوضاً) فلا يثبت الملك للموهوب له قبل القبض كما قدمنا.

وفي الزيلعلي: وأما القبض فلا بد منه لثبوت الملك، إذ الجواز ثابت قبل القبض بالاتفاق اهـ. سري الدين، وهذا يفيد أن القبض شرط لثبوت الملك لا للصحة خلاف ما يعطيه كلام المصنف. قوله: (غير مشاع) هذا شرط الجواز في محتمل القسمة لا في غيره كما يأتي، وهذا في الهبة. وأما إذا تصدق بالكل على اثنين فإنه يجوز على الأصح بحر، أي بخلاف ما إذا تصدق بالبعض على واحد فإنه لا يصح كما يأتي آخر المتفرقات، لكن سيأتي أيضاً أنه لا شيوع في الأولى.

قال في جامع الفصولين: لو وهب من اثنين ما يقبل القسمة لم يميز عند أبي حنيفة رواية واحدة من غير اختلاف على قوله. وفي الصدقة اختلف المشايخ على قوله: فقيل لا يجوز، وقيل فيه روايتان: لا يجوز على رواية الأصل، ويجوز على رواية الجامع الصغير، وهو الصحيح، كذا حشى.

وفي هد: لو تصدق بعشرة دراهم على محتاجين يجوز، وكذا لو وهبها لهما. ولو تصدق بها على غنيين أو وهبها لهما لم يجوز. وقالوا: يجوز لغنيين أيضاً، فَرَّقَ بين الصدقة والهبة في الحكم، وسوى في الأصل. وقال: إذ الشيوخ مانع فيهما لتوقفهما على القبض. والفرق أن الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد فلا شيوخ، ويراد بالهبة وجه الغني وهما اثنان، وقيل هذا هو الصحيح، والمراد بما ذكر في الأصل التصدق على غنيين فقط. والأظهر أن في المسألة روايتين.

بح: قيل جاز التصدق على غنيين لأنهما محل صدقة التطوع.
 مق: لا يجوز. وعند أبي يوسف يجوز بشرط المساواة. وعند محمد يجوز في الحالين
 اه.

وفيه: وهبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة تجوز من شريكه ومن غيره، وفيما يحتملها لم تجز لا من شريكه ولا من أجنبي، وطروّ الشيوخ لا يفسد الهبة بالاتفاق. ولو وهب الكل من اثنين، فإن أجل بأن قال وهبت منكما لم يجوز عند أبي حنيفة. وعندهما يجوز. ولو فصل بالتنصيف فهو على هذا الخلاف، ولو بالتثليث يجوز عند محمد لا عندهما انتهى. قال الخير الرملي: قوله وفيما يحتملها الخ. أقول: في شرح الغزي وفي الزاهد العتابي أنها تجوز.

أقول: وفي الفتاوى التاجية أنها تجوز من شريكه، قال: وهو المختار اه. ولا يخفى عليك أنه خلاف المشهور انتهى كلام الغزي.

قال المقدسي: ولو عليه ألف جيدة وألف غلة^(١) فقال ربه وهبتك أحد المالين، قال محمد: جازت وله البيان، وكذا وارثه من بعده.

وفي منية المفتي: قال: وهبت نصيبي من هذه الدار والموهوب له لا يعلم كم نصيبه صحت انتهت. ولعل المتفاحشة جهالته لا تصح هبته كقوله وهبتك شيئاً من مالي أو من كذا، وبذا يتضح ما يأتي من اشتراط كون الموهوب معلوماً فيما يتم بمجرد العقد.

وفي الهندية عن البحر: ويشترط في صحة المشاع الذي لا يحتمل القسمة أن يكون قدراً معلوماً، حتى لو وهب نصيبه من عبد ولم يعلم به لم يجوز، فإن علمه الموهوب له ينبغي أن يجوز عند الإمام دونهما.

وفيها قبل ذلك: جميع ما أملكه لفلان يكون هبة لا تجوز بدون القبض، ومر ذلك متناً في الإقرار.

وفي الفصولين أيضاً: وهبا من واحد داراً جاز إذا سلماه جملة وقبض فلا شيوخ.

(١) في ط (قوله غلة) مكذا بالأصل.

مميزاً غير مشغول) كما سيتضح (وركنها): هو (الإيجاب والقبول) كما سيجيء.

ولو وهبه واحد من اثنين لم يصح عند أبي حنيفة. وقالوا: يصح، لأن هذه هبة الجملة منهما لتوحيد التملك فلا شيوخ كرهن من رجلين، وله أنها هبة النصف لكل منهما. وكذا لو فيما لا يقسم فقبل أحدهما صح، ولأن الملك ثبت لكل في النصف فكذا التملك لأنه حكمه فتحقق الشيوخ، بخلاف الرهن انتهى.

وفيه: التسليم يمكن في الشائع، وهو رفع الموانع عن القبض اهـ. وسيأتي الكلام على أحكام المشاع مفصلاً قريباً إن شاء الله تعالى. قوله: (مميزاً غير مشغول) هو بمعنى غير مشاع، ولعله أراد محوزاً: أي مجموعاً احترازاً عن الثمر على الشجر، أو المراد بمميزاً عن غير الموهوب وغير مشغول بغير الموهوب حتى لو وهب أرضاً فيها زرع للواهب دون الزرع أو عكسه أو نخلاً فيها ثمرة للواهب معلقة به دون الثمر أو عكسه لا يجوز؛ وكذا لو وهب داراً أو ظرفاً فيها متاع للواهب. هندية. قوله: (هو الإيجاب والقبول) لأنها عقد كسائر العقود. بحر. لكن في الثاني خلاف.

ففي القهستاني: وتصح الهبة بوهبت، وفيه دلالة على أن القبول ليس بركن كما أشار إليه في الخلاصة وغيرها، وقدمنا عن الهندية أن ركنها قول الواهب وهبت لأنه تملك وإنه يتم بالملك وحده، فحيث لا بد من القبض لثبوت الملك، وذكر الكرمانى أن الإيجاب في الهبة عقد تام، وفي المبسوط أن القبض كالقبول في البيع، ولذا: لو وهب الدين من الغريم لم يفتقر إلى القبول كما في الكرمانى، لكن في الكافي والتحفة أنه ركن، وذكر في الكرمانى أنها تفتقر إلى الإيجاب، لأن ملك الإنسان لا ينقل إلى الغير بدون تملكه، وإلى القبول لأنه إلزام الملك على الغير، وإنما يحث إذا حلف أن لا يهب فوهب ولم يقبل، لأن الغرض عدم إظهار الجود ولقد وجد الإظهار، ولعل الحق الأول، فإن التأويلات التصريح بأنه غير لازم، ولذا قال أصحابنا: لو وضع ماله في طريق ليكون ملكاً للرافع جاز اهـ. لكن يمكن الجواب بأن القبول كما يكون بالصرح يكون بالدلالة فيكون أخذه قبولاً دلالة كما يأتي.

وفي أبي السعود: وركنها الإيجاب والقبول ولو دلالة، وإنما حث لو حلف لا يهب فوهب ولم يقبل الموهوب له لأنه إنما منع نفسه عما هو في وسعه ويقضي بالبيع. وأجاب المقدسي بأن الهبة عقد تبرع فتم بالتبرع، بخلاف البيع اهـ.

وفيه: واختلف في أن ركنها الإيجاب والقبول أو الإيجاب فقط، وإلى الثاني ذهب صاحب الهداية والوقاية.

واعلم أن المراد بالإيجاب خصوص ما يوجد من طرف الواهب، واستدل له بما نقلناه عن القهستاني عن الخلاصة، بما نقلناه عن الكرمانى ثم قال: فقولهم الإيجاب ما

(وحكمها: ثبوت الملك للموهوب له غير لازم) فله الرجوع والفسخ (وعدم

صحة خيار الشرط فيها) فلو شرطه صحت

يتلفظ به أولاً ليس على إطلاقه بل بالنسبة لعقود المعاوضات اهـ. وفيه: والقبول، ولو فعلاً، ومنه ما قدمناه لو قال قد وهبت جاريتي هذه لأحدكم فليأخذها من شاء فأخذها رجل منهم تكون له وكان أخذها قبولاً، وما في المحيط من أنه أن لا يشترط في الهبة القبول مشكل. بحر.

وأقول: يمكن الجواب بأن المراد بالقبول القبول بالقول.

وفي الولولجية: قال وهبت منك هذه العين فقبضها الموهوب له بحضرة الواهب ولم يقل قبلت صح، لأن القبض في باب الهبة جار مجرى الركن فصار كالقبول اهـ.

وفي شرح المجمع لابن ملك عن المحيط: لو كان أمره بالقبض حين وهب لا يتقيد بالجلس، ويجوز قبضه بعده اهـ. وفي البحر: وكذا بقوله أذنت للناس جميعاً في ثمر نخلي، من أخذ شيئاً فهو له فبلغ الناس من أخذ شيئاً يملكه. كذا في الملتقى. وظاهره أن من أخذه ولم يبلغه مقالة الواهب لا يكون له كما لا يخفى اهـ.

وأقول: في جامع الفتاوى عن القنية: لو قال رجل من يتناول من مالي فهو مباح فتناول رجل من غير أن يعلم بإباحته جاز الخ، فتأمل.

قال في خزانة الفتاوى: إذا دفع لابنه مالاً فتصرف فيه الابن يكون للأب إلا إذا دلت دلالة التملك. ييري.

قلت: قد أفاد أن التلفظ بالإيجاب والقبول لا يشترط بل تكفي القرائن الدالة على التملك، كمن دفع لفقير شيئاً وقبضه ولم يتلفظ واحد منهما بشيء، وكذا يقع في الهدية ونحوها فاحفظه، ومثله ما يدفعه لزوجته وغيرها، وعليه فتصح الهبة بالتعاطي، وسيأتي تمامه قريباً إن شاء الله تعالى. قوله: (وحكمها) أي الأثر المترتب عليها. منح. قوله: (غير لازم) أي إلا في الصور السبعة. قوله: (فله الرجوع) أي مع كراهة التحريم كما يأتي. قوله: (والفسخ) عطف خاص، فإن الفسخ من الألفاظ الدالة على الرجوع. قوله: (وعدم صحة خيار الشرط فيها) الأولى وعدم صحتها بخيار الشرط بقريئة التفريع، وإلا فمفاده أنها صحيحة مطلقاً والشرط باطل لأنه يمنع تمام القبض وهي لا تتم إلا به، وهذا لو شرط للمالك، فلو للموهوب له لا، إلا إن اختار قبل التفرق أو أبرأه صح لانتفاء المانع من صحة القبض. قوله: (فلو شرطه) بأن وهبه على أن الموهوب له بالخيار ثلاثة أيام. وقوله: «وكذا لو أبرأه» هذا فيما لو كان شرط الخيار من جانب الواهب كما علمت، وكان عليه أن يذكرها كما في المنح. ولو أبرأه على أنه بالخيار ثلاثة أيام صح

إن اختارها قبل تفرقهما، وكذا لو أبرأه صح الإبراء وبطل الشرط. خلاصة، (و) حكمها أنها (لا تبطل بالشروط الفاسدة) فهبة عبد على أن يعتقه تصح وبطل

الإبراء وبطل الخيار. قوله: (إن اختارها قبل تفرقهما) لانتفاء المانع من صحة القبض. قوله: (وكذا لو أبرأه) أي كما تصح إن اختار الهبة وسقط الخيار؛ وكذا لو أبرأه عن كل حق له عليه فيشمل حق الخيار فيصح الإبراء وبطل الشرط لدخوله في عموم الإبراء؛ وكذا لو أبرأه عن خصوص شرط الخيار، لكن في اشتراط كونه قبل التفرق نظر لأنها تتم بالقبض، ولا يشترط كونه في المجلس فلم لا تنقلب صحيحة بعد سقوط الخيار، ولو بعد المجلس. يتأمل. قال الحلبي: والصواب إسقاط كذا كما عبر به في المنح، وإلا فالتشبيه غير صحيح اهـ.

أقول: لا غبار عليه؛ لأن التشبيه في عدم صحة خيار الشرط ولا يخفى حسنه، بل الصواب ما فعله الشارح. قوله: (صح الإبراء وبطل الشرط) لدخوله في عموم الإبراء، وهذا موافق لما تقدم في باب خيار الشرط من أن الشرط يدخل في الإبراء، بأن قال أبرأتك على أي بالخيار ذكره فخر الإسلام من بحث الهزل. بحر. قال في الأشباه: إن الإبراء عن الدين يثبت فيه خيار الشرط اهـ.

وفي الشرنبلالية عن الواقعات أنه لو أبرأه عن حقه على أنه بالخيار صح الإبراء وبطل الخيار، لأن الإبراء دون الهبة في كونه تمليكاً؛ ولو وهب عيناً على أنه بالخيار صحت الهبة وبطل الخيار فهذا أولى اهـ.

لكن نقل الحموي عن العمادية: لو أبرأه من الدين على أنه بالخيار فالخيار باطل، ولعل في المسألة خلافاً، وبالثاني جزم الشارح. قوله: (وحكمها أنها لا تبطل بالشروط الفاسدة) قال في الخلاصة من البيع بشرط من كتاب البيوع: تعليق الهبة بالشرط باطل إن ذكر بكلمة إن: وإن ذكر بكلمة على، إن كان ملائماً بأن قال وهبتك هذا على أن تعوضني كذا صحت الهبة والشرط، وإن كان الشرط مخالفاً صحت الهبة وبطل الشرط اهـ أنقروي. وفي منهواته معزياً للبحر: من الشروط المفسدة في البيع، وقيد بعلى لأن الشرط لو كان بيان فإن البيع يفسد في جميع الوجوه إلا في مسألة ما إذا قال إن رضي أبي أو فلان في ثلاثة أيام، والظاهر من كلامهم أن كلمة بشرط كذا بمنزلة على لا إن اهـ.

أقول: والظاهر الفرق بين البيع والهبة.

قال في الهندية في البقالي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: إذا قال لغيره هذه العين لك إن شئت ودفعها إليه فقال شئت يجوز، وعن محمد رحمه الله تعالى في الثمر إذا طلع فقال صاحب الثمر لغيره هو لك إن أدرك أو قال إذا كان غد فهو جائز، بخلاف دخول الدار. كذا في الذخيرة.

الشرط .

(وتصح بإيجاب كوهبت،

لو وهب غلاماً أو شيئاً على أن الموهوب له بالخيار ثلاثة أيام، إن أجاز قبل الافتراق جاز، وإن لم يجز حتى افتراقاً لم يجز .

ولو وهب شيئاً على أن الواهب بالخيار ثلاثة أيام صحت الهبة وبطل الخيار، لأن الهبة عقد غير لازم فلا يصح فيها شرط الخيار . كذا في فتاوى قاضيخان .

رجل له على آخر ألف درهم فقال إذا جاء غد فالألف لك أو قال أنت بريء منه أو قال إذا أدبت إلي نصف المال فأنت بريء من النصف الباقي أو قال فلك النصف الباقي فهو باطل . وكذا في الجامع الصغير اهـ . وسيأتي لذلك فروع آخر الباب إن شاء الله تعالى . قوله : (وتصح بإيجاب) عبر في الإصلاح بتنعقد .

قال في الإيضاح : لم يقل وتصح لأن الصحة أمر آخر وراء الانعقاد لها شرائط إن صادفتها تصح وإلا تنعقد فاسدة، والكلام ها هنا في بيان انعقادها بالألفاظ مخصوصة اهـ . وقد يقال : المقصد انعقادها على وجه الصحة لأنه هو الذي يخلو عن الإثم ط .

قال العلامة الرملي : أقول إذا أطلقت الهبة يراد بها تمليك العين لا لإرادة الثواب من غير حمل على وجه الهداية، فإن ما يراد به الثواب يسمى صدقة، وما يحمل يسمى هدية . ويدخل في مسمى الهبة لغة، ولكن لا يشترط في هذين الإيجاب والقبول وأن كل واحد منهما هبة . تأمل اهـ . قوله : (كوهبت) فإنه أصل فيها .

قال في الهندية : وأما الألفاظ التي تقع بها الهبة فأنواع ثلاثة : نوع تقع به الهبة وضعاً . ونوع تقع به الهبة كناية وعرفاً . ونوع يحتمل الهبة والعارية مستوياً .

أما الأول : فكقوله وهبت هذا الشيء لك أو مكلته منك أو جعلته لك أو هذا لك أو أعطيتك أو نحتلك، هذا فهذا كله هبة .

وأما الثاني : فكقوله كسوتك هذا الثوب أو أعمرتك هذه الدار فهو هبة، كذا لو قال هذه الدار لك عمري أو عمرك أو حياتي أو حياتك فإذا مت فهو رد عليّ جازت الهبة وبطل الشرط .

وأما الثالث : فكقوله هذه الدار لك رقبى أو لك حبس ودفعها إليه فهو عارية عندهما . وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى هي هبة، كذا في محيط السرخسي .

ولو قال : أطعمتك هذا الطعام، فإن قال فاقبضه فهو هبة، وإن لم يقل فاقبضه يكون هبة أو عارية فقد اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى في شروحهم . كذا في المحيط .

ولو قال : حملتك على هذه الدابة يكون عارية إلا أن ينوي الهبة . وقيل هو من السلطان هبة . كذا في الظهيرية .

ونحلت وأطعمتك هذا الطعام ولو) ذلك (على وجه المزاح)،

والأصل في هذه المسائل أنه إذا أتى بلفظ ينبيء عن تمليك الرقبة يكون هبة، وإذا كان منبئاً عن تمليك المنفعة يكون عارية، وإذا احتمل هذا وذاك ينوي في ذلك كذا في المستصفي شرح النافع. وكل ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه يكون هبة كقوله منحتك هذا الطعام أو هذه الدراهم أو هذه الدنانير، فإن أضافها إلى ما يمكن الانتفاع به مع قيامه حملناها على العارية لأنها الأدنى وإن أضافها إلى ما لا يمكن الانتفاع به إلا بالاستهلاك حملناها على الهبة. كذا في محيط السرخسي اهـ. قوله: (ونحلت) لكثرة استعماله فيه.

قال في مختصر الصحاح: نحل بالكسر أعطى عن طيب نفس من غير مطالبة، وقيل من غير أن يأخذ عوضاً اهـ. والنحلة: العطية. مغرب. قوله: (وأطعمتك هذا الطعام) زاد صاحب الدرر فأقبضه تبعاً لما تقدم عن المحيط فقال: إضافة الإطعام إلى ما يطعم عينه يحتمل التمليك والإباحة، فإذا احتمل الأمرين، فإذا قال أقبضه دل ذلك على أن المراد التمليك الخ. قوله: (ولو ذلك على وجه المزاح) نقله في البحر عن الخلاصة. ورده المقدسي عليه بأنه ليس في الخلاصة ما يفيد دعواه. والذي فيها أنه طلب الهبة مزاحاً لا جدأ فوهبه جدأ وسلم صحت الهبة، لأن الواهب غير مزاح، وقد قبل الموهوب له قبولاً صحيحاً. كذا في حاشية أبي السعود عن الحموي.

قلت: وليس في كلام البحر ما يقتضي أن المزاح وقع في الإيجاب، إذ عبارته أطلقها فشمّل ما إذا كان على وجه المزاح فإن الهبة صحيحة، وعزاه إلى الخلاصة، لأن قوله أطلقها: أي أطلق الهبة. قوله: (فشمّل ما إذا كان): أي طلبه لها. تأمل.

وعبارة الخلاصة قال: هب لي على وجه المزاح فوهب وقبل وسلم صح، وهذا لا يدل على ذلك، إذ المزاح إنما وقع في طلبها وهي وقعت بلا مزاح مستجمعة للشرائط، وما نقله المصنف عن الخزانة مستدلاً به على ما في متنه لا يفيد أيضاً فإنه نحو ما في الخلاصة. وكذا ما في القهستاني لا يفيد أيضاً، ونصه: ويدخل فيه ما يكون على وجه المزاح، فلو قال وهبت لي كذا فقال وهبت وقال الآخر قبلت وسلم إليه جاز اهـ.

على أن الهبة تمليك والتمليك يعتمد الرضا والرضا غير حاصل في الهزل. نعم ذكر في المنح أنه أخذه مما روي عن عبد الله بن المبارك أنه مر بقوم يضربون الطنبور فوقف عليهم وقال هبوه مني حتى تروا كيف أضرب فدفعوه إليه فضربه على الأرض وكسره، فقال: رأيتم كيف أضرب؟ قالوا أيها الشيخ خدعتنا، وذكر هذه الواقعة في الخانية. ثم قال: وإنما قال لهم ذلك احترازاً عن قول أبي حنيفة فإن عنده كسر الملاهي يوجب الضمان وهذا دليل على ما مر من أن هبة المازح جائزة. كذا في فتاوى قاضيخان. والذي

بخلاف أطعمتك أرضي فإنه عارية لرقبتها وإطعام لغلتها. بحر (أو الإضافة إلى ما) أي إلى جزء (يعبر به عن الكل كوهبت لك فرجها وجعلته لك) لأن اللام للتمليك، بخلاف جعلته باسمك،

مر هو قوله رجل قال لآخر هب لي هذا الشيء مزاحاً فقال وهبت وسلم. قال أبو نصر: إنما يجوز ذلك اهـ.

فهذه هبة صحيحة وقعت مزاحاً، لأن ابن المبارك بزهده وجلالة قدره لا يناسبه هبة الملامي، فالظاهر أن ذلك وقع على سبيل المزاح، وكأنه أخذ الهزل من قولهم خدعتنا لأنهم لو وهبوه قصداً لم يروه خداعاً منه وفيه تأمل لأن الإنسان يسمح بالهبة لمن يحتاج الشيء ولا يسمح به لمن يريد كسره، فقد رأوه خداعاً لهم حيث أوهمهم أنه يستمنح كرمهم وهو يريد إزالة منكرهم، على أن فعل ابن المبارك لو سلم أنه كان على طريق الهزل ليس بحجة، بل لا بد له من دليل يستند إليه فليطلب ذلك الدليل. قوله: (بخلاف أطعمتك أرضي الخ) مفهوم قوله هذا الطعام. وقدمنا عن الهندية: لو قال منحتك هذه الأرض أو هذه الدار أو هذه الجارية فهو إعارة. ولو قال منحتك هذا الطعام أو هذه الدراهم أو الدنانير وكل ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه يكون هبة. قوله: (فإنه عارية لرقبتها) بهجر الحقيقة لأن الأرض لا تطعم، فهو كمسألة النخلة فإن اليمين تنعقد على ثمرتها وهنا التملك ينعقد على منفعتها فيكون عارية. قوله: (وإطعام لغلتها) أي التي يزرعها المستعير كما تقدم ما يفيد. قوله: (أو الإضافة الخ) معطوف على محذوف مأخوذ من الكلام السابق وهو قوله كوهبت الخ، فإن الأفعال الثلاثة واقعة على الطعام وهو كل، فكأنه قال بإيجاب بإضافة الكل وهو المشار إليه بقوله كوهبت الخ أو الإضافة إلى ما يعبر به عن الكل. وظاهر عبارة المصنف أنه معطوف على مزاح. والأوضح في التعبير ولو بالإضافة: أي ولو صدر الإيجاب بالإضافة الخ. تأمل. قوله: (وجعلته لك) معطوف على مدخول الكاف في قوله كوهبت. قوله: (لأن اللام للتمليك) ولأن الجعل عبارة عن التملك. قاله قاضيخان. قوله: (بخلاف جعلته باسمك) فإنه يحتمل الهبة ويستعمله البياع كثيراً يريد إني خبأته لك البيع، وكذا هي لك حلال يحتمل أن يكون بالعارية أو الهبة أو البيع، فلا تثبت الهبة مع الاحتمال إلا بالقرينة وهي التي عنها بقوله إلا أن يكون الخ.

قال في البحر: قيد بقوله لك لأنه لو قال جعلته باسمك لا يكون هبة، ولهذا قال في الخلاصة: لو غرس لابنه كرمًا، إن قال جعلته لابني يكون هبة، ولو باسم ابني لا يكون هبة. ولو قال اغرس باسم ابني فالأمر متردد وهو إلى الصحة أقرب اهـ.

قال في المنح: وفي الخانية: قال جعلته لابني فلان يكون هبة لأن الجعل عبارة عن

فإنه ليس بهبة، وكذا هي لك حلال،

التمليك وإن قال اغرسه باسم ابني لا يكون هبة، وإن قال جعلته باسم ابني يكون هبة؛ لأن الناس يريدون به التمليك والهبة اهـ. وفيه مخالفة لما في الخلاصة كما لا يخفى.

قال الرملي في حاشية المنح: ما في الخانية أقرب لعرف الناس اهـ. ورأيت في اللولاجية ما نصه: رجل له ابن صغير فغرس كرمًا له فهذا على ثلاثة أوجه: إن قال اغرس هذا الكرم باسم ابني فلان أو قال جعلته لابني فلان هبة لأن الجعل إثبات فيكون تمليكًا، وإن قال جعلته باسم ابني فالأمر متردد وهو أقرب إلى الوجه الأول اهـ. ولترجع نسخة أخرى تأمل، نعم جرى عرف الناس بالتمليك مطلقًا. تأمل.

بقي ما لو قال ملكتك هذا الثوب مثلًا فإن قامت قرينة على الهبة صحت وإلا فلا، فإن التمليك أعم من الهبة لصدقه على البيع والوصية والإجارة وغيرها، وفي الكازروني أنها هبة، لكن في الحامدية عن الخير الرملي ناقلًا عن جامع الفصولين في خليل المحاضر والسجلات برمز التتمة: عرض علي محضر كتب فيه ملكه تمليكًا صحيحًا ولم يبين أنه ملكه بعوض أو بلا عوض. قال: أجبت أنه لا تصح الدعوى ثم رمز لشروط الحاكم اكتفى به في مثل هذا بقوله: وهب له هبة صحيحة وقبضها، ولكن ما أفاد في التتمة أجود وأقرب إلى الاحتياط اهـ. قوله: (فإنه ليس بهبة) هذا أحد قولين وهو غير الأظهر.

قال في الهندية: أبو الصغير غرس كرمًا أو شجرًا ثم قال جعلته لابني فهو هبة، وإن قال جعلته باسم ابني لا يكون هو الأظهر وعليه أكثر مشايخنا غياثية، وإن لم يره الهبة يصدق ملتقط، ولو قال اغرسه باسم ابني لا يكون هبة. خانية.

قال الأب جميع ما هو حقي وملكي فهو ملك لولدي هذا الصغير فهذا كرامة لا تمليك، بخلاف ما لو عينه فقال حانوتي الذي أملكه أو داري لابني الصغير فهو هبة ويتم بكونها في يد الأب. قنية. ولو قال هذا الشيء لولدي الصغير فلان جاز ويتم من غير قبول. تاترخانية اهـ. فقولهم القبول شرط لثبوت الملك في الموهوب يستثنى منه الهبة للصغير من أبيه. قوله: (وكذا هي لك حلال) لأنه إن كان أمة يحتتمل حل النكاح أو الإباحة ولا إباحة في الفروج.

فروع: قال لغيره أنت في حل مما أكلت من مالي له أن يأكل إلا إذا قامت أمانة النفاق. ولو قال من أكل من شجرتي فهو في حل يأكل منها الغني والفقير على المختار. ولو قال حللني من كل حق هو لك عليّ ففعل وأبرأ، إن كان صاحب الحق عالمًا به بريء حكمًا وديانة، وإن لم يكن عالمًا به بريء حكمًا وإجماعًا وديانة عند الثاني وعليه الفتوى، والمباح له لا يحل له التناول حتى يعلم بالإذن والإباحة، ولو تناول قبل ذلك تناول حرامًا.

إلا أن يكون قبله كلام يفيد الهبة. خلاصة (وأعمرتك هذا الشيء وحملتك على هذه الدابة) ناوياً بالحمل الهبة، كما مر (وكسوتك هذا الثوب وداري لك هبة) أو عمري (تسكنها) لأن قوله تسكنها مشورة

وفي البزازية: لو قال أنت في حل مما أكلت من مالي أو أخذت أو أعطيت حل له الأكل والأخذ والإعطاء اهـ. ولو قال المغصوب منه أنت في حل مما غصبت مني والمغصوب قائم فذلك على البراءة من ضمانها والعين للمغصوب منه اهـ.

وفي الخانية: رجل أضل لؤلؤة فوهبها لآخر وسلطه على طلبها وقبضها متى وجدها. قال أبو يوسف: هذه هبة فاسدة لأنها على خطر، والهبة لا تصح مع الخطر. وقال زفر: تجوز. قال المقدسي: فكأنه قاسها على من سيب دابة. قوله: (إلا أن يكون قبله كلام يفيد الهبة) كأن يقول أتهبني ذلك أو إن نفسي رغبت في إعطاء هذا الشيء أو أنت لم تهبني شيئاً قبل هذا ط. قوله: (وأعمرتك هذا الشيء) هي أن يملكها له طول عمره فإذا مات تردّ على المعمر، وهذا كان قبل الإسلام ثم جاء في الحديث «مَنْ أَعْمَرَ عُمْرِي فِيهِ لِلْمُعْمِرِ لَهُ وَلِوَرِثَتِهِ مِنْ بَعْدِهِ»^(١) ولأنها تملك شرط فيه الاسترداد بعد الموت وهو شرط فاسد لا تبطل به الهبة بل يبطل الشرط كما في الزيلمي. قوله: (وحملتك على هذه الدابة) لأن الحمل على الدابة إركاب، وهو تصرف في منافعها لا في عينها فتكون عارية، إلا أن يقول صاحبها أردت الهبة لأنه نوى محتمل كلامه وفيه تشديد عليه، ومثله أخدمتك هذه الجارية. بحر. ولا يخفى أن التعيين باسم الإشارة في هذا وما قبله وما بعده تحرزاً عن الجهالة إذا كان للمعمر ومن بعده غيره. قوله: (ناوياً بالحمل الهبة) لأن الحمل يستعمل في الهبة والعارية وإن كان أصله العارية لأن الحمل تصرف في المنفعة، فإذا نوى الهبة صحت لوجود استعماله في التملك يقال حمل الأمير فلاناً على دابة إذا ملكه إياها ط. قوله: (كما مر) أي في العارية من قوله ومنحتك ثوبي وجاريتي وحملتك على دابتي. قوله: (وكسوتك هذا الثوب) لأنه يراد به التملك. قال تعالى: ﴿أَوْ كَسَوْتُهُمْ﴾ [المائدة: ٨٩] فإن المراد به تملك العين لأن الكفارة لا تتأدى بالمنافع، ويقال كسا الأمير فلاناً ثوباً: إذا ملكه لا إذ أعاره.

وفي الخلاصة: لو دفع إلى رجل ثوباً وقال ألبس نفسك ففعل يكون هبة. ولو دفع إليه دراهم وقال أنفقها تكون قرضاً اهـ. ولو قال متعتك بهذا الثوب أو بهذه الدراهم فهي هبة، كذا في المحيط. بحر. قوله: (وداري لك) مبتدأ وخبر قوله: (هبة) نصب على الحال من ضمير الظرف واللام في لك للتمليك اهـ. درر قوله: (مشورة) بتسكين الشين وفتح

(١) ذكره الزيلمي في نصب الرابة ٤/١٢٣.

لا تفسير لأن الفعل لا يصلح تفسيراً للاسم فقد أشار عليه في ملكه بأن يسكنه، فإن شاء قبل مشورته، وإن شاء لم يقبل (لا) لو قال (هبة سكنى أو سكنى هبة) بل تكون عارية أخذاً بالمتيقن.

وحاصله: أن اللفظ إن أنبأ عن تملك الرقبة فهبة أو المنافع فعارية أو احتمال اعتبر النية. نوازل.

وفي البحر: اغرسه باسم ابني الأقرب الصحة

الواو ويضم الشين ومنكون الواو بمعنى الشورى: وهي استخراج رأي على غالب الظن اهـ. إقناني. قوله: (لا تفسير) لأن الفعل لا يصلح تفسيراً للاسم، وهذا لا ينافي الهبة بل ينبه على المقصود بمنزلة هذا الطعام لك تأكله كما يأتي قريباً قوله: (فقد أشار عليه في ملكه) كقوله هذا الطعام لك تأكله وهذا الثوب لك تلبسه. بحر. وقد تقدم أن العمرى كالهبة، فقوله هنا هبة ليس بقيد، بل لو قال داري لك عمرى تسكنها كان كذلك نص عليه في الهداية، ولذا نص عليه الشارح رحمه الله تعالى. قوله: (لا لو قال هبة سكنى) أي داري لك هبة سكنى بنصب هبة على الحال كما تقدم، وسكنى منصوب على التمييز لما في قوله داري لك من الإبهام: يعني أنها عارية فيهما، لأن السكنى محكم في تملك المنفعة فكان عارية قدم لفظ الهبة أو آخره، ولو ذكر بدل سكنى عارية كان عارية بالأولى، ولو قال هي لك هبة إجارة كل شهر بدرهم أو إجارة هبة فهي غير لازمة فيملك كل فسخها بعد القبض ولو سكن وجب الأجر. كذا في البحر عن المحيط. قوله: (أخذ بالمتيقن) برفع أخذ على أنه خبر مبتدأ محذوف كما في بعض النسخ، وفي النسخة التي بيدي أخذاً بالنصب. قوله: (إن أنبأ عن تملك الرقبة) أي فقط، وكذا يقال فيما بعد. قوله: (اعتبر النية) وعند عدم النية يثبت الأدنى وهو العارية، وهذه المسألة: أعني داري لك هبة سكنى على تعريف الهبة بأنها تملك العين الخ لأنه بالنسبة للهبة المطلقة بأن كانت غير مقيدة فلها كانت لتمليك المنفعة، بخلاف تسكنها حيث لا ينافي ثبوت الملك في العين لأنه للتنبية على ما هو المقصود فلم يكن للتقييد، وأما هبة الدين ممن عليه فمجاز عن الإسقاط كما سبق، فالتعريف المذكور بالنسبة للحقيقة، وكذا لا يرد على التعريف الوصية لأن المتبادر من تعريفها بأنها تملك العين أي حالاً. على أن الكرمانى ذكر أنها هبة معلقة بالموت. ثم رأيت في القهستاني ما يفيد كون العارية من أفراد الهبة حيث قال بعد أن عرف الهبة بأنها تملك العين ما نصه: ويخرج عنه الإجارة والعارية والمهاياة، لكن في النظم أن الهبة لعموم التملك، حتى لو قال وهبت لك هذه الدار والثوب لتسكن فيها أو تلبسه شهراً فقبل يصح انتهى. لكن اللائق بالتعريف الذي ذكره المصنف ما قدمناه من الجواب بأن سكنى للتقييد. قوله: (وفي البحر الخ) نقله عن الخلاصة، والذي في الهندية

(و) تصح (بقبول) أي في حق الموهوب له، أما في حق الواهب فتصح بالإيجاب

عن فتاوى قاضيه خان أنه لا يكون هبة وعليه الاعتماد، وقدمنا الكلام فيه قريباً.

وأقول: قوله جعلته باسمك ليس بصحيح كما مر، فكيف يكون ما هو أدنى رتبة منه أقرب إلى الصحة؟ على أن الغرس باسم فلان يقصد به في عرفنا التبرك. وقد يفرق بأن ما مر ليس خطاباً لابنه بل لأجنبي، وما هنا مبني على العرف تأمل.

قال في جامع الفتاوى: قطع ثوباً لولده الصغير صار واهباً له بالقطع له مسلماً له قبل الخياطة، ولو كان كبيراً لا تصح الهبة إلا بعد الخياطة والتسليم.

وفي البزازية: اتخذ لولده ثياباً ليس له أن يدفعها إلى غيره إلا إذا بين وقت الاتخاذ أنها عارية، وكذا لو اتخذ لتلميذه ثياباً فأبى التلميذ فأراد أن يدفعها إلى غيره انتهى. لكن فرق في الخاتمة بين التلميذ والولد الصغير بأن بمجرد اتخاذ الأب لولده الصغير تصير ملكاً له، أما التلميذ وولده الكبير فلا بد من التسليم كما ذكرنا.

ثم إن قوله إن بين وقت الاتخاذ الخ يفيد أنه لو سلمها لتلميذه ولم يبين أنها إعارة ليس له دفعها إلى غيره، ولعل وجهه أنه جعلها في مقابلة خدمته له فلا تكون هبة خالصة فلا يمكنه الرجوع فيها وإلا فما المانع منه. تأمل. قوله: (وتصح بقبول) أي ولو فعلا ومنه وهبت جاريتي هذه لأحدكما فليأخذها من شاء فأخذها رجل منهما تكون له وكان أخذه قبولاً كما قدمنا، وكذا ما ذكره المقدسي: دفع له ثوبين فقال أيما شئت لك والآخر لابنك فلان، إن بين الذي له قبل التفريق جاز وإلا لا اهـ. وما في البحر عن المحيط من أنها تدل على أنه لا يشترط في الهبة القبول مشكل انتهى.

قلت: يظهر لي أنه أراد بالقبول قولاً، وعليه يحمل كلام غيره أيضاً، وبه يظهر التوفيق بين القولين باشتراط القبول وعدمه، والله تعالى الموفق، وتقدم نظيره في العارية، نعم القبول شرط لو كان الموهوب في يده كما يأتي.

قال في التاترخانية: وفي الذخيرة: قال أبو بكر رحمه الله تعالى: إذا قال الرجل لغيره وهبت عبدي هذا منك والعبد حاضر فقبض الموهوب له العبد ولم يقل قبلت جازت الهبة، كذلك لو كان العبد غائباً فذهب وقبضه ولم يقل قبلت جازت الهبة. قال الفقيه أبو الليث: ويقول أبي بكر نأخذ.

وفي التهذيب: ولو قال قبضته قال أبو بكر جازت الهبة من غير قوله قبلت، ويصير قابضاً في قول محمد وقال أبو يوسف: لا يصير قابضاً ما لم يقبض انتهى، وقد سبق عن القهستاني أنه لا يشترط القبول، فإن من وضع ماله في الطريق ليكون لمن رفعه جاز، لكن قال المقدسي: وفي الخاتمة ما يخالف ما اختاره. قال رجل قال لختته بالفارسية:

وحده، لأنه تبرّع حتى لو حلف أن يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل برّ وبعكسه حث بخلاف البيع (و) تصح (بقبض بلا إذن في المجلس) فإنه هنا كالقبول فاخص بالمجلس (وبعده به) أي بعد المجلس بالإذن.

وفي المحيط: لو كان أمره بالقبض حين وهبه لا يتقيد بالمجلس، ويجوز

ابن زمين ترا: أي هذه الأرض لك فذهب وزرعها إن قال الختن عندما قال هذه المقالة قبلت صارت الأرض له، فإن لم يقل قبلت لا شيء له اه. وما مر ويأتي من مسألة العبد يخالف هذه المسألة في الجواب فليتأمل.

فرع: في التاترخانية: رجل مات فوهبت له امرأته مهرها جاز؛ لأن قبول المديون ليس بشرط ولو وهب الغريم والدين من الوارث صح بلا خلاف.

وقال قاضيه خان: رجل له على آخر دين فبلغه أنه مات فقال جعلته في حل أو قال أبرأته ثم ظهر أنه حيّ ليس للطالب أن يأخذ منه لأنه وهب له بغير شرط اه. قوله: (لأنه تبرّع) أي وعقود التبرّع يكفي فيها الإيجاب وحده بالنظر للموجب. قوله: (حتى لو حلف) تقدم الكلام عليه، وقد أطال الكلام في ذلك قاضي زاده. قوله: (بخلاف البيع) أي إذا حلف أنه يبيع لفلان كذا فباع ولم يقبل فإنه يحنث، لأن البيع عقد معاوضة لا يتم إلا بالإيجاب والقبول، فما لم يوجد القبول لا يقال إنه باع، وهذا تعرّض لصاحب الدرر حيث قال وقبول عطف على إيجاب، فإنها كالبيع لا تصح إلا بالإيجاب والقبول اه. وكأنه اقتضى فيه أثر صاحب الكافي والكفاية والتحفة.

وقال الإمام خواهر زاده في مبسوطه: ركنها مجرد إيجاب الواهب، والقبول شرط ثبوت الملك للموهوب له، ومال إليه أكثر الشراح وتبعهم الشراح.

وفي البدائع: القبول ليس بركن استحساناً. والقياس أن يكون ركناً وهو قول زفر. وذكر في المنع إنما عدل القدوري عن لفظ تنعقد إلى لفظ تصح؛ لأن الهبة تتم من جانب الواهب لأنه تمليك من جانب واحد، وباقى التفصيل في التكملة فراجع. قوله: (وتصح بقبض) قال في المنع: أفاد أنه لا بد من القبض فيها لثبوت الملك لا للصحة لما في المحتبى: فأما القبض فشرط لثبوت الملك اه. قوله: (فإنه هنا كالقبول) فاخص بالمجلس، وهذا استحسان، والقياس أنه لا يجوز إلا بإذنه.

وجه الاستحسان أن القبض كالقبول في الهبة ولهذا لا يملك بها قبله ويغني عن القبول، والمقصود من الإيجاب إثبات الملك فيكون تسليطاً على القبض دلالة إذ ملكه لا يتصور إلا به فيتقيد ذلك بالمجلس كالقبول لأنه بمنزلة اه. زيلعي. قوله: (وبعده به) لأن الإذن ثبت نصاً، والثابت نصاً ثابت من كل وجه فيثبت في المجلس وبعد المجلس شلي. قوله: (لا يتقيد بالمجلس) لما ذكر أن الإذن ثبت نصاً الخ.

القبض بعده، (والتمكن من القبض كالقبض؛ فلو وهب لرجل ثياباً في صندوق

قال في الهندية: ولا يتم حكم الهبة إلا مقبوضة، ويستوي فيه الأجنبي والولد إذا كان بالغاً. هكذا في المحيط والقبض الذي يتعلق به تمام الهبة وثبوت حكمها القبض بإذن المالك، والإذن تارة يثبت نصاً وصريحاً، وتارة يثبت دلالة، فالصريح أن يقول قبضه إذا كان الموهوب حاضراً في المجلس ويقول اذهب، واقبضه إذا كان غائباً عن المجلس. ثم إذا كان الموهوب حاضراً وقال له الواهب قبضه فقبضه في المجلس أو بعد الافتراق عن المجلس صح قبضه وملكه قياساً واستحساناً.

ولو ناه عن القبض بعد الهبة لا يصح قبضه لا في المجلس ولا بعد الافتراق عن المجلس، وإن لم يأذن له بالقبض صريحاً ولم ينهه عنه، إن قبضه في المجلس صح قبضه استحساناً لا قياساً، وإن قبضه بعد الافتراق عن المجلس لا يصح قبضه قياساً واستحساناً، ولو كان الموهوب غائباً فذهب وقبض، إن كان القبض بإذن الواهب جاز استحساناً لا قياساً، وإن كان بغير إذنه لا يجوز قياساً واستحساناً هكذا في الذخيرة.

لو وهب شيئاً حاضراً من رجل فقال الموهوب له قبضته. صار قابضاً عند محمد رحمه الله تعالى خلافاً لأبي يوسف رحمه الله تعالى. كذا في السراجية.

وفي البقالي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: إذا قال قبضه فقال قبضت والموهوب حاضر جاز إذا لم يبرح الموهوب له قبل قوله قبضت، ولا يكفي قوله قبلت. وإذا لم يقل قبضه وإنما القبض أن ينقله، فإذا لم يقل قبلت لم يجوز وإن نقل إلا أن تكون الهبة بمسألته. كذا في المحيط.

ولو قال لرجل هب لي هذا العبد فقال وهبت تمت الهبة كذا في الينابيع انتهى، وتقدم الكلام عليه قريباً فلا تنسه. قوله: (والتمكن من القبض) أي العادي لا العقلي، وموضوع هذا فيما إذا قبض الموهوب له وغيره. وأما التمكن بالتخلية فقد ذكره بعد ط. قوله: (كالقبض) ولهذا قال في الاختيار: ولو وهب من رجل ثوباً فقال قبضته صار قابضاً عند أبي حنيفة وجعل تمكنه من القبض كالقبض كالتخلية في البيع. وقال أبو يوسف: لا بد من القبض بيده اهـ. بحر.

قال ابن الكمال: قبض كل شيء بما يناسبه، فقبض مفتاح الدار قبض لها، وقبض ما يحتمل القسمة يكون بها، وقبض ما لا يحتملها يكون بقبض كله اهـ.

قال في التاترخانية: قد ذكرنا أن الهبة لا تتم إلا بالقبض والقبض نوعان: حقيقي وأنه ظاهر. وحكمي وذلك بالتخلية؛ وقد أشار في هذه المسألة أي مسألة التمكن من القبض قبض إلى القبض الحكمي وهو القبض بطريق التخلية، وهذا قول محمد خاصة. وعند أبي يوسف: التخلية ليست بقبض، وهذا الخلاف في الهبة الصحيحة. فأما الهبة

مقفل ودفع إليه الصندوق لم يكن قبضاً) لعدم تمكنه من القبض (وإن مفتوحاً كان قبضاً لتمكنه منه) فإنه كالتخلية في البيع اختيار. وفي الدرر: والمختار صحته بالتخلية في صحيح الهبة لا فاسدها، وفي التنف: ثلاثة عشر عقداً لا تصح بلا قبض.

الفاسدة فالتخلية ليست بقبض اتفاقاً اهـ. قوله: (والمختار صحته) أي القبض بالتخلية ظاهرة وإن لم يقبضه الموهوب له، وهو خلاف ما في حاشية الشلبي عن شرح الإسيجاني أنه إذا كان العبد حاضراً فقال الواهب قد خلّيت بينك وبين الهبة فاقبضها فانصرف الواهب فقبضه الموهوب له جاز؛ لأن التخلية إقباض منه، فإذا قبضه بإذنه تم العقد أما البيع فيتزل قابضاً بمجرد التخلية وإن لم يباشر القبض.

والفرق أن القبض واجب عليه في البيع والبائع محتاج إلى إخراج نفسه من عهدة المبيع، فإذا أتى بما وسعه فقد برىء، وليس في وسعه إلا التخلية، وأما الهبة فإن التسليم ليس بواجب عليه فيها فإذا لم يسلمه إليه ويقبضه لا يعد مسلماً اهـ بتصرف.

ونقل بعده عن المحيط ما نصه: ومن النوادر: رجل وهب من رجل ثوباً وهو حاضر فقال الموهوب له قبضته. قال أبو حنيفة: صار قابضاً لأنه متمكن من قبضه فأقيم تمكنه مقام قبضه كالتخلية في باب البيع. وقال أبو يوسف: لا يصير قابضاً ما لم يقبضه بنفسه لأنه غير قابض حقيقة اهـ. فعلى هذا محمد مع أبي حنيفة رحمهم الله تعالى، والقبض حقيقة عنده بالنقل من ذلك المكان اهـ ط.

وفي الخانية: الأصح أن الإقرار بالهبة لا يكون إقراراً بالقبض اهـ.

فروع: لو وهب الغائب دراهم وأرسلها فقال الموهوب له تصدق بها عليك أو على غني لا يجوز، وإن تصدق يضمن للواهب.

فروع آخر: اختلف الواهب والموهوب له في القبض القول للموهوب له إن قال وهبته لي وقبضته بإذنك وإن قال كان بمنزلنا لا بحضرتنا فأمرتني بقبضه فقبضته لا. قوله: (وفي التنف الخ) عبارتها: أحدها الهبة والصدقة والرهن والوقف في قول محمد بن الحسن والأوزاعي وابن شبرمة وابن أبي ليل والحسن بن صالح والعمري والنحلة والحبيس والصلح ورأس المال في السلم والبدل في السلم إذا وجد بعضه زيوفاً، فإذا لم يقبض بدلها قبل الافتراق بطل حصتها من السلم، والحادي عشر: الصرف، والثاني عشر: إذا باع الكيلي بالكيلي والجنس مختلف، مثل الخنطة بالشعير جاز فيها التفاضل، ولا تجوز النسيئة، والثالث عشر: إذا باع الوزني بالوزني مختلفاً مثل الحديد بالصفير أو الصفير بالنحاس أو النحاس بالرصاص جاز فيها التفاضل، ولا يجوز فيها النسيئة. وقوله الحبيس بالخاء المهملة

(ولو نهاء عن القبض لم يصح) قبضه (مطلقاً) ولو في المجلس لأن الصريح أقوى من الدلالة (وتتم) الهبة (بالقبض) الكامل (ولو الموهوب شاغلاً للملك الواهب

والياء الموحدة بعدها ياء تحية وبالسين المهملة كما هو مثبت بخط السائحاني في هامش الدر نقلاً عن المنح، وقد راجعت المنح بخط الشيخ محفوظ ابن المصنف رحمهما الله تعالى فوجدته ترك لها بياضاً ولم يثبت شيئاً، وفي بعض النسخ قال السابع: الجنس بالجنس بالجيم والنون والسين، وهي ظاهرة، وفي بعضها الجنين، وظاهره أنه يصح إذا قبضه بعد الولادة، لكن نص المصنف فيما يأتي أنه لو وهب الحمل وسلمه لا يجوز لأن في وجوده احتمالاً فصار كالمعدوم اهـ. فظهر أنهما نسختان الأولى الجنس بالجنس، والثانية الحبيس وهي الموافقة لما في نسختي التتف لكنها داخلة في الوقف، لأن الحبيس من الخيل الموقوف في سبيل الله تعالى كما في القاموس، فتأمل.

ثم رأيت في الخانية ما نصه: ولو قال هذه الدار لك حبيس فدفعتها إليه كان باطلاً في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وقال أبو يوسف: هي هبة جائزة وقوله: حبيس أو رقبتي باطل اهـ. قوله: (لأن الصريح أقوى من الدلالة) وهذا الصريح أفاد الرجوع عن الهبة قال شيخ الإسلام: لأن نهي الواهب الموهوب له عن القبض رجوع عن الإيجاب لأن القبض في باب الهبة بمنزلة القبول في باب البيع. والبائع لو نهي المشتري عن القبول بعد الإيجاب كان ذلك رجوعاً منه عن الإيجاب دلالة فكذلك هذا ولو رجع ثم قبض لا يصح قبضه، فكذلك هذا اهـ.

والحاصل: أنه إن أذن بالقبض صريحاً صح قبضه في المجلس وبعده ولو نهاء لم يصح قبضه له في المجلس ولا بعده؛ لأن الصريح أقوى من الدلالة، ولو لم يأذن ولم ينه صح قبضه في المجلس لا بعده، ولو كان الموهوب غائباً فذهب وقبض إن كان بإذن صح وإلا لا ذكره القهستاني ط. قوله: (وتتم الهبة بالقبض الكامل) قدما قريباً عن ابن الكمال بيانه، وهو أن قبض كل شيء بما يناسبه الخ. قال في الدرر: والقبض الكامل في المنقول بما يناسبه وفي العقار بما يناسبه، فقبض مفتاح الدار قبض لها، والقبض الكامل فيما يحتويه القسمة بالقسمة حتى يقع القبض على الموهوب بالأصالة من غير أن يكون بتبعية قبض الكل، وفيما لا يحتويه القسمة بتبعية الكل اهـ. وكذا الحكم من غير فرق في الصدقة والقرض والرهن والبيع الفاسد، لأنها كالهبة في الافتقار إلى القبض كما في المنبع هذا الذي ذكره في هبة العين. أما إذا وهب الدين فإنه لم يجوز ما لم يأذن في قبضه وقبضه في المجلس بحضرته لا يجدي نفعاً كما في الشروح وتقدم ذلك ويأتي. وفي الخانية: وكل الموهوب له رجلين بقبض الدار فقبضاها جاز. قوله: (ولو الموهوب شاغلاً للملك الواهب لا مشغولاً به) قال الشمني: ولو وهب داراً بمتاعها وسلمها فاستحق المتاع صحت الهبة في الدار؛

لا مشغولاً به)، والأصل أن الموهوب إن مشغولاً بملك الواهب،

لأن الاستحقاق ظهر به أن يده في المتاع كانت يد غضب وصار كما لو غضب الدار والمتاع.

وهب المالك له الدار، أو أودعه الدار والمتاع ثم وهب له الدار فإنه يصح ولو وهب أرضاً وزرعها وسلمها فاستحق الزرع بطلت الهبة في الأرض، لأن الزرع مع الأرض بحكم الاتصال كشيء واحد، فإذا استحق أحدهما صار كأنه استحق البعض الشائع فيما يحتمل القسمة، فتبطل الهبة في الباقي اهـ.

وفي الهندية: واشتغال الموهوب بملك غير الواهب، هل يمنع تمام الهبة ذكر صاحب المحيط في الباب الأول من هبة الزيادات أنه لا يمنع، فإنه قال: لو أعار داره من إنسان ثم المستعير غضب متاعاً ووضع في الدار، ثم وهب المعير الدار من المستعير صحت الهبة في الدار، وكذلك لو أن المعير هو الذي غضب المتاع ووضع في الدر ثم وهب الدار من المستعير كانت الهبة تامة، وإن تبين أن الدار مشغولة بما ليس بموهوب، لما أنها لم تكن مشغولة بملك الواهب وهو المانع من تمام الهبة. كذا في الفصول العمادية.

لو أودعه الدار والمتاع ثم وهب الدار صحت الهبة، فإن هلك المتاع ولم يحوله ثم جاء مستحق واستحق المتاع كان له أن يضمن الموهوب له وذكر ابن رستم أن هذا قول محمد رحمه الله تعالى. أما في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى: لو استحق وسادة منها تبطل الهبة في الدار، كذا في التاترخانية ومثله في البحر عن المحيط اهـ.

لكن صرح في زيادات قاضيخان: أن الاشتغال بملك غير الموهوب له يمنع صحة الهبة. سواء كان ملك الواهب أو غيره، لكن الهبة إنما تمتنع إذا كان الاشتغال بمتاع في يد الواهب، أو في يد غير الموهوب له أما إذا كان المتاع في يد الموهوب له بغصب أو عارية، أو غير ذلك فلا تمتنع. واستدل عليه بمسائل الإجارة والغصب والاستحقاق، فظهر أن الأصل أن الهبة إذا كانت مشغولة بملك الواهب أو بملك غير الموهوب له تمتنع الهبة إذا لم يكن في يد الموهوب له، كما في جامع الفصولين وأقره في نور العين، فتأمل. قوله: (والأصل أن الموهوب إن مشغولاً بملك الواهب منع تمامها وإن شاغلاً لا) عبارة العمادية: هبة الشاغل تجوز وهبة المشغول لا تجوز، والأصل في جنس هذه المسائل أن اشتغال الموهوب بملك الواهب يمنع تمام الهبة، لأن القبض شرط. وأما اشتغال ملك الواهب بالموهوب، فلا يمنع تمام الهبة.

مثاله: وهب جراباً فيه طعام لا يجوز، ولو وهب طعاماً في جراب جازت، وعلى

هذا نظائره اهـ.

منع تمامها، وإن شاغلاً لا فلو وهب جراباً فيه طعام الواهب أو داراً فيها متاعه أو دابة عليها سرجه وسلمها كذلك لا تصح، وبعبارة

قال الزيلعي: واعلم أن الدار التي فيها المتاع والجوالق الذي فيه الدقيق كالمشاع، لأن الموهوب مشغول بمتاع الواهب حتى لو نزع وسلم صح اهـ. وكلامه يعطي أن هبة المشغول فاسدة، والذي في العمادية أنها غير تامة.

قال السيد الحموي في حاشية الأشباه: فيحتمل أن في المسألة روايتين كما وقع الاختلاف في هبة المشاع المحتمل للقسمة، هل هي فاسدة أو غير تامة والأصح كما في البناية أنها غير تامة فكذلك هنا. كذا بخط شيخنا. ومنه يعلم ما وقعت الإشارة إليه في الدر المختار حيث قال: والأصل أن الموهوب إن مشغولاً الخ، فأشار إلى أحد القولين بما ذكره أولاً من عدم التمام، وإلى القول الثاني بما ذكره آخراً من عدم الصحة. فتدبر. أبو السعود.

واعلم أن الضابط في هذا المقام أن الموهوب إذا اتصل بملك الواهب اتصال خلقة وأمكن فصله لا تجوز هبته ما لم يوجد الانفصال والتسليم، كما إذا وهب الزرع أو الثمر بدون الأرض والشجر أو بالعكس وإن اتصل اتصال مجاورة: فإن كان الموهوب مشغولاً بحق الواهب لم يجوز كما إذا وهب السرج على الدابة؛ لأن استعمال السرج إنما يكون للدابة، فكانت للواهب عليه يد مستعملة فتوجب نقصاناً في القبض؛ وإن لم يكن مشغولاً جاز، كما إذا وهب دابة مسرجة دون سرجها لأن الدابة تستعمل بدونها. ولو وهب الدابة وعليها حمل لم يجوز لأنها مستعملة بالحمل، ولو وهب الحمل عليها دونها جاز لأن الحمل غير مستعمل بالدابة. ولو وهب داراً دون ما فيها من متاعه لم يجوز وإن وهب ما فيها وسلمها دونها جاز. كذا في المحيط شرح المجمع. قوله: (منع تمامها) ولا يعد قبضها حيثئذ قبضاً وفاعل منع ضمير يعود على الشغل. قوله: (وإن شاغلاً لا) وذلك أن المظروف يشغل الظرف وأما الظرف فلا يشغل المظروف. قال في جامع الفصولين: تجوز هبة الشاغل لا المشغول.

قال العلامة خير الدين في حاشيته عليه أقول: هذا ليس على إطلاقه فإن الزرع والشجر في الأرض شاغل لا مشغول ومع ذلك لا تجوز هبته، لاتصاله بها تأمل اهـ. وما في الضابط الذي ذكرنا. كفاية. قوله: (فلو وهب جراباً) بكسر الجيم: ومن لطائف الكلام لا تفتح الجراب والخزانة ولا تكسر القنديل والقصعة. قوله: (وسلمها كذلك لا تصح) قال صاحب جامع الفصولين: فيه نظر إذ الدابة شاغلة للسرج واللجام لا مشغولة.

يقول الحقيير: صل: أي الأصل عكس في هذا، والظاهر أن هذا هو الصواب،

تصح في الطعام والمتاع والسرج فقط لأن كلاً منها شاغل للملك الواهب لا مشغول به، لأن شغله بغير ملك واهبه لا يمنع تمامها

يؤيده ما في قاضيخان: وهب أمة لرجل عليها حلي وثياب وسلمها جاز وكذا الصدقة، ويكون الحلّي وما فوق ما يستر عورتها من الثياب للواهب لمكان العرف، ولو وهب الحلّي والثياب دونها لا يجوز حتى ينزعهما ويدفعهما إلى الموهوب له، لأنها ما داماً عليها يكون تبعاً لها ومشغولاً بالأصل، فلا تجوز هبته. نور العين.

وفي البحر عن المحيط: إن وهب داراً فيها متاع وسلمها كذلك ثم وهب المتاع منه أيضاً جازت في المتاع خاصة، وإن بدأ فوهب له المتاع، وقبض الدار والمتاع ثم وهب الدار جازت الهبة فيهما لأنه حين هبة الدار لم يكن للواهب فيها شيء، وحين هبة المتاع في الأولى زال المانع عن قبض الدار، لكن لم يوجد بعد ذلك فعل في الدار ليتم قبضه فيها فلا ينقلب القبض الأول صحيحاً في حقها اهـ. قوله: (وتصح في الطعام الخ) كان عليه أن يقول يصح القبض، لأن العقد صحيح حتى في المشاع وإنما الكلام في القبض، حتى لو وهب الكل وسلم النصف لا يجوز، ولو وهب النصف ثم الآخر وسلم الكل يصح القبض، ولو وهب الشاغل وسلم بالظرف صح لأن اليد على المظروف يد على المتبوع، فهي أقوى من قيام اليد على الظرف، لأنه تابع كهبة أمة بحلى دونه يصح القبض فيها معه لا عكسه وتعليل الشارح عليل لأنه علل الصحة في الشاغل دون المشغول بأنه شاغل لا مشغول ويأتي قريباً ما هو أوضح من هذا، فتأمل. قوله: (شاغل للملك الواهب لا مشغول به) أقول: الذي في البحر والمنح وغيرهما: تصوير المشغول بملك الغير بما إذا ظهر المتاع مستحقاً، أو كان غصبه الواهب أو الموهوب له قال في الزيادات: جاز هبة المشغول بملك غير الواهب، فلو أعار بيتاً فوضع فيه المعير أو المستعير متاعاً غصبه، ثم وهب البيت من المستعير جاز، وكذا لو وهب بيتاً بما فيه، أو جوالق بما فيه من المتاع، وسلمه ثم استحق المتاع جاز في الدار والجوالق إذ يد الواهب كانت ثابتة على البيت والمتاع جميعاً حقيقة فصح التسليم، ثم بالاستحقاق ظهر أن المتاع لغيره ولم يظهر أن البيت مشغول بملك الواهب وهو المانع. وكذا الرهن والصدقة إذ القبض شرط تمامها كالهبة، وقد مرنا تمامه عن جامع الفصولين، وأقره نور العين كما علمت فلا تنسه. قوله: (لأن شغله بغير ملك واهبه) هذا تعليل لمفاد من كلام المصنف كأنه يقول: وإنما قيد عدم التمام بكونه مشغولاً بملك الواهب، لأن شغله الخ. وفي نسخة: لا شغله أي لا يمنع تمامها شغله الخ وعليها يضيع فائدة قوله لا يمنع تمامها ط.

أقول: ولعل في عبارة الشارح سقطاً، وهو قيد الشغل بملك الواهب الخ ثم رأيت المصنف ذكر هذه المسألة حيث قال: واشتغال الموهوب بملك غير الواهب هل يمنع تمام

كرهن وصدقة لأن القبض شرط تمامها. وتماه في العمادية.
وفي الأشباه: هبة المشغول لا تجوز إلا إذا وهب الأب لطفله.
قلت: وكذا الدار المعارة

الهبة؟ ذكر صاحب المحيط في الباب الأول من هبة الزيادات: أنه لا يمنع إلى آخر ما قدمناه قريباً عن الهندية وهو سالم من النقد. قوله: (كرهن وصدقة) فإنها لا يتمان إلا بالقبض الكامل ويضر كونه مشغولاً بملك الراهن والمتصدق لا شاغلاً لهما، فالتشبيه راجع إلى كلام المصنف.

قال في المنح: وكل جواب عرفته في هبة الدار والجوالق بما فيها من المتاع فهو الجواب في الرهن والصدقة لأن القبض شرط تمامها كالهبة انتهى: أي كما أن شغل الرهن والصدقة بملك غير الراهن وغير المتصدق لا يمنع تمامها، كما في المحيط وغيره. مدني. قوله: (وفي الأشباه هبة المشغول لا تجوز النخ) قال الحموي: وذلك كما لو كان لرجل دار وفيها أمتعة فوهبها من رجل لا يجوز لأن الموهوب مشغول بما ليس بموهوب، فلا يصح التسليم فرق بين هذا، وبين ما إذا وهبت المرأة دارها من زوجها وهي ساكنة فيها ولها أمتعة فيها والزوج ساكن معها حيث يصح، والفرق أنها وما في يدها في الدار في يده فكانت الدار مشغولة بعياله وهذا لا يمنع صحة قبضه كذا في الولولجية انتهى. وقد أوضح المقام في هذه المسألة سيدي الوالد رحمه الله تعالى في تنقيحه فراجع إن شئت. قوله: (إلا إذا وهب الأب لطفله) كأن وهبه داراً والأب ساكنها أو له فيها متاع لأنها مشغولة بمتاع القابض لكنه مخالف لما في الخانية فقد جزم أولاً بأنه لا تجوز، ثم قال: وعن أبي حنيفة في المجرّد تجوز ويصير قابضاً لابنه. تأمل.

قال في الولولجية: رجل تصدق على ابنة الصغير بدار والأب ساكنها، قال الإمام: لا يجوز، وقال أبو يوسف: يجوز، وعليه الفتوى انتهى. لأن الشرط قبض الواهب هبتها وكون الدار مشغولة بمتاع الواهب لا يمنع قبض الواهب.

وفي البزاية: وهب لابنه الصغير داراً وفيها متاع الواهب أو تصدق لابنه الصغير بدار وفيها متاع الأب والأب ساكن فيها يجوز وعليه الفتوى، أو أسكنها غيره بلا أجر والأم كالأب، لو ميتاً والابن في يدها، وليس له وصي وكذا من يعوله، والصدقة في هذا كله كالهبة كما في التبيين، ويفهم من قوله بلا أجر أن الغير لو كان يسكنها بالأجر لم تجز الصدقة، وبه صرح البزايي ووجهه في الذخيرة بأنه إذا كان يسكنها بأجر فيده على الموهوب ثابتة بصفة اللزوم، فيمنع قبض غيره تمام الهبة، بخلاف ما إذا كان بغير أجر اهـ. قوله: (قلت وكذا الدار المعارة) بأن أعار داره إنساناً ثم إن المستعير أو المعير غضب متاعاً ووضعه في الدار، ثم وهب المعير الدار من المستعير صحت الهبة في الدار، لأنه تيين

والتي وهبتها لزوجها على المذهب، لأن المرأة ومتاعها في يد الزوج فصح التسليم، وقد غيرت بيت الوهبانية فقلت: [الطويل]

وَمَنْ وَهَبَتْ لِلزَّوْجِ دَاراً لَهَا بِهَا مَتَاعٌ وَهَمَّ فِيهَا تَصِحَّ المَحْرَرُ
وفي الجوهرة: وحيلة هبة المشغول أن يودع الشاغل أولاً عند الموهوب له ثم يسلمه الدار مثلاً فتصح لشغلها بالمتاع (في يده) في متعلق بتتم (محوز) مفرغ (مقسوم)

أن الشاغل ملك غير الواهب ط وقدما قريباً نحوه عن الزيادات.

ونقل في الخانية بما لو^(١) وهب طفله داراً يسكن فيها قوم بغير أجر جاز ويصير قابضاً لابنه لا لو كان بأجر وهو مستدرك بأن الشغل هنا بغير ملك الواهب، والمراد شغله بملكه، وكان الشارح قصد به تكملة عبارة الأشباه، وعليه فما نقله في الخانية أولى، وانظر إذا وهبها لغير الصغير هل يصح؟ تقدم أن شغلها بملك غير الواهب لا يمنع تمامها، فتأمل. قوله: (والتي وهبتها لزوجها) تقدمت صورتها قريباً من أنها تصح الهبة وهو المذهب خلافاً لما عن أبي يوسف من أنه لا يجوز، لأن يد الواهب ثابتة على الدار كما في الذخيرة. قوله: (المحرر) أي هذا هو المحرر المعول عليه، وبيت الأصل: الطويل

وَمَنْ وَهَبَتْ لِلزَّوْجِ دَاراً لَهَا بِهَا مَتَاعٌ وَهَمَّ فِيهَا فَقَوْلَانِ يُزْتَرُ
قوله: (أن يودع الشاغل أولاً) قال في الجوهرة: لو وهب داراً فيها متاع الواهب وسلم الدار إليه أو سلمها مع المتاع لم يصح.

والحيلة فيه: أن يودع المتاع أولاً عند الموهوب له ويخلي بينه وبينه ثم يسلم الدار إليه فتصح الهبة، وبعبارة لو وهب المتاع دون الدار وخلي بينه وبينه صح، وإن وهب له الدار والمتاع جميعاً وخلي بينه وبينهما صح فيهما جميعاً. قوله: (ثم يسلمه الدار) فلو سلمها ثم وهب المتاع صح فيه خاصة، ولو عكس صح فيهما: أي لأن اليد إذا كانت على المظروف تكون على الظرف، بخلاف العكس.

وأقول: هذا مشكل جداً؛ لأنه لما صح في المظروف لم لا يصح في الظرف تبعاً مع أن عقد الهبة الأولى باق إلا أن يقال: هذا قول من جعل أن القبض في الهبة الفاسدة غير مفيد للملك، بل عليه الضمان فصارت يده يد ضمان، فلا ترتفع بيد الهبة التي هي عقد تبرع خصوصاً وأن القبض فيه تبعية، وأما على القول بأن هذا القبض غير موجب للضمان، فيجب أن يصح العقد، والقبض في المشغول لو وهبه الشاغل الذي في يده أمانة بعد ذلك. قوله: (متعلق بتتم) الأولى أن يؤخره بعد. قوله «محوز» لأن المتعلق المجزور. قوله: (محوز) أي مجموع المراد به أن يكون مفرغاً عن ملك الواهب وحقه، واحترز به عن

(١) في ط (قوله بما لو) هكذا بالأصل.

ومشاع، لا) يبقى، متنعفاً به بعد أن (يقسم)

هبة الثمر على النخل اهـ. درر. وكصوف على غنم وزرع في أرض فقوله «مفرغ» تفسير لمحوز، إلا أن فيه شائبة تكرار مع قوله لا مشغولاً به، والأولى أن يفسر المحوز بالمجموع، لأنه من حازه إذا جمعه لأجل أن يظهر لقوله متميزاً فائدة، فإنه أفاد به أنه لو حازه غير مقسوم بأن حاز الثمر مع النخل لا تتم به الهبة بل حتى يقسم. وفي القاموس: الحوز الجمع وضم الشيء كالحيازة والاحتياز اهـ المراد منه ط. قوله: (ومشاع) أي غير مقسوم في الصحاح سهم شائع أي غير مقسوم.

واعلم أن الشائع على قسمين: شائع يحتمل القسمة كنصف الدار ونصف البيت الكبير، وشائع لا يحتملها كنصف قنّ ورحى وحمّام وثوب وبيت صغير، والفاصل بينهما حرف واحد وهو أن القاضي لو أجبر أحد الشريكين على القسمة بطلب الآخر فهو من القسم الأول، ولو لم يجبر فهو من الثاني إذ الجبر آية القبول.

وأمهات مسائل الشيوخ سبع: بيع الشائع، إجارته وإعارته، ورهنه وهبته، وصدقته ووقفه، أما هبته فيما لا يحتمل القسمة جائزة من شريكه ومن غيره وفيما يحتملها لم تجز من شريكه ولا من أجنبي. وفي شرح الغزي وفي الزاهد العتابي أنها تجوز.

أقول: وفي الفتاوى التاجية أنها تجوز من شريكه. قال: وهو المختار اهـ. ولا يخفى عليك أنه خلاف المشهور اهـ كلام الغزي. أفاده خير الدين الرملي. وطرو الشيوخ لا يفسد الهبة بالاتفاق. ولو وهب الكل من اثنين. فإن أجمل بأن قال وهبت منكما لم يجز عند ح، وعند سم: يجوز. ولو فصل بالتنصيف فهو على هذا الخلاف. ولو بالتثليث يجوز عند م لا عندهما وتقدمت.

هد: وهبا من واحد داراً جاز إذا سلماه جملة وقبض جملة فلا شيوخ، ولو وهبه واحد من اثنين لم يصح عند ح وقالوا يصح، لأن هذه الجملة منهما لتوحد التملك فلا شيوخ كرهن من رجلين، وله أنها هبة النصف لكل منهما. وكذا لو فيما لا يقسم فقبل أحدهما صح، ولأن الملك ثبت لكل في النصف، فكذا التملك، لأنه حكمه فتحقق الشيوخ، بخلاف الرهن، لأن حكمه الحبس وهو ثبت لكل منهما كمالاً إذ لا تضايق فيه، ولذا لو قضى دين أحدهما لا يسترد شيئاً من الرهن، ولو نص على التبعض لم يجز عند حس. وفي التنصيف روايتان عند س.

ولو رهن عند رجلين، ونصّ على الأبعاض لم يجز وفاقاً، ولو وهب مشاعاً تفسد، فلو قسمه وسلمه جاز إذ تمامه بالقبض، وعنده لا شيوخ فقط.

قال لهما: وهبت لكما هذه الدار لذا نصفها ولذا نصفها لم يجز، ولو وهب لهما درهماً فالصحيح أنه يجوز، وهبة المشاع الفاسدة لا تفيد الملك، ولو قبض الجملة فروى

عن ح: ولو وهب دقيقاً في برّ أو دهناً في سمسّم، أو سمناً في لبن لم يجز، إذ الموهوب معدوم، ولذا لو استخرجه الغاصب يملكه، ولو طحن وسلم لم يجز، بخلاف المشاع. والفرق أن المشاع محل للتمليك، والخلل في القبض، ويزول بالقسمة. وبخلاف ما إذا وهب لبناً في ضرع أو صوفاً على ظهر غنم، أو نخلاً أو زرعاً في أرض أو ثمرأ في شجر أو أرضاً فيها نخل أو زرع دونهما أو داراً أو ظرفاً فيها متاع الواهب لزوال الخلل بالتفريغ، والفرق بين لبن في ضرع وبين هبة ولد في بطن. فإنها لم تجز بتسليمه بعد الولادة في الصحيح، إذ لا يمكن الوقوف على الولد إذ ليس في وسعه، فيكون كتعليقه بالخطر ويمكن الوقوف على اللبن بالحلب، لأنه في وسعه، فكان كتأخير هذه الجملة.

في هد: والتصدق بالشائع كهبته في كل ما مر، إلا أنه لو وهب من اثنين ما يقبل القسمة، لم يجز عند أبي حنيفة رواية واحدة من غير اختلاف على قوله. وفي الصدقة اختلف المشايخ على قوله: فقيل لا يجوز، وقيل فيه روايتان: لا يجوز على رواية الأصل، ويجوز على رواية الجامع الصغير، وهو الصحيح. كذا حش.

وفي هد: لو تصدّق بعشرة دراهم على محتاجين يجوز، وكذا لو وهبها لهما. ولو تصدق بها على غنيين أو وهبها لهما لم يجز، وقالوا: يجوز لغنيين أيضاً فرق بين الهدية والصدقة في الحكم، وسوّى في الأصل وقال: إذ الشيوخ مانع فيهما لتوقفهما على القبض. والفرق أن الصدقة يراد بها وجه الله تعالى، وهو واحد فلا شيوخ، ويراد بالهبة وجه الغني وهما اثنان. وقيل: هذا هو الصحيح، والمراد بما ذكر في الأصل: التصديق على غنيين فقط، والأظهر أن في المسألة روايتين.

بخ: قيل: جاز التصديق على غنيين؛ لأنهما محل صدقة التطوع.

مق: لا تجوز وعند س: تجوز بشرط المساواة، وعند م: تجوز في الحالين. جامع الفصولين. وتمام تفاصيل المشاع، وما يتعلق به فيه في الفصل الحادي والثلاثين فراجع إن شئت وقد مرّ بعض ما ذكرناه ويأتي بعضه.

قال في البحر: وأما إجارته فإن كان من شريكه فهو جائز، وإن من أجنبي لا يجوز مطلقاً عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى: وهي فاسدة على قوله فيجب أجر المثل على الأصح خلافاً لمن قال ببطلانها فلم يوجب شيئاً، وأما الشيوخ الطاريء ففي ظاهر الرواية لا يفسد الإجارة، وأما إعارته فجائزة إن كانت من شريكه، وإلا فإن سلم الكل فهي إعارة مستأنفة للكل، وإلا لا يجبر. وأما رهنه فهو فاسد فيما ينقسم أولاً من شريكه أو من أجنبي، بخلاف الرهن من اثنين فإنه جائز. وأما وقفه فهو جائز عند أبي يوسف خلافاً لمحمد فيما يحتملها، وإن كان مما لا يحتملها فجائز اتفاقاً، وأفتى الكثير بقول محمد،

واختار مشايخ بلخ قول أبي يوسف. وأما وديعته فجائزة وتكون مع الشريك. وأما قرضه فجائز كما إذا دفع إليه ألفاً وقال خمسمائة قرض وخمسمائة شركة. كذا في النهاية هنا. وأما غصبه فمتصوّر. قال البزائي: وعليه الفتوى، وذكر له في الفصول صوراً.

وأما صدقته: فكهبته، إلا إذا تصدق بالكل على اثنين فإنه يجوز على الأصح، وإذا عرف هذا فهبة المشاع فيما لا ينقسم تفيد الملك للموهوب له على وجه لا يستحق المطالبة بالقسمة، لأنها لا تمكن. وأما المهايأة فلا تجب في ظاهر الرواية، لأنها إعارة فإن كل واحد منهما يصير معيراً نصيبه من صاحبه. والجبر على الإعارة غير مشروع، وفي رواية: يجب وهو الذي يفيد كلام الزيلعي، لأنها قسمة المنافع، والتبرع وقع في العين، فيكون إيجاباً في غير ما تبرع به فلا يبالي به، وإنما المحظور الإيجاب في عين ما تبرع به.

وقال قاضي زاده بعد نقل: إن المهايأة لا تجب مع علته عن صاحب غاية البيان، لعل هذا الجواب غير صحيح لأن التهايؤ يجب، ويجري فيه جبر القاضي إذا طلبه أحد الشركاء، لا سيما فيما لا يقسم. نص عليه في عامة الكتب.

وأما دعوى الشائع إذا ادعى رجل ثلاثة أسهم من عشرة أسهم من دار، وقال هذه الثلاثة الأسهم من العشرة الأسهم من الدار المحدودة ملكي وحقي وفي يد هذا الرجل بغير حق، ولم يذكر أن جميع هذه الدار في يده وكذلك لم يشهد شهوده أن جميع هذه الدار في يده، فإن الدعوى صحيحة والشهادة مقبولة. وأما استحقاق الشائع إذا استحق نصف الدار شائعاً أو ثلثها أو ربعها فالمشتري بالخيار عندنا: إن شار رد ما بقي ورجع بكل ثمنه، وإن شاء أمسك ما بقي ورجع بثمنه على بائعه انتهى بزيادة. قوله: (لا يبقى منتفعاً به بعد أن يقسم) أي ليس من شأنه أن يقسم بمعنى أنه لا يبقى منتفعاً به بعد القسمة أصلاً كعبد واحد ودابة واحدة أو لا يبقى منتفعاً به بعد القسمة من جنس الانتفاع الذي كان قبل القسمة كالبيت الصغير والحمام الصغير انتهى. درر: أي فإن البيت الصغير إذا قسم ربما ينتفع به مخزناً أو مربطاً للحمار، ولكنه لا ينتفع به للبيونة كالانتفاع السابق، فهو مما لا يقسم، فيصح هبة بعضه مشاعاً، وكذا الحمام الصغير إذا قسم يمكن أن يجعل بيتاً أو مربطاً للدواب، ولكن لا يمكن أن يبقى حاماً كما كان فهو مما لا يقسم، بخلاف الحمام الكبير الذي يمكن أن يقسم، ويجعل له موقد ثان أو أكثر، فإن هبة بعضه مشاعاً لا تصح. واحتياجه إلى موقد ثان لا يخرججه عن كونه قابلاً للقسمة، حيث أمكن أن يتخذ له موقداً كالقسم الذي يحتاج إلى طريق أو مسيل، ويمكن فيه ذلك فإنه قابل للقسمة، فكذا هذا. وفي أول كتاب القسمة من البزائية: لا يقسم حمام وحائط وبيت ودكان صغير؛ لأنه لو قسم لا يبقى لكل فائدة، وانتفاع فيما يخصه وإن بقي فائدة يقسم بينهما اهـ.

كبيت وحمام صغيرين، لأنها (لا) تتم بالقبض (فيما يقسم)

قال في الحامدية: لا يقسم الحمام والحائط والبيت الصغير والدكانة الصغيرة، وهذا إذا كان بحال لو قسم لا يبقى لكل واحد بعد القسمة موضع يعمل فيه، وإن كان يقسم. خزانة الفتاوى ومثله في الخلاصة والبرزازية انتهى.

أقول: وعليه فينبغي أن يقيد الحمام بالصغير خلافاً لما فهمه الحلبي من أن الحمام لا يقسم مطلقاً، وفسر سيدي الوالد رحمه الله تعالى الحمام الكبير بما إذا كان له خزانتان والرحى بما إذا كانت ذات حجرين، فتأمل. وإنما صح فيه الهبة لأن القبض لا يتصور فيه إلا بالقبض الناقص وهو قبض الكل فاكفى به.

قال في البحر: هبة المشاع فيما لا يقسم تفيد الملك للموهوب له على وجه لا يستحق المطالبة بالقسمة، لأنها لا تمكن. وأما المهايأة فلا تجب في ظاهر الرواية، وفي رواية تجب انتهى. وقدمنا قريباً أن التهايوّ يجب، ويجري فيه جبر القاضي إذا طلبه أحد الشركاء لا سيما فيما لا يقسم نص عليه في عامة الكتب، فلا تنسه.

وفي البحر: ويشترط في صحة هبة المشاع الذي لا يحتملها أن يكون قدرأ معلوماً، حتى لو وهب نصيبه من عبد ولم يعلم به لم يجز، لأنها جهالة توجب المنازعة اهـ.

قال في الهندية: لو وهب نصيبه من عبد ولم يعلم به لم يجز فإن علمه الموهوب له ينبغي أن يجوز عند الإمام دونهما، وفيها قبل ذلك جميع ما أملكه لفلان يكون هبة لا تجوز بدون القبض. وفي منية المفتي: قال: وهبت نصيبي من هذه الدار والموهوب له لا يعلم كم نصيبه صحت اهـ. ولعل المتفاحش جهالته لا تصح هبته كقوله: وهبتك شيئاً من مالي أو من كذا. وفي التاترخانية مثل ما في المنية، فتأمل. قوله: (كبيت وحمام صغيرين) الحد الفاصل بين ما يحتمل القسمة وبين ما لا يحتملها أن ما لا يبقى متفقاً به بعد القسمة أصلاً كعبد واحد ودابة واحدة، أو لم ينتفع بها انتفاعاً قبل القسمة كالحمام والطاحونة والبيت الصغير فإنها لا تصح، وكل ما يوجب قسمته نقصاناً فهو مما لا يقسم وإلا فمما يقسم، واختار الأول أكثر الشراح والثاني صاحب الذخيرة، فإذا وهب درهماً صحيحاً لرجلين لا يصح لأن تنصيف الدرهم لا يوجب نقصاناً فهو مما يقسم، والصحيح أنه يصح؛ لأن الصحيح لا يكسر عادة فهو مما لا يقسم انتهى. وذكره الشارح آخر الباب، فتأمل. قوله: (لأنها لا تتم) لا موقع لهذا التعليل إلا بتقدير: وإنما قيدنا بمشاع لا يقسم؛ لأنها الخ ط. بل لو قال لأنه لا يتأتى القبض في مثل ذلك إلا بقبض الكل ولا تتم بذلك فيما يقسم الخ لكان حسناً.

وفي العناية: الهبة فيما يقسم جائزة، ولكن غير مثبتة للملك قبل تسليمه مفرزاً. قوله: (لا تتم بالقبض فيما يقسم) قال علماؤنا: هبة المشاع فيما يحتمل القسمة لا تتم،

ولو) هبة (لشريكه) أو لأجنبي لعدم تصوّر القبض الكامل كما في عامة الكتب فكان هو المذهب.

وفي الصيرفية عن العتابي: وقيل يجوز لشريكه وهو المختار (فإن قسمه وسلمه صح) لزوال المانع (ولو سلمه شائعاً لا يملكه فلا يتفد تصرفه فيه)

ولا تفيد الملك قبل القسمة، وبعض أصحابنا قال: إنها فاسدة، والأصح الأول كالهبة قبل القبض اهـ. شلبي عن الإتقاني.

وأشار الشارح أنه إنما شرط أن يكون الموهوب مقسوماً أو مشاعاً لا يقبل القسمة؛ لأن الهبة لا تتم إلا بالقبض، والقبض إنما يكون في المقسوم، وكذا في المشاع الذي لا يقسم لأن قبض كل شيء بحسبه، والمشاع الذي لا يقبل القسمة لا يكون قبضه إلا مشاعاً فاكتفى به كذلك وتمت به الهبة، أما المشاع الذي يقبل القسمة فإنه يمكن تسليمه بعد قسمته ويكون قبضه كاملاً، فلا يكتفى بتسليمه مشاعاً ولا يعدّ قابضاً له مع الشيوع، ولا فرق أن يكون وهبه لشريكه أو لأجنبي خلافاً لما في الصيرفية من جوازه من الشريك، وذكر أنه المختار، ووجهه ظاهر لتصوّر قبض الشريك له مع شيوعه، لأن نصيب الشريك في يده فيمكنه قبض الشقص الثاني مشاعاً، ولكنه لما كانت عامة الكتب على إطلاق المنع، وهي موضوعة لنقل المذهب كما قال، فكان هو المذهب فوجب العمل به، سواء ظهر وجهه أو لا لأن المقلد عليه اتباع ما قاله إمامه سواء وقف على دليله أو لا، والله تعالى أعلم. قوله: (ولو هبة لشريكه) لو وصلية: أي ولو كانت الهبة لشريك الواهب. قوله: (أو لأجنبي) الأولى إسقاطه لأنه مفهوم من لو، ولا خلاف فيه إنما الخلاف في الشريك كما مر ويأتي. قوله: (لعدم تصور القبض الكامل) أي فيما يتصور فيه. قوله: (كما في عامة الكتب) وصرح به الزيلعي وصاحب البحر. منح. قوله: (فكان هو المذهب) راجع لسألة الشريك كما في المنع. قوله: (وهو المختار) الظاهر من عباراتهم اعتماد الأول، حتى نسب الثاني شيخ الإسلام إلى ابن أبي ليل بعد ما حكى الإطلاق عن أهل المذهب.

وفي مؤيد زاده: وهب مشاعاً ينقسم لشريكه لا يجوز خلافاً لابن أبي ليلي اهـ. قال الرملي: وجد بخط المؤلف: يعني صاحب المنع بإزاء هذا ما صورته: ولا يخفى عليك أنه خلاف المشهور. قوله: (فإن قسمه) أي الواهب بنفسه أو نائبه أو أمر الموهوب له بأن يقسم مع شريكه كل ذلك تتم به الهبة، كما هو ظاهر لمن عنده أدنى فقه. تأمل رملي. قوله: (صح لزوال المانع) وهو الإشاعة فإنها زالت بالقسمة والتسليم لأنه كان عاجزاً عن القبض الكامل الذي تتم به الهبة ومعناه أنها تملك بذلك، لا أن الصحة متوقفة على القسمة، ولو كان شرطاً للصحة لاحتيج إلى تجديد العقد. بحر بزيادة. قوله: (ولو سلمه شائعاً) بأن سلمه الكل. قوله: (لا يملكه) لعدم وجود القبض الكامل فيما يتصور فيه.

فيضمنه وينفذ تصرف الواهب. درر. لكن فيها عن الفصولين: الهبة الفاسدة تفيد

قوله: (فيضمنه) أي بعد إتلافه ويجب عليه رده قبله، ولا يمتنع الرد ببيعه لعدم نفاذه. قوله: (لكن فيها عن الفصولين النخ) قال في التاترخانية: بعد نقل هذا القول، وفي السراجية: وبه يفتى اه. ومع إفادتها للملك يحكم بنقضها للفساد كالبيع الفاسد ينقض له. تأمل رملي. قوله: (الهبة الفاسدة النخ) ظاهره أن هبة المشاع قبل القسمة فاسدة، مع أنها صحيحة غير تامة. ولذا قال الشلبي: قوله لأنه لو صح هبة المشاع فيما يقسم ظاهره كما ترى يشعر بعدم الصحة، وقد قدمت قريباً أن الأصح أنها صحيحة غير تامة لا فاسدة كما قال به بعض مشايخنا، والله تعالى أعلم اه. ويدل عليه كلام صاحب البحر المتقدم، وعبرة الهندية الآتية تفيد أن الفتوى على الفساد ط.

قال في الفتاوى الخيرية: ولا تفيد الملك في ظاهر الرواية. قال الزيلعي: ولو سلمه شائعاً لا يملكه، حتى لا ينفذ تصرفه فيه فيكون مضموناً عليه، وينفذ فيه تصرف الواهب. ذكره الطحاوي وقاضيان. وروي عن ابن رستم مثله، وذكر عصام أنها تفيد الملك وبه أخذ بعض المشايخ اه. ومع إفادتها للملك عند هذا البعض أجمع الكل على أن للواهب استردادها من الموهوب له، ولو كان ذا رحم محرم من الواهب.

قال في جامع الفصولين رامزاً لفتاوى الفضلي: ثم إذا هلكت أفتيت بالرجوع للواهب هبة فاسدة لذي رحم محرم منه، إذ الفاسدة مضمونة على ما مر، فإذا كانت مضمونة بالقيمة بعد الهلاك كانت مستحقة الرد قبل الهلاك اه. وكما يكون للواهب الرجوع فيها يكون لوارثه بعد موته، لكونها مستحقة الرد، وتضمن بعد الهلاك كالبيع الفاسد إذا مات أحد المتبايعين فلورثته نقضه؛ لأنه مستحق الرد ومضمون بالهلاك، ثم من المقرر أن القضاء يتخصص، فإذا ولى السلطان قاضياً ليقضي بمذهب أبي حنيفة لا ينفذ قضاؤه بمذهب غيره، لأنه معزول عنه بتخصيصه فالتحق فيه بالرعية نص على ذلك علماؤنا رحمهم الله تعالى اه ما في الخيرية. وأفتى به في الحامدية أيضاً والتاجية، وبه جزم في الجوهرة والبحر، ونقل عن البيهقي بالغين المعجمة: أنه لو باع الموهوب له لا يصح، وفي نور العين عن الوجيز: الهبة الفاسدة مضمونة بالقبض، ولا يثبت الملك فيها إلا عند أداء العوض، نص عليه محمد في المبسوط، وهو قول أبي يوسف، إذ الهبة تنقلب عقد معاوضة اه. وذكر قبله هبة المشاع فيما يقسم لا تفيد الملك عند أبي حنيفة، وفي القهستاني: لا تفيد الملك، وهو المختار كما في المضمرة، وهذا مروى عن أبي حنيفة وهو الصحيح اه.

فحيث علمت أن ظاهر الرواية وأنه نص عليه محمد ورووه عن أبي حنيفة ظهر أنه الذي عليه العمل، وإن صرح بأن المفتى به خلافه، ولا سيما أنه يكون ملكاً خبيثاً كما

الملك بالقبض، وبه يفتى. ومثله في البزازية، على خلاف ما صححه في العمادية، لكن لفظ الفتوى أكد من لفظ الصحيح كما بسطه المصنف مع بقية أحكام المشاع. وهل للقريب الرجوع في الهبة الفاسدة؟ قال في الدرر: نعم. وتعبه في الشرنبلالية

يأتي ويكون مضموناً كما علمته فلا يجدي نفعاً للموهوب فاغتنمه، وإنما أكثرت النقل في مثل هذه لكثرة وقوعها وعدم تنبه أكثر الناس للزوم الضمان على قول المخالف، ورجاء لدعوة نافعة في الغيب. قوله: (بالقبض) لكن ملكاً خبيثاً، وبه يفتى. قهستاني: أي وهو مضمون كما علمت آنفاً، فتنبه. قوله: (وبه يفتى) قال في الهندية: هبة المشاع فيما يحتمل القسمة لا تجوز، سواء كانت من شريك أو من غير شريك، ولو قبضها هل يفيد الملك ذكر حسام الدين رحمه الله تعالى في كتاب الوقاعات: أن المختار أنه لا يفيد الملك، وذكر في موضع آخر أنه يفيد الملك ملكاً فاسداً، وبه يفتى. كذا في السراجية اهـ. قوله: (ومثله في البزازية) عبارتها: وهل يثبت الملك بالقبض؟ قال الناطقي عند الإمام: لا يفيد الملك. وفي بعض الفتاوى: يثبت فيها فاسداً، وبه يفتى. ونص في الأصل: أنه لو وهب نصف داره من آخر، وسلمها إليه فباعها الموهوب له لم يميز وأنه لا يملك، حيث أبطل البيع بعد القبض، ونص في الفتاوى أنه هو المختار اهـ.

ورأيت بخط بعض الأفاضل على هامش المنح بعد نقله ذلك، وأنت تراه عزا رواية إفادة الملك بالقبض والإفتاء بها إلى بعض الفتاوى، فلا تعارض رواية الأصل، ولذا اختارها قاضيخان. وقوله «لفظ الفتوى الخ» قد يقال يمنع عمومها لا سيما مثل هذه الصيغة في مثل سياق البزازي، فإذا تأملته تقضي برجحان ما دل عليه الأصل اهـ. قوله: (على خلاف ما صححه في العمادية) أي عن العدة بلفظ هو المختار. قوله: (لكن لفظ الفتوى) استدراك على ما استفاد من قوله ما صححه في العمادية من أن القولين، سواء وحيث كان لفظ الفتوى أكد، فيكون العمل على ما في الفصول والبزازية لأنه قال: وبه يفتى، وهو أكد من الصحيح الذي في العمادية، فحيث لا يمنع الرجوع بعد بيعه لتعلق حق المشتري به كما تقدم نظيره في البيع الفاسد. قوله: (مع بقية أحكام المشاع) من بيعه فإنه جائز فيما يقسم، وما لا يقسم ومن إجارته، ومن إعارته وغير ذلك كما قدمناه قريباً. قوله: (قال في الدرر نعم) عبارتها: قال بعض المشايخ: كانت المسألة واقعة الفتوى وفرقت بين الهبة الصحيحة والفاسدة، وأفتيت: أي في الفاسدة بالرجوع، وقال الإمام الأسروشنى والإمام عماد الدين: هذا الجواب مستقيم، أما على قول من لا يرى الملك بالقبض في الهبة الفاسدة فظاهر، وما على قول من يرى الملك فلأن المقبوض في حكم الهبة الفاسدة مضمون على ما تقرر، فإذا كان مضموناً بالقيمة بعد الهلاك كان مستحق الرد قبل الهلاك، فيملك الرجوع والاسترداد انتهى. قوله: (وتعبه في الشرنبلالية) حيث

بأنه غير ظاهر على القول المفتى به من إفادتها الملك بالقبض، فليحفظ (المانع) من، تمام القبض (شيوخ مقارن) للعقد (لا طارىء) كأن يرجع في بعضها شائعاً فإنه لا

قال: قوله وأما على قول من يرى الملك فلأن المقبوض بحكم الهبة الفاسدة مضمون الخ هذا غير ظاهر؛ لأن قوله فلأن المقبوض بحكم الهبة الفاسدة مضمون لا يكون متجهاً إلا على القول بعدم الملك، وإلا فكيف يكون مالكاً وضامناً؟ انتهى. ونظر فيه الشيخ شاهين بأن المقبوض في البيع الفاسد مملوك بالقبض مضمون بقيمته فلا يبعد كون الشخص مالكاً وضامناً، فكان الجواب مستقيماً، وكان القول بالضممان متجهاً، حتى على قول من قال يملك الموهوب فاسداً اهـ. ذكره أبو السعود، وفيه: أن هذا قياس مع الفارق، فإن المبيع فاسداً مقبوض في عقد معاوضة، فلا بد من العوض وقد ألغينا الثمن لعدم الصحة. وأوجبنا القيمة عوضاً وإلا لزم أخذ ما عقد للمعاوضة بلا عوض. أما المقبوض في الهبة الفاسدة فهو مقبوض بغير عوض أصلاً، وقد قال القائل بالملك فيها، والملك في الموهوب بلا عوض. أما لو نظرنا إلى كونه ملكاً خبيثاً، كما قال المؤلف في شرح الملتقى وقيل يملكه بالقبض لكنه ملك خبيث، وبه يفتى. قهستاني عن المضمورات، يكون موجه التصديق بقيمته هالكاً كما قيل به في نظائره، فليأمل.

ويتفرع على القول بثبوت الملك بالقبض في الهبة الفاسدة ما في البحر عن الإسعاف من أنه إذا وقف الأرض التي وهبت له هبة فاسدة صح وعليه قيمتها انتهى. وهذا يؤيد ما ذكره الشيخ شاهين تبعاً للإمامين الأسروشنى والعمادى. وفي أبي السعود عن القهستاني: وكما لا يمنع الرجوع في الهبة الفاسدة القرابة فكذا غيرها من الموانع انتهى. ويؤيد ذلك أيضاً ما قدمناه عن الخيرية ونور العين فلا تنسه. قوله: (من تمام القبض) أي كون القبض تاماً. قوله: (لا طارىء) بالهمز؛ لأنه حدث بعد وجود القبض وتمام الهبة فلا يؤثر شيئاً.

أقول: ومنه لو وهب داراً في مرضه وليس له سواها ثم مات ولم تجز الورثة الهبة بقيت الهبة في ثلثها، وتبطل في الثلثين كما صرح به في الخانية. قوله: (كأن يرجع في بعضها شائعاً) فإنه لا يفسدها اتفاقاً، ونظيره ما قالوا: إن الردة لا تبطل التيمم؛ لأن الإسلام شرط لوجود النية التي هي شرط لصحة التيمم، فإذا صح التيمم بوجود شرطه، وهو النية من المسلم، ثم طرأ عليه الكفر بعد ذلك والعياذ بالله تعالى لم يبطل تيممه؛ لأنه قد تم بوجود شرطه. وكذلك هنا الشائع لا تصح هبته لفقد شرطه، وهو القبض الكامل، فإذا وهب غير الشائع وتمت الهبة بقبضه الكامل، ثم طرأ عليه الشيوخ بعد استيفاء شرطه، ولم يبق إلا مجرد الملك للموهوب في الهبة والشيوخ لا ينافي الملك كما أن الكفر لا ينافي رفع الحدث، فكما أن التيمم لا يبطل بالردة كذلك الهبة لا تبطل بطرؤ

يفسدها اتفاقاً (والاستحقاق) شيوع (مقارن) لا طارىء فيفسد الكل، حتى لو وهب أرضاً وزرعها وسلمهما فاستحق الزرع بطلت في الأرض لاستحقاق البعض الشائع فيما يحتمل القسمة والاستحقاق إذا ظهر بالبينة كان مستنداً إلى ما قبل الهبة فيكون مقارناً لها لا طارئاً كما زعمه صدر الشريعة وإن تبعه ابن الكمال، فتنبه.

(ولا تصح هبة لبن في ضرع وصوف على غنم ونخل في أرض وتمر في نخل)

لأنه كمشاع

الشيوع بعد تمامها. قوله: (حتى لو وهب الخ) وهذا بخلاف ما إذا وهب داراً بمتاعها وسلمها فاستحق المتاع صحت في الدار، إذ بالاستحقاق ظهر أن يده في المتاع كانت يد غضب، وقد تقدم أن الهبة المشغولة بملك الغير تصح، بخلاف المشغولة بملك الواهب وإنما بطلت الهبة في مسألتنا وخالفتم مسألة الدار والمتاع لأن الزرع مع الأرض بحكم الاتصال كشيء واحد، فإذا استحق أحدهما صار كأنه استحق البعض الشائع فيما يحتمل القسمة، فتبطل الهبة في الباقي. كذا في الكافي. درر. ويدل لهذا التعليل قول المؤلف الآتي «كمشاع» قال في الخانية: والزرع لا يشبه المتاع. قوله: (لاستحقاق البعض الشائع) أي حكماً كما علمت. قوله: (إذا ظهر بالبينة الخ) انظر ما لو ثبت الاستحقاق بإقرار الواهب، والظاهر أنه لغو؛ لأنه أقر بملك الغير وما لو أقر به الموهوب له، والظاهر أنه يعامل بإقراره، فيثبت الزرع لمستحقه وهل تبطل الهبة بمجرد ط. قوله: (فيكون مقارناً لها لا طارئاً) هذا الذي في الظهيرية والذي في دعوى النهاية والكرماني جعله من الطارىء. قال القهستاني: فلعل في المسألة روايتين، وبه تعلم أن صدر الشريعة وابن الكمال لهما سلف فيما ذهبوا إليه.

والحاصل: أن صدر الشريعة جعل المفسد هو الشيوع المقارن، لأن الشيوع الطارىء كما إذا وهب، ثم رجع بالبعض الشائع واستحق البعض الشائع.

ورد عليه صاحب الدرر والمصنف حيث قال في الدرر: أقول: عدة صور الاستحقاق من أمثلة الشيوع الطارىء غير صحيح، والصحيح ما ذكر في الفصولين والكافي، وعبارة الفصولين أن الشيوع الطارىء لا يفسد الهبة بالاتفاق، وهو أن يرجع ببعض الهبة شائعاً، أما الاستحقاق فيفسد الكل لأنه مقارن لا طارىء. كذا ذكره شيخ الإسلام أبو بكر في المحيط اه. قوله: (كمشاع) قال في شرح الدرر: هذه نظائر المشاع لا أمثله فلا شيوع في شيء منها لكنها في حكم المشاع حتى إذا فصلت وسلمت صح.

قال الخير الرملي: أقول: لا يذهب عنك أنه لا يلزم أن يأخذ حكمه في كل شيء، وإلا لزم أن لا تجوز هبة النخل من صاحب الأرض وكذا عكسه، والظاهر خلافه،

(ولو فصله) وسلمه (جاز) لزوال المانع وهل يكفي فصل الموهوب له بإذن الواهب؟

والفرق بينهما أنه ما من جزء من المشاع وإن دق إلا وللشريك فيه ملك فلا تصح هبته، ولو من الشريك لأن القبض الكامل لا يتصور، وأما نحو النخل في الأرض والشمري في النخل والزرع في الأرض لو كان كل واحد منها لشخص فوهب صاحب النخل نخله كله لصاحب الأرض أو عكسه، فإن الهبة تصح لأن ملك كل منهما متميز عن الآخر فيصح قبضه بتمامه، ولم أر من صرح به، لكن يؤخذ الحكم من كلامهم، وقد صرحوا بأن المانع إنما يعتبر وقت القبض، لا وقت العقد. هذا، وقد قدم عن الصيرفية: لو وهب نصيبه من الدار لشريكه أو من شيء يحتمل القسمة فإنه يجوز إجماعاً.

وفي فتاوى الزاهد العنابي: لو وهب النصف من شريكه من دار لم يجز، وقيل: يجوز هو المختار وراجعت الصيرفية فرأيتها قال: وفي فتاوى زين: لو وهب النصف من شريكه الخ، فإذا كان هذا في المشاع فما بالك في المتصل الممكن فصله، ولا أدري ما يمنع من ذلك، ولكن الثقل إذا وجد لا يسعنا معه إلا التسليم اهـ.

أقول: ومثال مشاع يقبل القسمة كنصف دار كبيرة وربيع صبرة معينة ونحوهما مما سبق من الأمثلة، وإنما أورد النظائر لاهتمام الإفادة، وللتنبية على أن الحكم فيها بالطريق الأولى كما هو حال التشبيه ظاهراً، غايته التساوي، فيكون من قبيل تشبيه أحد المتساويين في الحكم بالآخر، والأول هو الظاهر.

قال في العمادية: إن هبة اللبن في الضرع في رواية لا تجوز، وفي رواية: تجوز إذا سلطه على الحلب انتهى.

وفي التاترخانية: وهبة اللبن في الضرع لا تجوز في إحدى الروايتين من كتاب الهبة، وإن سلط على الحلب هو الصحيح اهـ. لعل صحة عدم الجواز لأن الحلب يقبل التفاوت فيؤدي إلى النزاع على أن القبض لم يوجد إذ اللبن في الضرع عند الهبة، وهو متصل بملك الواهب.

هذا. وقال في الكافي: ولو وهب زرعاً في أرض أو ثمراً في شجر أو حلية في سيف أو بناء في دار أو قفيزاً من صبرة وأمره بالحصاد والجذاذ والنزع والنقض والكيل وفعل صح استحساناً، ويجعل كأنه وهبه بعد الحصاد والجذاذ ونحوهما اهـ. لعل وجه الاستحسان: أن الحصاد ونحوه لا يقبل التفاوت فلا يؤدي إلى النزاع هذا فيكون قطعاً في جرابه، إلا أنه لما كان اتصال كل منها بملك الواهب خلقة عدّ من قبيل المشاع، فتأمل. قوله: (ولو فصله وسلمه جاز) إنما جاز في اللبن وإن كان في وجوده شك، لأنه قد يكون رجباً أو دماً لترجح جانب الوجود بالتصرف فيه، فإنه بانفصاله تيقن وجوده، بخلاف هبة الحمل فإنه لا يصح، ولو سلمه بعد الولادة لعدم إمكان التصرف وقت

ظاهر الدرر نعم (بخلاف دقيق في برّ ودهن في سمسّم وسمن في لبن)، حيث لا يصح أصلاً لأنه معدوم فلا يملك إلا بعقد جديد (وملك) بالقبول

الهبة. قوله: (ظاهر الدرر نعم) فإنه قال: وكذا يجوز هبة البناء دون العرصة إذا أذن له: أي للموهب له الواهب في نقضه وهبة أرض فيها زرع دونه: أي دون الزرع ونخل فيها ثمر دونه: أي دون الثمر إذا أمره: أي الواهب الموهوب له بالحصاد في الزرع والجذاذ في الثمر لزوال اشتغال الموهوب بملك الواهب انتهى بتصرف. وأفاد عزمي زاده أنه صحيح في الأول دون الأخيرين، فإنه لا يصح فيهما مطلقاً لأنه متصل به اتصال خلقة، فكان بمنزلة المشاع الذي يحتمل القسمة، فلا تتم بدون الإفراز والحيازة. نعم الحكم صحيح في عكسهما وهو هبة زرع بدون أرضه وهبة ثمر بدون شجره، فإنه يصح استحساناً إن أمره بالحصاد والجذاذ وفعله انتهى. وعلى كل فما ذكره الشارح صحيح، وبحث عزمي زاده في التمثيل ط.

أقول: ويحتمل أن الشارح فهم من قول الدرر حتى إذا فصلت هذه الأشياء عن ملك الواهب وسلمت صح هبتها كما في المشاع ما إذا فصلها الواهب أو الموهوب له بإذنه.

وقال الخير الرملي في حاشيته على المنح: قوله «ولو فصله وسلمه» أي الواهب، فلو فصله الموهوب له بغير إذن الواهب لا يملكه إلا بعقد جديد اه. فقوله بغير إذن الواهب: إنه لو كان بإذنه كان كفصله بنفسه، ويحتمل أنه أخذ الشارح من العبارة التي ذكرناها أولاً عن الطحطاوي، وكان الشارح رأى أنه لا فرق بينهما وإن كانت العلة التي ذكرها في الدرر لا تجري هنا، لأنه علل بأن المانع الاشتغال بملك الواهب، فإذا أذن بالجذاذ والحصاد وفعل الموهوب له ذلك زال المانع فجازت الهبة، وهنا يقال: المانع هو شبه الشيوع، فإذا زال بإذن المالك زال المانع، والله أعلم.

قال في الخانية: ولو وهب زرعاً بدون الأرض أو ثمرأ بدون النخل وأمره بالحصاد والجذاذ ففعل الموهوب له ذلك جاز، لأن قبضه بالإذن يصح في المجلس وبعده اه. ومثله في الحامدية عن جامع الفتاوى، وهو نظير ما فهمه الشارح أولاً. قوله: (حيث لا يصح أصلاً) أي سواء أفرزها وسلمها أو لا. درر. قوله: (لأنه معدوم) قال في الدرر: لأنه في حكم المعدوم وسره أن الخنطة استحالت وصارت دقيقاً وكذا غيرها، وبعد الاستحالة هو عين أخرى على ما عرف في الغصب اه. وأما الوصية فتجوز بهذه الأشياء لأنها تجوز بالمعدوم كما ذكره العيني. قوله: (فلا يملك إلا بعقد جديد) لأنه بعد الاستحالة عين أخرى بخلاف المشاع، لأنه محل للملك إلا أنه لا يمكن تسليمه، فإذا زال المانع جاز. درر ومنح. قوله: (وملك بالقبول) إنما اشترط القبول نصاً لأنه إذا لم يوجد كذلك يقع

(بلا قبض جديد) لو الموهوب في يد الموهوب له ولو بغصب أو أمانة، لأنه حيثئذ عامل لنفسه، والأصل أن القبضين إذا تجانسا ناب أحدهما عن الآخر، وإذا تغايرا ناب الأعلى عن الأدنى

الملك في الهبة بغير رضاه لأنه لا حاجة إلى القبض، ولا يجوز أن يقع الملك للموهوب له بغير رضاه لما فيه من توهم الضرر، بخلاف ما إذا وهب عبداً له لم يكن في يده، وأمره بقبضه فإنه يصح إذا قبض. ولا يشترط القبول؛ لأن العبد ليس في يده حال الهبة، فكان الموهوب له محتاجاً إلى إحداث قبض حتى يملك الهبة، فإذا أقدم على القبض كان ذلك إقداماً على القبول ورضاه منه بوقوع الملك له فيملكه. قوله: (بلا قبض) أي بأن يرجع إلى الموضع الذي فيه العين، وينقضي وقت يتمكن فيه من قبضها. قهستاني. قوله: (لو الموهوب في يد الموهوب له) لأن القبض ثابت فيها، وهو الشرط سواء كانت في يده أمانة أو مضمونة، لأن قبض الأمانة ينوب عن مثله لا عن المضمون، والمضمون ينوب عنهما والأصل أنه متى تجانس القبضان ناب أحدهما عن الآخر، وإن اختلفا ناب الأقوى عن الأضعف، دون العكس، هذا إذا كان الموهوب مضموناً في يده كالغصب والمرهون والمقبوض على سوم الشراء لا إشكال فيه، لأن القبض فيه حقيقة وحكماً، فبراً عن الضمان بمجرد قبول الهبة، وكذا إذا كان في يده عارية أو إجارة لأنه قبضها لنفسه ويده ثابتة فيه. وأما إذا كانت في يده بطريق الوديعة فمشكل، لأن يده يد المالك، لكن لما لم يكن عاملاً للمالك بعد الهبة اعتبرت يده الحقيقية. زيلي.

واعلم أن في قول الزيلي: فيبراً عن الضمان إشارة إلى أن العين المرهونة تكون مضمونة في يد الموهوب له بمثلها أو قيمتها احترازاً عما إذا كانت العين مضمونة بغيرها كالبيع المضمون بالثمن وكالرهن المضمون بالدين، فلا بد من قبض مستأنف بعد عقد الهبة، ومضي وقت يتمكن من قبضها لأن العين وإن كانت في يده مضمونة، إلا أن هذا الضمان لا تصح البراءة منه مع وجود القبض الموجب له فلم تكن الهبة براءة، وإذا كان كذلك لم يوجد القبض المستحق بالهبة، فلم يكن بد من تجديد قبض آخر. غاية عن شرح الأقطع. قوله: (لأنه حيثئذ) أي حين إذ قبل عامل لنفسه: أي بسبب وضع يده على ملكه. قوله: (والأصل أن القبضين إذا تجانسا) كأن كان عنده وديعة فأعاره له، فإن كان القبضين قبض أمانة، فيصح من غير قبض مستأنف أو غصب شيئاً فباعه المالك منه. قوله: (وإذا تغايرا) كأن غصبه منه وأخذه ثم وهبه منه. قوله: (ناب الأعلى عن الأدنى) أي ولا يحتاج إلى قبض فتاب المغصوب عن قبض الهبة، لأن في الأعلى مثل ما في الأدنى وزيادة، وليس في الأدنى ما في الأقوى، وكذا لو كان مقبوضاً في يده بطريق البيع الفاسد، لأنه قبض ضمان. أما المبيع فاسداً فإنه يملك بقبض الضمان كما لو كان في يده

لا عكسه، وهبة من له ولاية على الطفل (في الجملة) وهو كل من يعوله

مغصوباً قبل الشراء الفاسد، ولا يقبض بقبض الأمانة لأن قبض الأمانة دون قبض الضمان فلا ينوب عنه. قوله: (لا عكسه) وهو أن قبض الأمانة لا ينوب عن قبض الضمان كما في البيع والرهن فقبض الوديعة مع قبض الهبة يتجانسان، لأنهما قبض أمانة ومع قبض الشراء يتغايران؛ لأنه قبض ضمان فلا ينوب الأول عنه كما في المحيط، ومثله في شرح الطحاوي لكن ليس على إطلاقه، فإنه إذا كان مضموناً بغيره كالبيع المضمون بالثمن والمهون المضمون بالدين لا ينوب قبضه عن القبض الواجب كما في المستصفي، ومثله في الزاهدي، فلو باع من المودع احتاج إلى قبض جديد وتماه في العمادي. قهستاني.

قال الأقطع في شرحه: والأصل في ذلك أن العين الموهوبة إذا كانت في يد الموهوب أمانة كالوديعة والعارية ملكها بعقد الهبة من غير تجديد قبض استحساناً لا قياساً.

وجه الاستحسان أن الهبة تقف صحتها على مجرد القبض، فلا يلتفت إلى قبض بصفة ومجرد القبض موجود عقب العقد فصحت الهبة، ولا يشبه هذا بيع الوديعة ممن هي في يده، لأن البيع يقتضي مبيعاً مضموناً وقبض المودع عقب العقد قبض أمانة، فلا بد من تجديد القبض، وذلك لا يكون إلا بالتخلية بينه وبين الوديعة. وأما إذا كانت العين في يد الموهوب له مضمونة فهو على وجهين: إن كانت مضمونة بمثلها أو بقيمتها كالعين المغصوبة والمقبوضة على وجه السوم، فإنه يملكه بالعقد، ولا يحتاج إلى تجديد قبض، وذلك لأن القبض الذي تقتضيه الهبة قد وجد وزيادة، وهو الضمان وذلك الضمان تصح البراءة منه؛ ألا ترى أنه لو أبرأ الغاصب من ضمان الغصب جاز وسقط، فصارت الهبة براءة من الضمان فبقي قبض من غير ضمان فتصح الهبة؛ وإن كانت العين مضمونة بغيرها كالبيع المضمون بالثمن وكالرهن المضمون بالدين، فلا بد من قبض مستأنف بعد الهبة وهو أن يرجع إلى الموضع الذي فيه العين، ويمضي وقت يتمكن فيه من قبضها، وذلك لأن العين وإن كانت في يده مضمونة إلا أن هذا الضمان لا تصح البراءة منه مع وجود القبض الموجب له، فلم تكن الهبة براءة؛ وإذا كان كذلك لم يوجد القبض المستحق بالهبة فلم يكن بد من تجديد قبض اهـ. قوله: (وهبة الخ) هو من إضافة المصدر إلى فاعله: أي أن يهب من له الولاية على الطفل للطفل يتم بالعقد، ولا يفترق إلى القبض لأنه هو الذي يقبض له فكان قبضه كقبضه، وصار كمن وهب لآخر شيئاً وكان الموهوب في يد الموهوب له، فإنه لا يحتاج إلى قبض جديد كما مر قبيل هذه المسألة. قوله: (في الجملة) أي وإن لم يكن له تصرف في ماله، وقوله «على الطفل» أخرج به الولد الكبير، فإن الهبة لا تتم إلا بقبضه، ولو كان في عياله ولا يملك المولى قبض ما وهب لعبد

فدخل الأخ والعم عند عدم الأب لو في عيالهم (تتم بالعقد) لو الموهوب معلوماً وكان في يده أو يد مودعه لأن قبض الولي ينوب عنه،

المحجور، وإذا قبضه العبد ملكه المولى، لأنه كسب عبده ط. قوله: (فدخل الأخ) الأولى: نحو الأخ لما سيأتي من أن الأم والملتقط ممن يعوله لو في حجرهما. قوله: (عند عدم الأب) لأن تصرفهم كان للضرورة، ولا ضرورة مع حضوره والمراد بعدم الأب: ما يعم الغيبة المنقطعة. أفاده في البحر. وأفاد المؤلف أن قبض غير الأب مشروط بشرطين: عدم الأب، وكون الصغير في عياله. والظاهر أن القول الصحيح الآتي في أنه لا يشترط عدم الأب في الهبة الصادرة من الأجنبي يأتي هنا، والمراد بالأب من له ولاية التصرف في ماله ط. قوله: (تتم بالعقد) أي بالإيجاب فقط كما يشير إليه الشارح، فلو أرسل العبد في حاجة أو كان أبقاً في دار الإسلام فوهبه من ابنه صحت، ولو لم يرجع العبد حتى مات الأب لا يصير ميراثاً عن الأب. تاترخانية. لكن يعكر على صحة الهبة في الأبق ما قدمناه من أنها لو سقطت لؤلؤة فوهبها لرجل وسلطه على قبضها وطلبها فطلب وقبضها فالهبة باطلة، لأن في قيامها وقت الطلب خطراً.

ووجه أن الأبق في وجوده خطر، اللهم إلا أن يحمل على ما إذا علم وجوده وقت الهبة، أو لأن يد المولى باقية عليه حكماً لقيام يد أهل الدار عليه، فيمنع ظهور يده تملكهم إن دخل فيها؛ ولو وهبه بعد دخوله فيها لم يجوز. ذكره الشراح في باب استيلاء الكفار، فتأمل. وإذا وهب أحد لطفل ينبغي أن يشهد، وهذا إذا أعلمه يشهد عليه والإشهاد للتحرز عن الجحود بعد موته والإعلام لازم لأنه بمنزلة القبض. بزازية ويأتي قريباً. قوله: (لو الموهوب معلوماً) إذ لا يصح تمليك المجهول كنحو وهبت شيئاً من مالي ويأتي في قوله وضعوا هدايا الختان بين يد الصبي الخ، وهل يشترط فيه أن يكون محوزاً مقسوماً كما هو الشرط في الهبة، أو يقال: إنما شرط ذلك لأجل تمام القبض وهذا مقبوض لولي القبض فلا يفتقر إلى ذلك الظاهر؟ نعم لأن من أودع إنساناً داره الكبيرة وسلمه إياها ثم وهبه نصفها فإنها لا تصح الهبة مع أنها مقبوضة بيده، وإن كان قبضاً غير كامل.

قال محمد رحمه الله تعالى: كل شيء وهبه لابنه الصغير وأشهد عليه وذلك الشيء معلوم في نفسه فهو جائز، والقصد أن يعلم ما وهبه له، والإشهاد ليس بشرط لازم، فإن الهبة تتم بالإعلام. تاترخانية. قوله: (وكان في يده أو يد مودعه) وكذا في يد مستعيره لا مستأجره وغاصبه أو مرتته أو المشتري منه بشراء فاسد. بزازية. قال الطحطاوي: واحترز بما ذكر: أي كونه في يده أو يد مودعه عما إذا كانت في يد الغاصب من الولي أو المرتن أو المستأجر حيث لا تجوز الهبة لعدم قبضه، لأن قبضهم لأنفسهم اه. واستظهر

والأصل أن كل عقد يتولاه الواحد يكتفى فيه بالإيجاب (وإن وهب له أجنبي تتم بقبض وليه) وهو أحد أربعة: الأب ثم وصيه، وإن لم يكن في حجرهم وعند عدمهم تتم بقبض من يعوله كعمه (وأمه وأجنبي) ولو ملتقطاً (لو في حجرهما) وإلا لافوات الولاية (وبقبضه لو مميزاً) يعقل التحصيل (ولو مع وجود أبيه) مجتبي. لأنه في النافع المحض كالبالغ حتى لو وهب له أعمى لا نفع له، وتلحقه مؤنته لم يصح قبوله. أشباه.

قلت: لكن في البرجندي: اختلف فيما لو قبض من يعوله والأب حاضر،

السائحاني أنه إذا انقضت الإجارة أو ارتد الغصب تتم الهبة كما تتم في نظائره. قوله: (والأصل أن كل عقد الخ) منه بيع الأب ماله لابنه الصغير اهـ. ذخيرة وتاريخانية، والأولى أن يقول: ويكفي الإيجاب وحده والأصل الخ. قوله: (وهو أحد أربعة) قال الشارح في كتاب المأذون، عند قول المصنف «وإن أذن للوصي الذي يعقل البيع والشراء وليه الخ» المراد بالولي: ولي له التصرف في المال وهو أبوه ثم وصي الأب ثم جده أبو أبيه ثم وصي جده ثم الولي ثم القاضي ووصي القاضي اهـ. سري الدين. وتقدم أن الذي يتصرف في ماله تسعة الأب والجد والقاضي ووصيهم ووصي وصيهم، ومقتضاه أن قبض هؤلاء جميعاً ينوب عن قبضه، ثم رأيت صاحب الهندية نقله عن غاية البيان ط. ومر قبيل الوكالة في الخصومة. قوله: (وعند عدمهم) ولو بالغيبة المنقطعة. قوله: (تتم بقبض من يعوله) لأن له ولاية التصرف النافع لثبوت يدهم عليه، حتى لا يكون لغيرهم نزعه من أيديهم، فكانوا أحق بحفظه وتحصيل المال من ضرورات حفظه لصرفه في قوته وملبوسه ط. قوله: (ولو ملتقطاً) لأن له ولاية التصرف النافع أيضاً. قوله: (لو في حجرهما) بالفتح والكسر والجمع حجور. صحاح. وحجر الإنسان: حضنه، وهو ما دون يبطه إلى الكشح، ومعنى كونه في حجره: أنه في كنفه ومنعته اهـ. أبو السعود الحموي. وفي الكشف: الحجر الكنف والتربية ط. قوله: (وإلا لا) أي إن لم يكن في الحجر لا تتم بقبضه، وإن كان ذا رحم محرم منه. قوله: (يعقل التحصيل) أي تحصيل المال وهو بيان لتمييزه. قوله: (لأنه في النافع المحض) أي لأنه جعل في التصرف النافع الذي لا يحتمل ضرراً كالبالغ فينفذ نظراً له وجاز تصرف الولي له في هذه الحالة نظراً له أيضاً حتى يفتح له سبب تحصيل النفع بطريقتين. قوله: (حتى لو وهب له أعمى) تفريع على التقييد بقوله النافع.

أقول: وكذا لو وهب له تراباً في داره لا يصح، وقيل إن كان يشتري ذلك منه بشيء فإنه يصح قبوله ولا يرد. وإن كان لا يشتري ويلزمه مؤنة النقل ونفقة العبد فإنه يرد كما في جامع الصغار للأسروشنى. قوله: (لكن في البرجندي) استدراك على قوله

فقيل: لا يجوز، والصحيح هو الجواز اهـ. وظاهر القهستاني ترجيحه، وعزاه لفخر

«وعند عدمهم» ح. قوله: (وظاهر القهستاني الخ) حيث قال: كما جاز قبض هبة الأجنبي لطفل ممن يربيه من الجد أو الأخ أو العم أو الأم أو وصيه، أو أجنبي وهو في عياله وإن لم يكن عاقلاً وكان أبوه حاضراً في هذه الصور على ما قالوا منهم فخر الإسلام. وقال بعضهم: لم يميز قبض غير الزوج حال حضرة الأب، والأول المختار كما في المضمرة اهـ. ونقل صاحب الهندية عن الخانية أنه الصحيح، وأنه به يفتى عن الفتاوى الصغرى اهـ. والوصي كالأب والأم كذلك لو الصبي في عياله إن وهبت له أو وهب له تملك الأم القبض، وهذا إذا لم يكن للصبي أب ولا جد ولا وصيهما. وذكر الصدر أن عدم الأب لقبض الأم ليس بشرط، وذكر في الرجل إذا زوج ابنته الصغيرة من رجل فزوجها يملك قبض الهبة لها، ولا يجوز قبض الزوج قبل الزفاف، وبعد البلوغ.

وفي التجريد: قبض الزوج يجوز إذا لم يكن الأب حياً فلو أن الأب ووصيه والجد ووصيه غاب غيبة منقطعة جاز قبض الذي يتولاه، ولا يجوز قبض غير هؤلاء الأربعة مع وجود واحد منهم سواء كان الصغير في عياله أو لا، وسواء كان ذا رحم محرم أو أجنبياً وإن لم يكن واحد من هؤلاء الأربعة جاز قبض من كان الصبي في حجره، ولم يميز قبض من لم يكن في عياله. بزازية.

قال في البحر: والمراد بالوجود الحضور اهـ. وفي غاية البيان: ولا تملك الأم، وكل من يعول الصغير مع حضور الأب. وقال بعض مشايخنا: يجوز إذا كان في عيالهم كالزوج، وعنه احترز في المتن بقوله في الصحيح اهـ. ويملك الزوج القبض لها مع حضور الأب، بخلاف الأم، وكل من يعولها غير الزوج، فإنهم لا يملكونه إلا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح، لأن تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الأب، ومع حضور الأب لا ضرورة. جوهرية. وإذا غاب أحدهم غيبة منقطعة جاز قبض الذي يتلوه في الولاية، لأن التأخير إلى قدوم الغائب تفويت المنفعة للصغير. فتنتقل الولاية إلى من يتلوه كما في الإنكاح، ولا يجوز قبض غير هؤلاء مع وجود أحدهم، ولو في عيال القابض أو رحماً ما منه كالأخ والعم والأم. بدائع ملخصاً. ولو قبض له من هو في عياله مع حضور الأب قيل لا يجوز وقيل يجوز، وبه يفتى. مشتمل الأحكام. والصحيح هو الجواز كما لو قبض الزوج والأب حاضر خانية والفتوى على أنه يجوز. أسروشني.

فقد علمت أن الهداية والجوهرة على تصحيح عدم جواز قبض من يعوله مع عدم غيبة الأب، وبه جزم صاحب البدائع وقاضيهان، وغيره من أصحاب الفتاوى صححوا خلافه، وهو تصحيح جواز قبض من يعول الصغير ولو مع حضرة الأب، وكن على ذكر مما قاله العلامة قاسم، من أنه لا يعدل عن تصحيح قاضيهان لأنه أجل من يعتمد على

الإسلام وغيره، على خلاف، ما اعتمده المصنف في شرحه وعزاه للخلاصة، لكن متنه يحتمله بوصل ولو بأمه والأجنبي أيضاً، فتأمل (وصح رده، لها كقبوله)

تصحيحه فإنه فقيه النفس، ولاسيما وفيه هنا نفع للصغير، ويشهد له صحة قبول الصغير بنفسه إذا كان مميزاً، ولو كان الأب حاضراً وأيضاً قد وجدت دلالة تفويض الأب أمور الصبي إلى من يعوله كما يأتي في الزوجة الصغيرة بعد الزفاف فليكن العمل على هذا القول، ولاسيما وقد صحح بلفظ الفتوى، وهو أكد ألفاظ التصحيح، وظاهر كلام الشارح اختياره حيث نقل تصحيحه عن البرجندي مستدركاً على ظاهر عبارة المصنف، فتأمل عند الفتوى. وإنما أكثرت من النقل؛ لأنه واقعة الفتوى، وبعض هذه النقول نقلتها من خط منلا علي التركماني واعتمدت في عزوها عليه، فإنه ثقة ثبت رحمه الله تعالى. كذا بخط سيدي الوالد رحمه الله تعالى: (قوله لكن متنه يحتمله) أي الجواز أي كون الأم والأجنبي لهم القبض مع وجود الأب يفيد المدعي الذي هو القبض مع خصوص الحضور، لأن الحضور فرد من أفراد الوجود. قوله: (بوصل ولو) أي بسبب وصل قول المصنف «ولو مع وجود أبيه». قوله: (بأمه والأجنبي) الجار متعلق بوصل: يعني يحتمله إذا وصل قول المتن ولو مع وجود أبيه بقوله وأمه وأجنبي اه: أي وبقبضه، ولو مع وجود أبيه، لكنه خلاف ظاهر المتن وخلاف ما أوضحه المصنف في شرحه بأن وصله إنما هو بقبضه فقط منقطع عن قوله «وأمه وأجنبي». قوله: (أيضاً) أي كما وصل بقوله ولو مميزاً. قوله: (وصح رده) أي رد الصبي وانظر حكم رد الولي، والظاهر أنه لا يصح حتى لو قبل الصبي بعد رد وليه صح، وهل يكره ذلك لأنه لا مصلحة فيه؟ الظاهر نعم ط. قوله: (لها) أي للهبة. قوله: (كقبوله) أقول: وكذا قبول العبد المحجور صحيح كما في رمز المقدسي حيث قال فيه: وهب لعبد محجور ونحوه، فالقبول والقبض له لأن ذلك نافع للمولى والعبد مالك مثله كالاختطاب والمملك للمولى، وكذا المكاتب، لكنه لا يملكه المولى اه.

قلت: ولم يذكر الرد والظاهر أن له الرد، وأطلق صحة القبول منه فشمّل ما إذا كان الأب حياً أو ميتاً كما في الخلاصة.

وفي المبسوط: وهب للصغير شيئاً ليس له أن يرجع فيه وليس للأب التفويض اه. وفي الخانية: ويبيع القاضي ما وهب للصغير حتى لا يرجع الواهب في هبته اه. وهو مخالف لما تقدم عن المبسوط، ويأتي في كلام الشارح عن الخانية، وكذا في باب الرجوع في الهبة مع التكلم على ذلك، وقيد بالهبة، لأن المديون لو دفع ما عليه للصبي، ومستأجره لو دفع الأجرة إليه لا يصح، وأفاد أنه لا تصح الهبة للصغير الذي لا يعقل ولا تتم بقبضه. وأشار بإطلاقه إلى أن الموهوب له لو كان مديوناً للصغير تصح الهبة ويسقط الدين

سراجية. وفيها: حسنات الصبي له ولأبويه أجر التعليم ونحوه، ويباح لوالديه أن يأكلا من مأكول وهب له، وقيل لا انتهى. فأفاد أن غير المأكول لا يباح لهما إلا حاجة.

وضعوا هدايا الختان بين يدي الصبي، فما يصلح له كشياب الصبيان، فالهداية له وإلا فإن المهدي من أقرباء الأب أو معارفه فلأب

كما في الخانية. قوله: (حسنات الصبي له) أي فيشاب عليها وترفع درجاته إذ لا ذنوب عليه حتى تكفر بها وهذا هو المعتمد وقيل لوالديه، وعليه فهل يتساويان أو للأُم الثلثان منه؟ قيل وقيل. قوله: (ولأبويه) عبر بعضهم بوليّه، وهو أعم. قال الأسروشنى في جامع أحكام الصغار: حسنات الصبي قبل أن يجري عليه قلم له لقوله تعالى: ﴿وَأَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى﴾ [النجم: ٣٩] وهذا قول عامة المشايخ وقال بعضهم: ينتفع المرء بعلم ولده بعد مدته، لما روي عن أنس بن مالك أنه قال: من جملة ما ينتفع به المرء بعد موته أن يترك ولدًا علمه القرآن أو العلم، فيكون لوالده أجر ذلك من غير أن ينقص من أجر الولد شيء اهـ. ومثله في كتاب الكراهية للعلامي، ويؤيده قوله ﷺ: «إِذَا مَاتَ ابْنُ آدَمَ انْفَطَعَ عَمَلُهُ إِلَّا مِنْ ثَلَاثٍ: صَدَقَةٌ جَارِيَةٌ، أَوْ عِلْمٌ يُنْتَفَعُ بِهِ، أَوْ وَلَدٌ صَالِحٌ يَدْعُو لَهُ»^(١) اهـ. قوله: (أجر التعليم) أي إن علماه بزاية. قوله: (ونحوه) كالإرشاد والتسبب للوجود والبقاء، كذا في المنح. قوله: (ويباح لوالديه) التقييد بهما مخرج غيرهما. قوله: (من مأكول وهب له) لأن الإهداء إليهما وذكر الصبي لاستصغار الهدية هندية. قال في التاترخانية: روي عن محمد نصاً أنه يباح. وفي الذخيرة وأكثر مشايخ بخارى على أنه لا يباح. وفي فتاوي سمرقند: إذا أهدى الفواكه للصغير يحمل للأبوين الأكل منها إذا أريد بذلك الأبوان، لكن أهدى للصغير استصغاراً للهدية اهـ.

قلت: وبه يحصل التوفيق ويظهر ذلك بالقرائن، وعليه فلا فرق بين المأكول وغيره بل غيره أظهر، فتأمل. قوله: (وقيل لا) قاله أكثر أئمة بخارى. قوله: (فأفاد) أصله لصاحب البحر وتبعه المصنف في منحه. قوله: (إلا لحاجة) تنفقر الوالدين وذلك على وجهين، أما إن كان في المصر واحتاج لفقره أكل بغير شيء، وإن كان في المفازة واحتاج إليه لانعدام الطعام معه أكل بالقيمة كما في التاترخانية. وذكره الحموي عن الخانية. قوله: (فما يصلح له) كشياب الصبيان وكشيء يستعمله الصبيان مثل الصولجان والكرة فالهدية له، لأن هذا تمليك للصبي عادة. هندية. قوله: (فالهدية له) الأولى أن يقول: فهو له. قوله: (وإلا) بأن كانت الهدية لا تصلح للصبي عادة كالدرهم والدنانير هندية، وكالحيون ومتاع البيت ينظر إلى المهدي الخ منح؟.

أو من معارف الأم فللأم قال هذا للصبي أولاً، ولو قال أهديت للأب أو للأم فالقول له، وكذا زفاف البنت. خلاصة. وفيها اتخذ لولده

تنبيه: في الفتاوى الخيرية: سئل فيما اعتاده الناس في الأفراح والأعراس والرجوع من الحج من إعطاء الثياب والدراهم، وينتظرون بدله عندما يقع لهم مثل ذلك ما حكمه؟.

أجاب: إن كان العرف شائعاً فيما بينهم أنهم يعطون ذلك ليأخذوا بدله كان حكمه حكم القرض فاسده كفاسده وصحيحه كصحيحه، إذ المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، فيطالب به ويجبس عليه، وإن كان العرف خلاف ذلك بأن كانوا يدفعونه على وجه الهبة، ولا ينظرون في ذلك إلى إعطاء البدل فحكمه حكم الهبة في سائر أحكامه، فلا رجوع فيه بعد الهلاك أو الاستهلاك، والأصل فيه أن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً اهـ.

قلت: والعرف في بلادنا مشترك نعم في بعض القرى يعدونه كالقرض، حتى أنهم في كل وليمة يحضرون الخطيب يكتب لهم جميع ما يهدى، فإذا فعل المهدي وليمة يراجع المهدي إليه دفتر الخطيب فيهدي الأول للثاني مثل ما أهدى إليه. قوله: (أو من معارف الأم) الأولى زيادة أقاربها كما في الأب وبه صرح في البزازية. قوله: (فللأم) لأن التملك هنا من الأم عرفاً وهناك من الأب، فكان التعويل على العرف، حتى لو وجد سبب أو وجه يستدل به على غير ما قلنا يعتمد على ذلك. هندية. فلو كان من معارف كل منهما أو أقاربه، هل يقسم بينهما؟ يراجع. قوله: (قال هذا للصبي أولاً) أي لا عبرة بهذا العقول لأنهم اعتادوا إرادة برّ الوالدين والتستر بمثل هذه العبارة تعظيماً لقدر الأبوين، وهذا إذا لم يمكن استطلاع الحقيقة؛ أما لو أمكن الاستخبار من المعطي فالعبرة لما يبينه كما قال الشارح. ولو قال أهديت الخ، قال في الهندية عن الظهيرية: وهذا كله إذا لم يقل المهدي شيئاً وتعذر الرجوع إلى قوله، أما إذا قال أهديت إلى الأب أو الأم أو الزوج أو المرأة فالقول للمهدي اهـ.

أقول: ولا ينافي هذا قوله هذا الصبي أولاً، لما سمعته من أنه لا عبرة بهذا القول لأنهم اعتادوا برّ الوالدين والتستر الخ. أما هنا فأراد إظهار حقيقة الحال فيعتبر قوله لأنه هو المملك وهو أدري لمن وهب، فافهم. قوله: (وكذا زفاف البنت) أي وكذلك إن اتخذ وليمة لزفاف ابنته، فأهدى الناس هدايا فهو على ما ذكرنا من التفصيل بأن كان من أقرباء الزوج أو المرأة أو قال المهدي أهديت للزوج أو المرأة كما في التاترخانية، والزفاف بكسر الزاي مصدر زفت المرأة أزفها زفاً وزفافاً اهـ. نوح أفندي. والمراد بالزفاف بعثها إلى بيته. قهستاني. قوله: (اتخذ لولده) أي الصغير، وأما الكبير فلا بد من التسليم كما قدمنا ومثله في جامع الفتاوى، وأما التلميذ فلو كبيراً فكذلك، ويملك الرجوع عن الهبة له لو

أو لتلميذه ثياباً ثم أراد دفعها لغيره، ليس له ذلك ما لم يبين وقت الاتخاذ أنها عارية. وفي المتبغى: ثياب البدن

أجنيباً مع الكراهة، ويمكن حمل قوله ليس له ذلك عليه، ونظير ذلك ما يأتي لو سيب دابته وقال هي لمن أخذها ليس له الرجوع. قوله: (أو لتلميذه) مسألة التلميذ مفروضة بعدما دفع الثياب إليه.

قال في الخانية: اتخذ شيئاً لتلميذه فأبق التلميذ بعدما دفع إليه، إن بين وقت الاتخاذ أنه إعارة يمكنه الدفع إلى غيره، فافهم. قوله: (ليس له ذلك) أي بعدما دفع الثياب إليه. قال في الهندية: اشترى ثوباً فقطعه لولده الصغير صار واهباً له بالقطع مسلماً إليه قبل الخياطة، ولو كان كبيراً لم يصير مسلماً إليه إلا بعد الخياطة والتسليم اهـ. قنية وهذا يفيد تفصيلاً بين الولد الصغير والكبير فالاتخاذ يكفي في الصغير بدون تسليم، لا في الكبير، فيحمل كلامه على الصغير. وفي البزازية: اتخذ لولده الصغير ثياباً يملكها، وكذا الكبير بالتسليم، وينظر الوجه في التلميذ، فإن ذلك في حقه هبة، وهي لا تتم إلا بالقبض ولم يحصل بمجرد الاتخاذ، إلا أن يحمل الاتخاذ في حقه على التسليم، فإنه إذا سلمه ثم هرب التلميذ فليس له أن يعطيها لغيره. وعبارة البزازية: وكذا لو اتخذ لتلميذه ثياباً فأبق التلميذ، فأراد أن يدفعها لغيره، وإن أراد الاحتياط يبين وقت الاتخاذ أنها عارية ليتمكن الدفع إلى غيره، فقوله إنها عارية يفيد التسليم، لأن العارية لا تتحقق إلا بالتسليم ط. قوله: (ما لم يبين النخ) قال في البحر: وإن أراد الاحتياط يبين أنها عارية حتى يمكنه أن يدفع إلى غيره اهـ.

وفي الحاوي الزاهدي برمز بم: دفع لولده الصغير قرصاً فأكل نصفه ثم أخذه منه ودفعه لآخر يضمن إذا كان دفعه لولده على وجه التملك، وإذا دفعه على وجه الإباحة لا يضمن قال عرف به أن مجرد الدفع من الأب إلى الصغير لا يكون تملكياً وأنه حسن اهـ. تأمل. قوله: (وفي المتبغى النخ) عبارته كما في البحر من صنع لولده ثياباً قبل أن يولد ليوضع عليها نحو الملحفة والوسادة، ثم ولدته امرأته ووضع عليها ثم مات الولد لا تكون الثياب ميراثاً ما لم يقر أن الثياب ملك الولد، بخلاف ثياب البدن فإنه يملكها إذا لبسها كمن قال إن فلاناً كان لابساً فهو إقرار له، بخلاف ما إذا كان قاعداً على هذا البساط، أو نائماً عليه لا يكون مقرراً له بذلك اهـ.

وفي الهندية: قال أبو القاسم ولو جهزت المرأة لولدها الذي في بطنها ثياباً، فولدت فإن وضع الولد على الثياب فالثياب ميراث. قال الفقيه: وعندي أن الثياب لها ما لم تقر المرأة أنها جعلته ملكاً للغير، ألا ترى أنه لو كان الصبي مقدار عشر سنين أو نحو ذلك فبسطت له كل ليلة فراشاً وبسطت عليه ملحفة أو لحفاً لم يصير للولد ما لم تقل هذا لك

يملكها بلبسها، بخلاف نحو ملحفة ووسادة. وفي الخانية: لا بأس بتفضيل بعض الأولاد في المحبة لأنها عمل القلب، وكذا في العطايا إذا لم يقصد به الإضرار، وإن قصده يسوي بينهم، يعطي البنت كالابن عند الثاني، وعليه الفتوى. ولو وهب في

كذلك هنا، وليس هذا بمنزلة ثياب البدن اه: أي فإنها تصبح ميراثاً عنه إذا لبسها للعرف بالتمليك منه، ويفرق بينهما وبين مسألة الاتخاذ بأن هذه فيمن سيولد، ومسألة الاتخاذ فيمن ولد ط. قوله: (يملكها بلبسها) هذا إذا كانت مهياًة عند الأب ودفعها لولده، أما لو قطعها لتخاط له فإن الولد يملكها بمجرد القطع، لكن يشكل على ذلك ما قدمناه عن الحاوي الزاهدي. قوله: (بخلاف نحو ملحفة ووسادة) لأن العرف أن الثياب تملك للولد بخلاف أثاث المنزل فإنه باق على ملك الأب أو الأم وإن انتفع به الأولاد.

أقول: والعرف في ديارنا أن أهل الأم يهثون للولد السرير وفرشه ولبس الولد، فإذا ولد ألبسوه الثياب ووضعوه في السرير المقروش، وهذا لا شك في كونه للولد كما عليه العادة في بكرها فيورث ذلك عنه إذا مات. قوله: (لأنها عمل القلب) وذلك غير مقدور له يدل عليه حديث القسم «اللَّهُمَّ هَذَا قَسْمِي فِيمَا أَمْلِكُ فَلَا تُؤَاخِذْنِي فِيمَا تَمْلِكُ وَلَا أَمْلِكُ» والمراد بما لا يملك المحبة. قوله: (وكذا في العطايا) ويكره ذلك عند تساويهم في الدرجة كما في المنح والهنديّة. أما عند عدم التساوي كما إذا كان أحدهم مشتغلاً بالعلم لا بالكسب، لا بأس أن يفضل على غيره كما في الملتقط: أي ولا يكره.

وفي المنح: روي عن الإمام أنه لا بأس به إذا كان التفضيل لزيادة فضل له في الدين.

وفي خزانة المفتين: إن كان في ولده فاسق لا ينبغي أن يعطيه أكثر من قوته كيلا يصير معيّن له في المعصية اه.

وفي الخلاصة: ولو كان ولده فاسقاً فأراد أن يصرف ماله إلى وجوه الخير ويحرمه عن الميراث هذا خير من تركه اه: أي للولد، وعلله في البزازية بالعلة المذكورة. قوله: (إذا لم يقصد به الإضرار) أي فلا بأس بالتفضيل، ومع قصده لا بأس بالمساواة ولا تجوز الزيادة. رملي. قوله: (وإن قصده) مصدر قصد، وعبارة المنح: وإن قصد به الإضرار، وهكذا رأيت في الخانية. قوله: (وعليه الفتوى) أي على قول أبي يوسف من أن التنصيف بين الذكر والأنثى أفضل من التثليل الذي هو قول محمد. رملي.

قال في البزازية: الأفضل في هبة البنت والابن التثليل كالميراث، وعند الثاني التنصيف، وهو المختار، ولو وهب جميع ماله من ابنه جاز قضاء وهو آثم، نص عليه محمد اه. فأنت ترى نص البزازية خالياً عن قصد الإضرار.

صحته كل المال للولد جاز وأثم. وفيها: لا يجوز أن يهب شيئاً من مال طفله ولو بعوض لأنها تبرع ابتداء. وفيها: ويبيع القاضي ما وهب للصغير حتى لا يرجع الواهب في هبته، (ولو قبض زوج الصغيرة) أما البالغة فالقبض لها (بعد الزفاف ما وهب لها صح) قبضه ولو بحضرة الأب الصحيح لنيابته عنه

وقال في الخانية: ولو وهب رجل شيئاً لأولاده في الصحة وأراد تفضيل البعض على البعض، في ذلك لا رواية لهذا في الأصل عن أصحابنا، وروي عن الإمام أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه لا بأس به إذا كان التفضيل له لزيادة فضل في الدين، وإن كانا سواء يكره. وروى المعلى عن أبي يوسف أنه لا بأس به إذا لم يقصد به الإضرار، وإن قصد به الإضرار سوى بينهم، يعطي الابنة مثل ما يعطي الابن. وقال محمد رحمه الله: يعطى للذكر ضعف ما يعطى للأنثى. والفتوى على قول أبي يوسف. قوله: (كل المال للولد) أي وقصد حرمان بقية الورثة كما يتفق ذلك فيمن ترك بنتاً وخاف مشاركة العاصب. قوله: (جاز) أي صح لا ينقص. وفي بعض المذاهب: يردّ عليه قصده ويجعل متروكة ميراثاً لكل الورثة ط. قوله: (ولو بعوض) أي ولو كانت الهبة بعوض جاء للصبي قبل أو يحصل بعد، وظاهره ولو العوض أكثر، وأجازها محمد بعوض مساوٍ كما يذكر آخر الباب الآتي. قوله: (ويبيع القاضي إلخ) لأنه من المصلحة للصبي، وهذا مخالف لما في المبسوط. ونصه: وهب للصغير شيئاً ليس له أن يرجع فيه وليس للأب التعويض اهـ.

وفي المنية: وهب للصغير فعوض الأول من مال الابن لا يجوز. وإذا لم يجوز لم يجوز للواهب أن يرجع؟ وفيها عن السراجية: وهب للصغير لا يملك الرجوع، وقيل: هذا إذا نوى الصدقة اهـ.

أقول: لكن في البرازية: وهب للصغير فعوض أبوه من ماله لا يجوز، وإن عوض فللواهب الرجوع لبطلان التعويض اهـ. وقوله من ماله: أي مال الصغير، فلو من مال الأب صح لما سيأتي في الباب الآتي من صحة التعويض من الأجنبي، وعليه فيتعين حمل عدم الرجوع فيما إذا عوض الأب أو الأجنبي من مالهما أو كان نوى الواهب عند الإعطاء الصدقة. فتأمل.

قال ط: وانظر ما حكمه، وإن نظرنا إلى ما عللنا به كان واجباً إن تيقن الرجوع وكان الأب ونحوه في حكم القاضي، ويجزر. قوله: (ولو قبض زوج الصغيرة) سواء كانت ممن يجامع مثلها أو لا في الصحيح. بحر.. قوله: (فالقبض لها) لا لزوجها ولا لأبيها. بحر. قوله: (ما وهب لها) احترز به عن ديون لها فلا يملك قبضها مطلقاً. بحر. قوله: (لنيابته عنه) لأنه فوض أمورها إليه دلالة. قال الشمني: لأنه حيثئذ له عليها ولاية لكونه يعولها.

فصح قبض الأب كقبضها مميزة (وقبله) أي الزفاف (لا) يصح لعدم الولاية .
 (وهب اثنان داراً لواحد صح) لعدم الشيوع (وبقلبه) لكبيرين (لا) عنده

وفي الذخيرة: شرط بعض أصحابنا أن تكون يجمع مثلها. والصحيح أنه إذا كان يعولها يصح قبضه لها، سواء كان يجمع مثلها أو لا، لأنها لما زفت إليه أقام الأب الزوج مقام نفسه في حفظها وحفظ مالها وقبض الهبة من باب الحفظ اهـ. قوله: (فصح قبض الأب كقبضها مميزة) تفريع على العلة، لأن النائب إذا كان يملك قبض ذلك فالأصيل أولى، وقيد به لأن الأم وكل من يعولها لا يملكون القبض إلا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة، لأن تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الأب، ولا ضرورة مع الحضور. منح. وقدم المؤلف أن الصحيح جواز قبض من يعول الصغير، ولو مع وجود الأب ط. لكن قدمنا عن الهداية والجوهرة: تصحيح عدم جواز قبض من يعوله مع عدم غيبة الأب، وبه جزم في البدائع، وأن قاضيخان وغيره صححوا الجواز، كما لو قبض الزوج والأب حاضر، وأن الفتوى عليه لاسيما وفيه نفع للصغير.

والحاصل: أنه اختلف التصحيح في هذه المسألة كما سمعت، لكن لا يعدل عن تصحيح قاضيخان كما قرروا لأنه فقيه النفس. قوله: (لعدم الولاية) أي الاستيلاء عليها بالفعل، لأن ولايته عليها إنما تكون بالدخول، لأن به تصير هي وما في يدها في تصرفه عادة، وإن لم يكن له عليها ولاية شرعية فإنه لا يتصرف في مالها، وإنما يقبض هبتها بعد الدخول نيابة عن الأب. وقول الزيلعي لأنه يعولها: أي يدخلها في عياله بالفعل. وتكون تحت تصرفه هو معنى ما يفهم من قول الشارح هنا لعدم الولاية: أي قبل الزفاف فافهم أن له الولاية بعده.

قال في الهندية: ولو كانت الصغيرة في عيال الجد أو الأخ أو الأم أو العم فوهب لها هبة فقبض الزوج جاز. كذا في التاترخانية، فإن أدركت لم يجر قبض الأب ولا الزوج عليها إلا بإذنها. كذا في الجوهرة.

صغيرة في عيال أجنبي عالها برضا أبيها والأب غائب فقبض الأجنبي لها صحيح دون قبض الأخ. كذا في السراجية، ولو كان الصغير في عيال الجد أو الأخ أو الأم أو العم فوهب له هبة فقبض الهبة من كان الصغير في عياله والأب حاضر، اختلف المشايخ فيه، والصحيح الجواز. هكذا في فتاوى قاضيخان؛ وبه يفتى، هكذا في الفتاوى الصغرى اهـ. قوله: (وهب اثنان داراً) والمراد بها ما يقسم. قوله: (لعدم الشيوع) لأنها سلماه جملة وهو قد قبضها جملة فلا شيوع. بحر. وفيه إشعار بأن هبة الاثنين للاثنين لا تجوز كما يأتي. قوله: (وبقلبه) وهو هبة واحد من اثنين. قوله: (لكبيرين) أي غير فقيرين وإلا كانت صدقة فتصح كما يأتي. قوله: (لا عنده للشيوع) هذا إذا لم يبين نصيب كل واحد

للسيوع فيما يحتمل القسمة، أما ما لا يحتملها كالبيت فيصح اتفاقاً. قيدنا بكبيرين

منهما. أما إذا بين بأن قال لهذا ثلاثا ولهذا ثلاثا، أو لهذا نصفها ولهذا نصفها لا يجوز عندهما وإن قبضه. وقال محمد: يجوز إن قبضه. بحر. نظراً إلى أنه عقد واحد فلا سيوع كما إذا رهن من رجلين اه. داماد. وقوله للسيع: أي لأنه هبة النصف من كل واحد منهما بدليل أنه لو قبل أحدهما فيما يقسم صحت في حصته دون الآخر فعلم أنهما عقدان. قوله: (كالبيت) أي الصغير الذي لا يمكن أن يصير بيتين. قوله: (قيدنا بكبيرين) الأولى عدم ذكر هذا القيد، لأنه لا فرق بين الكبيرين والصغيرين والكبير والصغير عند أبي حنيفة، وقد تبع الشارح والمصنف البحر في عبارته، وظاهرهما أنهما لو كانا صغيرين في عياله جاز عندهما، وفي البزازية ما يدل عليه. ولكن هذا كله على قولهما لا على قوله كما صرح به في الخانية، فراجع إن شئت. وأصل الوهم أن صاحب المنتقى ذكر الحكم في مسألة الاثنين الصغير والكبير، غير مضاف إلى أحد فتوهم أنه قول الكل، ولو كان كذلك لبطل إطلاق المتون في قوله لا عكسه. تأمل اه.

أقول: نص عبارة الخانية هكذا: ولو وهب داراً لابنين له أحدهما صغير في عياله كانت الهبة فاسدة عند الكل، بخلاف ما لو وهب من كبيرين وسلم إليهما جملة، فإن الهبة جائزة عند أبي يوسف ومحمد، لأن في الكبيرين لم يوجد الشيع لا وقت العقد، ولا وقت القبض. وأما إذا كان أحدهما صغيراً فكما وهب يصير الأب قابضاً حصة الصغير، فيتمكن الشيع وقت القبض اه. وأنت خير بأن إظهار الفرق بين المسألتين مبني على قول الصحابين القائلين بجوازها للكبيرين مع موافقتهم الإمام، بعدم جوازها لكبير وصغير، بدليل قوله كانت الهبة فاسدة عند الكل، فليست مسألة الكبير والصغير مبنية على قولهما فقط فما فهمه صاحب البحر من عبارة صاحب المنتقى أنها قول الكل صحيح لا وهم فيه، وعبارة المتون لا تنافيه كما لا يخفى على نبيه. نعم إذا قلنا إذا كان الولدان صغيرين تجوز الهبة يكون مخالفاً لإطلاق المتون عدم جواز هبة واحد من اثنين، ولكن إذا تأمل الفقيه في علة عدم الجواز على قول الإمام وهي تحقق الشيع، يجزم بتقييد كلام المتون بغير ما إذا كانا صغيرين، لأن الأب إذا وهب منهما تحقق القبض منه لهما بمجرد العقد، بخلاف ما إذا كان أحدهما كبيراً فإن قبض الكبير يتأخر عن العقد فيتحقق الشيع عند قبضه كما مر عن الخانية، وعبارة البزازية أوضح في إفادة المراد حيث قال: لأن هبة الصغير منعقدة حال مباشرة الهبة لقيام قبض الأب مقام قبضه، وهبة الكبير محتاجة إلى قبول فسبقت هبة الصغير، فتمكن الشيع، والحيلة أن يسلم الدار إلى الكبير ويهبها منهما اه: أي فإذا سلمها إلى الكبير أولاً ثم وهبها منهما تحقق القبضان معاً وقت العقد، فلم يتمكن الشيع، ومقتضاه أنه لو سلمها للكبيرين ثم وهبها منهما تصح فليراجع. فظهر

لأنه لو وهب لكبير وصغير في عيال الكبير أو لابنيه صغير وكبير، لم يجوز اتفاقاً.

أن الأولى عدم هذا القيد لأنه لا يفيد إلا الإشارة إلى خلافهما، فكان الأولى أن لا يذكره لأنه لا فرق بين الكبيرين والصغيرين والكبير والصغير. ويقول أطلق الاثنين، فأفاد أنه لا فرق بين أن يكونا كبيرين أو صغيرين أو أحدهما كبيراً والآخر صغيراً، وفي الأولين خلافهما. تأمل.

قال في الهندية: وكل ما يتخلص به من الحرام أو يتصل به إلى الحلال من الحيل فهو حسن اهـ. قوله: (وصغير في عيال الكبير) صوابه في عيال الواهب كما يدل عليه كلام البحر وغيره. والذي في البحر والمنح والصغير في عياله، وعللاها تبعاً للمحيط بأنه حين صار قابضاً حصة الصغير، فبقي النصف الآخر شائعاً اهـ. وهذا يدل على أن الضمير في عياله يرجع إلى الواهب، خلافاً لما تفيدته عبارة المؤلف، وهذه العلة تقال في المسألة المذكورة بعد. قوله: (لم يجوز اتفاقاً) لتفرق القبض؛ لأن الصغير تتم هبته بقول أبيه: وهبته وينوب قبضه عن قبض الصغير، فبقي نصيب الكبير شائعاً فلا يصح، وإذا لم تصح الهبة للكبير لم تصح للصغير أيضاً لأنها لو صححت لكانت هبة مشاع، وبهذا تبين أن هبة الأب لابنه يشترط فيها الإفراز، وإلا لصححت الهبة للصغير، وأفاد أنها للصغيرين تصح لعدم المرجح لسبق قبض أحدهما، وحيث اتحد وليهما فلا شيوخ في قبضه، ويؤيده قول الخانية: داري هذه لولدي الأصغر يكون باطلاً؛ لأنها هبة فإذا لم يبين الأولاد كان باطلاً اهـ. فأفاد أنه لو بين صح، ولا يرد على ما مر قوله. عن الخزانة. ولو تصدق بدراوه على ولدين له صغيرين لم يجوز؛ لأنه مخالف لما في المتون والشروح من قولهم إن الهبة لمن له عليه ولاية تتم بالعقد. سائحاني بزيادة.

وفي التاترخانية عن التتمة: سئل عمر النسفي عن أمر أولاده أن يقتسموا أرضه التي في ناحية كذا بينهم، وأراد به التملك فافتسموها، وتراضوا على ذلك، هل يثبت لهم الملك، أم يحتاج إلى أن يقول لهم الأب ملكتكم هذه الأراضي أو يقول لكل واحد منهم ملكتكم هذا النصيب المفرز؟ فقال: لا، وسئل عنها الحسن فقال: لا يثبت لهم الملك إلا بالقسمة.

وفي تجنيس الناصري: ولو وهب داراً لابنه الصغير ثم اشترى بها أخرى فالثانية لابنه الصغير، خلافاً لزفر. ولو دفع إلى ابنه مالا، فتصرف فيه الابن يكون للابن إذا دلت دلالة على التملك اهـ.

وفيها وسئل الفقيه: عن امرأة وهبت مهرها الذي لها على الزوج لابن صغير له وقبل الأب، قال: أنا في هذه المسألة واقف، فيحتمل الجواز كمن كان له عبد عند رجل ودبعة فأبق العبد ووهبه مولاه من المودع فإنه يجوز.

وقيدنا بالهبة لجواز الرهن والإجارة من اثنين اتفاقاً (وإذا تصدق بعشرة) دراهم (أو وهبها لفقيرين صح) لأن الهبة للفقير صدقة، والصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد فلا شيوخ، (لا لغنيين) لأن الصدقة على الغني هبة فلا تصح للشيوخ:

وسئل مرة أخرى عن هذه المسألة فقال: لا يجوز. وقال الفقيه أبو الليث: وبه نأخذ. وفي العتابية: وهو المختار ا هـ. قوله: (لجواز الرهن) إنما جاز الرهن منهما لأن حكمه الحبس الدائم وقد ثبت لكل واحد منهما كلاً فلا شيوخ فيه؛ ألا ترى أنه لو قضى دين أحدهما بقي كله في يد الآخر ا هـ. زيلعي. قوله: (والإجارة من اثنين اتفاقاً) بأن قال أجزت الدار منكما جاز بالاتفاق، ولو فصل بقوله نصف منك أو نحوه كثلث أو ربع يجب أن يكون عند أبي حنيفة على اختلاف مر فيما إذا كان كله بينهما، وأجر أحدهما النصف من أجنبي أنه يجوز في رواية لا في رواية، إلى أن قال: وأنت على علم من إطلاق المتون قاطبة فساد إجارة المشاع إلا من الشريك، وإطلاق بعضهم صحتها من اثنين محمول على حالة الإجمال. حامدية ملخصاً. ومثله في الخيرية ويأتي في الإجارة. قوله: (وإذا تصدق الخ) هذه عبارة الجامع الصغير. قوله: (يراد بها وجه الله تعالى) والفقير نائبه. زيلعي. قوله: (وهو) أي الله سبحانه وتعالى جلت عظمته. قوله: (واحد) أي لا ثاني له في ذاته ولا في صفاته، ولا في أفعاله بل هو أحد فرد صمد. قوله: (فلا شيوخ) أشار بنفي الشيوخ في هذه الصورة إلى أن الشيوخ إذا تحقق في الصدقة يفسدها؛ لأنها كالهبة في ذلك كما سيأتي أواخر الباب الآتي، فإذا تصدق ببعض ما يحتمل القسمة على فقير واحد، لم يصح لتحقق الشيوخ، بخلاف التصدق ب كله على فقيرين لما علمته من عدم الشيوخ.

قال في المضمرة: ولو قال وهبت منكما هذه الدار والموهوب لهما فقير إن صحت الهبة بالإجماع. تاترخانية لكن قال بعده: وفي الأصل هبة الدار من رجلين لا تجوز، وكذا في الصدقة على غنيين، والأظهر أن في المسألة روايتين ا هـ.

قال في البحر: وصحح في الهداية ما ذكره المصنف في الفرق وهو رواية الجامع الصغير، وقد علم بما قدمناه أن المراد من نفي الصحة هنا نفي الملك، فلو قسمها وسلمها صحت وملكاها كما لا يخفى، والله تعالى أعلم ا هـ. وفي الجوهرة: هذا هو الصحيح: يعني خلافاً لهما في تجويزهما الهبة والصدقة للغنيين أيضاً. قوله: (لا لغنيين) أي لا تجوز الصدقة بعشرة دراهم أو هبتها لغنيين وهذا قوله، وقالوا: تجوز، وفي الأصل أن الهبة لا تجوز، وكذا الصدقة عنده ففي الصدقة عنه روايتان. خانية. قوله: (هبة) قال في البحر والصدقة على الغني مجاز عن الهبة كالهبة من الفقير مجاز عن الصدقة؛ لأن بينهما اتصالاً معنوياً، وهو أن كل واحد منهما تمليك بغير بدل، فيجوز استعارة أحدهما للآخر فالهبة للفقير لا تجوز الرجوع، والصدقة على الغني تجوز الرجوع. قوله: (للشيوخ) لأن

أي لا تملك حتى لو قسمها وسلمها صح.

فروع: وهب لرجلين درهماً: إن صحيحاً صح، وإن مغشوشاً لا لأنه مما يقسم لكونه في حكم العروض. معه درهمان فقال لرجل: وهبت لك أحدهما أو نصفهما: إن استويا لم يجز، وإن اختلفا جاز؛ لأنه شاع لا يقسم،

الهبة لهما يرادان بها وهما اثنان فحصل الشيوخ. قوله: (أي لا تملك) فالمراد من نفي الصحة نفي الملك على هذا الوجه. أفاده في البحر. وقد علمت أنهما قولان:

الأول: أنها صحيحة، ولا تفيد الملك قبل القسمة.

والثاني: أنها فاسدة وهو المفتى به، وقدم أن المفتى به أن الفاسدة تملك بالقبض، فهو مبني على ما قدمنا ترجيحه، فكيف يفسر أحد القولين بالآخر؟ فتأمل.

قال في البحر: عند قوله: والصدقة كالهبة لا تصح غير مقبوضة ولا في مشاع

يقسم.

فإن قلت: قدم أن الصدقة لفقيرين جائزة فيما يجتمع القسمة بقوله: وصت تصدق

عشرة لفقيرين.

قلت: المراد هنا من المشاع أن يهب بعضه لواحد فقط فحيث هو مشاع يجتمع القسمة بخلاف الفقيرين فإنه لا شيوخ كما تقدم اه. قوله: (درهماً) قال في الهندية: ولو وهب درهماً صحيحاً من رجلين، اختلفوا فيه، والصحيح أنه يجوز، والدينار الصحيح قالوا: ينبغي أن يكون بمنزلة الدرهم الصحيح. كذا في قاضيهان. قوله: (إن صحيحاً صح) لأنه هبة مشاع لا يقسم. قوله: (لكونه في حكم العروض) هذا إذا لم تكن أثماناً رائجة أما إذا كانت كذلك فليست في حكم العروض. تأمل قوله: (إن استويا) أي وزناً وجودة. خانية. قوله: (لم يجز) لأنها إذا استويا وزناً وجودة تكون هبة المشاع فيما يجتمع القسمة، لأنه لا يجبر على القسمة. منح. قوله: (وإن اختلفا) بأن كان أحدهما أثقل أو أجود. هندية. وظاهره أن هذا التفصيل يجري فيما لو قال له وهبت لك أحدهما، وجعله في الهندية وعزاه إلى الخانية قاصراً على ما إذا قال نصفهما لك، أما إذا قال أحدهما لك هبة لم يجز، سواء كانا سواء أو مختلفين اه. ولعله لأنها إذا كانا سواء كانا مما يجتمع القسمة، وإن كانا مختلفين فللجهالة.

والحاصل: أن الهبة في الأولين تناولت أحدهما، أما في قوله أحدهما فظاهر، وأما في قوله نصفهما، لأنه تجري فيه القسمة جبراً باتحاد الجنس فكان له أحدهما، وهو مجهول، فلا يجوز، وفي الثاني تناولت قدر درهم منهما، وهو مشاع لا يجتمع القسمة فيجوز، وأن كلام الشارح بقوله وإن اختلفا جاز مخالف لما في الخانية كما علمت، فإنه

ولذا لو وهب ثلثهما جاز مطلقاً.

تجوز هبة حائظ بين داره ودار جاره وداره ودار جاره وهبة البيت من الدار فهذا يدل على كون سقف الواهب على الحائظ واختلاط البيت بحيطان الدار لا يمنع صحة الهبة. مجتبي.

ذكر هذا التفصيل فيما إذا قال نصفهما ثم قال: وإن قال أحدهما لك هبة لم يميز سواء كانا سواء أو مختلفين.

قال في منية المفتي: دفع ثوبين إلى رجلين فقال أيهما شئت فهو لك والآخر لفلان، فإن بين الذي له قبل أن يفترقا جاز، وإلا فلا. قوله: (ولذا) أي لكونه مشاعاً لا يقسم. قوله: (جاز) هذا يفيد أن المراد بقوله سابقاً أو نصفهما واحد منهما لا نصف كل، وإلا فلا فرق بينه وبين الثلث في الشروع، بخلاف حمله على أن المراد أحدهما فإنه مجهول فلا يصح. قوله: (مطلقاً) أي مستويين أو مختلفين. منح. قوله: (يدل الخ) هذه الدلالة غير ظاهرة، إذ لا يلزم من كون الحائظ بين الدارين كون سقف الواهب عليه، ولا كون البيت من الدار اختلاطه بحيطان الدار تأمل.

قال ط: فهذا يدل: أي من حيث الإطلاق، وإلا فلا صراحة في كلامه بذلك. وفي الهندية عن جواهر الأخطاي: إذا وهب نصيباً له في حائظ أو طريق أو حمام وسمى وسلطه على القبض فهي جائزة، كما لو وهب بيتاً له لآخر مع جميع حدوده وحقوقه مقسوماً مفروغاً فقبضه الموهوب له بإذن الواهب لكن ممر البيت مشترك بينه وبين آخر جاز اهـ.

وفي الذخيرة: هبة البناء دون الأرض جائزة. وفي الفتاوى عن محمد: فيمن وهب لرجل نخلة وهي قائمة لا يكون قابضاً لها حتى يقطعها ويسلمها إليه، وفي الشراء إذا خلى بينه وبينها صار قابضاً لها كما في متفرقات التارخانية، وقدمنا نحوه عن حاشية الفصولين للرملي، وسيأتي تمامه قريباً. قوله: (لا يمنع صحة الهبة) المراد لا يمنع تملكها إذا قبضها كذلك ط.

قال سيدي الوالد في تنقيحه: في جواب سؤال حاصله: إذا وهبت امرأة من أولادها حصة من بناء طاحونة هل تصح أم لا؟

فأجاب: أما هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة، فهي صحيحة كما صرح به في المعتبرات، لكن في هذه المسألة وهبة البناء دون الأرض لا تصح إلا إذا سلطه الواهب على نقضه.

قال في الدرر: وكذا تجوز هبة البناء دون العرصة إذا أذن الواهب في نقضه وهبة أرض فيها زرع دونه: أي دون الزرع أو نخل فيها ثمر دونه: أي دون الثمر إذا أمره: