جامعة الكويت
كلية الشريعة والدراسات الإسلامية
قسم الفقه المقارن

انقضاء عقد الهبة بالإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

بحث مدعوم رقم HC : 011
من إدارة الأبحاث – جامعة الكويت
١٤١٩هـ – ١٩٩٩م

للدكتور
إسماعيل عبد النبي شاهين
الأستاذ بجامعتي الأزهر والكويت

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

الحمد لله رب العالمين ، ومنه نستمد العـــون واليقيـــن ، والصـــلاة والسلام على سيدنا محمد النبي القرشي الأمين الذي :

جاءت لدعوته الأشجار ساجدة : تمشي اليه على ســـاق بـــلا قـــدم فأرسله الله بتلك الدعوة رحمة مهداة للعالمين ، وخصه بكتابه المبيـــن ، صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه وأتباعه الذين خلفوه في نشر الشريعة الإسلامية وهداية الأمة ، فكانوا تماما لنوره ، ودعـــاة لهديـــه ، وهـــداة لأمته.

وبعد ،

فمن المسلم به أن الفقه الإسلامي يمثل ناحية هامة من النواحي التي انتظمتها رسالة الإسلام والذي يمثل الجانب العملي لهذه الرسالة السامية.

ومن المعروف أن التشريع الإسلامي قوامه : العبادات والمعـــاملات والأخلاق .

أما العبادات وقواعد الأخلاق : فإن تشريعها ديني محض لا يصـــدر إلا عن وحي الله تعالى لنبيه من كتاب أو سنة أو ما يقره الله عز وجـــل من اجتهاد نبيه ، ومن ثم فقد بينت المسائل المتعلقة بالعبادات والأخـــلاق على النحو السابق ، فكان أن ليس للاختلاف فيها مجال لأن الأصل الذي يرجع اليه عند التحاكم معلوما .

وعلى ضوء ما سلف بيانه سار الصحابة ومن خلفهم قرونا عديدة ، ولم يقع بينهم خلاف أو اختلاف إلا في مسائل معدودة كان مرجعه التفاوت في فهم النصوص أو أن بعضهم كان يعلم ما لا يعمله الآخر .

أما المعاملات : فكانت المجال الخصب لأعمال العقل والفكر والاجتهاد ، نظرا لكثرة الوقائع غير المتناهية التي تحدث وتستجد للعباد نتيجة لتطور الزمان والمكان .

وفي هذا المقام كان لفقهاء المسلمين ومفكريهم الفضل الأكبر والنصيب الأوفر والحظ الأوفى في الوصول بتراثنا الإسلامي إلى ما وصل إليه من دراسات دقيقة وبحوث شاملة أوضحت معالم هذا الفقه في جل جوانبه .

ومن المسلم به أن الإنسان يقف مبهورا أمام هذا البحر الزاخر الذي خلفه أسلافنا من العلوم والبحوث مستلهمين في ذلك السير على درب المنهج القويم لأصول الشريعة المجمع عليها وهي الكتاب والسنة والإجماع والقياس .

غير أنه قد أتى حين من الدهر كاد أن يغيب عنا فيه معظم جواهر هذه الذخيرة من جهد علمائنا السابقين نتيجة لكيد الحاقدين وغرض المغرضين الذين أعمتهم الحياة الدنيا بزخرفها الباطل ومباهجها الفاتنة ، إلا أن الله سبحانه وتعالى يأبى إلا أن يتم نوره ولو كره الكافرون ، مما حدا بعلماء المسلمين وفقهائهم أن يستأنفوا نشاطهم ويواصلوا جهد سلفهم في نشر التراث الإسلامي وتحقيق أصوله وتبيان فروعه فتنوعت الاختصاصات وطرق البحث في كل فرع من فروع الفقه الإسلامي .

ولما كنت تواقا إلى مواصلة جهد العلماء والباحثين في جزئية من جزئيات الفقه الإسلامي يتصل بالعقد : فقد اخترت لذلك موضوع بحثنا

هذا ألا وهو " انقضاء عقد الهبة بالإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي " .

ومن المسلم به أن العقد وأحكامه لهو أظهر موضع في كتب الفقه الإسلامي حيث يستغرق أكثر من نصف أبوابه تقريبا .

والعقد في الفقه الإسلامي منشئ للالتزام كالقوانين الوضعية تماما لأن العقد في الأول عبارة عن : ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ، فإذا ما قام العقد صحيحا بين طرفيه مستكملا أركان انعقاده فإن الطريق الطبيعي لإنهائه هو تنفيذ المتعاقدين لما ورد بمضمون العقد كما هو الشأن في القوانين الوضعية تماما ، غير أن هناك طرقا أخرى عديدة لإنهاء العقد في الفقه الإسلامي غير هذا الطريق الطبيعي ، وترجع هذه الطرق أصلا إلى طبيعة العقد من حيث لزومه وعدمه ، أو إلى اتفاق المتعاقدين أو إلى نص الشارع ومن هذه الطرق الامتناع عن الوفاء بالعقد لعدم تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزامه ، أو طلب إبطال العقد لعيب شاب إرادة عاقديه أو أحدهما أو فسخ العقد .. الخ .

غير أن أهم وسائل إنهاء الرابطة العقدية - من غير طريقها الطبيعي - هو إنهاء العقد بالإرادة المنفردة لأحد عاقديه نظرا لطبيعة العقد أو اتفاق المتعاقدين أو نص الشارع الحكيم .

والأمر عينه في القانون الوضعي : حيث لا تقف نظرية الالتزام فيه - بحق - عند حد ولا تنتهي إلى غاية ، ومن أجل ذلك فإنها ستظل عمدة القانون المدني إن لم تكن عمدة القانون الخاص بأسره ، بل لا نتجاوز الحقيقة إذا قلنا أنها عمدة القانون العام أيضا وذلك لأنها أساسية لكل علوم الاجتماع .

ولا عجب في ذلك فإن الناس يدخلون مع بعضهم البعض في معاملات لا حصر لها وواجب التقنين هو تنظيم هذه العلاقات بموجب نظرية الالتزام في المقام الأول وهو ما تنص عليه معظم القوانين المدنية المعاصرة .

ومصادر الالتزام في القانون المدني هي : العقد ، والإرادة المنفردة ، والعمل غير المشروع ، والإثراء بلا سبب ، والقانون .

فالعقد أهم مصادر الالتزام ، ولذلك أحاطه المقنن بضمانات وشكليات عديدة في مراحل تكوينه وتنفيذه وإنهائه .

ومن المسلم به في فقه القانون المدني أن العقد هو عبارة : عن توافق إرادتين على احداث أثر قانوني معين ، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام كما في البيع أم نقله كما في الحوالة ، أم تعديله كما في إضافة أجل جديد للالتزام ، أم إنهائه كما في الوفاء .

والطريق الطبيعي لانقضاء الالتزامات الناشئة عن العقد يكون بالوفاء أو بما يعادل الوفاء (الوفاء بمقابل والتجديد والإنابة ، والمقاصة ، واتحاد الذمة) أو - بالإبراء ، أو باستحالة التنفيذ ، أو بالتقادم المسقط.

فإن لم ينقض الالتزام الناشئ عن العقد بهذا الطريق الطبيعي : كان لزاما أن تكون ثمة سبل أخرى لإنهاء الرابطة العقدية ، كبطلان العقد وإبطاله وفسخ العقد وانفساخه ، وإلغاء العقد والرجوع فيه .

ومن ثم كانت الإرادة المنفردة هي إحدى سبل إنهاء عقد الهبة مع ما يترتب على ذلك من آثار بالنسبة لطرفي التعاقد والغير وهو طريق غير طبيعي لإنهاء هذا العقد كما ترى .

* **أهداف البحث وأهميته :**

يستهدف البحث معالجة كثير من القضايا الشائكة لعل أهمها :

١- إلقاء الضوء على إنهاء عقد الهبة والرجوع فيه بالإرادة المنفردة لأحد العاقدين دون تثريب عليها من أية قيود ، اللهم إلا في حدود الشروط والمعايير الواجب مراعاتها في هذا الإنهاء حتى لا يتحمل من ينهي العقد بتلك الوسيلة أي " ضمان " أو مسئولية .

٢- إلقاء الضوء على ماهية الرجوع وشروطه وخصائصه وآثاره حتى يمكن وضع نظرية متكاملة لهذا الطريق من طرق إنهاء الرابطة العقدية الذي لم يحظ بعناية أكثر المصنفين والفقهاء أو لم يعطوها ما تستحقه من معالجة .

٣- التركيز على بيان أثر الإرادة المنفردة في إنهاء عقد الهبة بالإرادة المنفردة والرجوع فيه بتلك المشيئة التي تجعل العاقد حكما في إمضاء العقد أو إنهائه .

٤- بيان أثر إنهاء عقد الهبة والرجوع فيه بالإرادة المنفردة فيما بين المتعاقدين والغير .

* **منهج البحث :**

لقد نهجت في بحثي منهجا خاصا يتميز بما يلي :

١- عولت على إبراز " نظرية الرجوع في العقد " بالإرادة المنفردة من حيث مشروعيتها وأحكامها وآثارها .

٢- حرصت على الرجوع إلى أكثر من مرجع في كل كتب المذاهب الفقهية ، ولم أعول على كتاب في مذهب ليكون مرجعا لأحكام

مذهب آخر ، لأن الأدلة الذاتية ينبغي استقاؤها من مصادرها الأصلية .

٣- حرصت على إبراز النصوص الفقهية الشرعية (والقانونية) كلما دعت الحاجة إلى ذلك سبيلا .

* **خطة البحث :**

لقد سلكت في دراستي لهذا الموضوع مسلكا يتسم بالوضوح والتفصيل حتى يستبين للقارئ معالم فحواه دون كبير عناء ، حيث قسمته إلى فصل تمهيدي ، وبابين رئيسيين وخاتمة . وذلك على النحو التالي :

الفصل التمهيدي

في ماهية انقضاء العقد بالإرادة المنفردة (الرجوع) وخصائصه وشروطه في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي وقد قسمته إلى أربعة مباحث :

المبحث الأول : في ماهية الانقضاء (الرجوع في العقد) ومدى مشروعيته في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي .

المبحث الثاني : أثر الإرادة المنفردة في إنهاء العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي .

المبحث الثالث : الفرق بين الرجوع في العقد وما قد يشابهه من نظم .

المبحث الرابع : خصائص الرجوع في العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي .

الباب الأول

الرجوع في عقد الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

الفصل الأول : التكييف الشرعي والقانوني للهبة من حيث اللزوم وعدمه وتحرير محل النزاع .

المبحث الأول : التكييف الشرعي والقانوني للهبة قبل القبض ومدى جواز الرجوع فيها من عدمه .

المطلب الأول : التكييف الشرعي للهبة قبل القبض في الفقه الإسلامي ومدى جواز الرجوع فيها .

المطلب الثاني : التكييف القانوني للهبة قبل القبض في القانون الوضعي ومدى جواز الرجوع فيها من عدمه .

المبحث الثاني : التكييف الشرعي والقانوني للهبة بعد القبض ومدى جواز الرجوع فيها من عدمه .

المطلب الأول : التكييف الشرعي للهبة بعد القبض في الفقه الإسلامي .

المطلب الثاني : التكييف القانوني للهبة بعد القبض في القانون الوضعي .

الفصل الثاني : انقضاء عقد الهبة بالرجوع .

المبحث الأول : انقضاء عقد الهبة بالرجوع في الفقه الإسلامي .

المبحث الثاني : انقضاء عقد الهبة بالرجوع في القانون الوضعي .

الفصل الثالث : القيود الواردة على حق الرجوع في الهبة في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي .

المبحث الأول : القيود الواردة على حق الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي .

المبحث الثاني : القيود الواردة على حق الرجوع في الهبة في القانون الوضعي .

الباب الثاني

آثار الرجوع في الهبة

الفصل الأول : آثار الرجوع فيما بين الطرفين .

المبحث الأول : آثار الرجوع في الهبة فيما بين الطرفين في الفقه الإسلامي .

المبحث الثاني : آثار الرجوع فيما بين الطرفين في القانون الوضعي .

الفصل الثاني : آثار الرجوع في الهبة بالنسبة للغير .

المبحث الأول : آثار الرجوع بالنسبة للغير في الفقه الإسلامي .

المبحث الثاني : آثار الرجوع بالنسبة للغير في القانون الوضعي .

ثم أنهيت البحث بخاتمة بينت فيها أهم نتائجه

وبعد

فهذا ما أملاه علي قلمي ووسعه جهدي المتواضع وأدركني بشأنه توفيق الله وسداده ، علني أستطيع بهذا البحث أن أوضح للقارئ وكل ذي شأن أن الشريعة الإسلامية - بحق - لو وطئت أكنافها وعبدت سبلها لكان لنا من هذا التراث الجليل ما يمكن أن نضيء به جانبا هاما من جوانب الثقافة العالمية : ألا وهو القانون .

وأرجو من الله سبحانه وتعالى أن يدركني بتوفيقه وأن يسدد خطاي على طريق الحق والصواب وأن يعصمني من الذلل والتقصير حتى أصل بهذه الدراسة إلى ما أصبوا اليه نحو إخراجها في صورة متكاملة غير منقوصة .

والله ولي التوفيق ، ،

أ.د. إسماعيل عبد النبي عبد الجواد شاهين

فصل تمهيدي
في
انقضاء العقد بالإرادة المنفردة (الرجوع)
وخصائصه في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

المبحث الأول
أثر الإرادة المنفردة في إنهاء الرابطة العقدية
في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

١- أثر الإرادة المنفردة في إنهاء العقد في الفقه الإسلامي :

من المسلم به أن اصطلاح " الإرادة المنفردة " هو اصطلاح استعاره الفقهاء المحدثون عن طريق العارية من الفقه القانوني الغربي ، ومسمى الإرادة المنفردة كان معلوما في الفقه الإسلامي منذ القدم ، غير أنه كان يعبر عنه فيه بـ " الإيجاب " الغير مقترن بالقبول ، مثل قولهم في الوقف أنه يتم بعبارة الواقف التي تدل على معنى الوقف دون أن يتوقف ذلك على قبول من أحد .

ومن ثم فإن ما يظهر أثره بالإيجاب فقط في الفقه الإسلامي هو ما يتم بالإرادة - المنفردة في الفقه الوضعي كطائفة العقود التي تفتقر إلى الإيجاب فقط لإنتاج أثرها كالوقف ، والأمر المتفق عليه في الفقه الإسلامي أن الإرادة المنفردة تصلح أن تكون أساسا لكل تصرف شرعي ، فمجال الإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي يتسم بالسعة فهي تكون سببا لاكتساب الملكية كما في الوصية عند بعض الفقهاء لأن الموصي له بعين

معينة يعتبر خلفا للموصي في هذه العين المعينة بالذات[1]، وهي صالحة لاكتساب حق الانتفاع كما في الوقف عند الحنفية [2] ، وهي أيضا صالحة لإسقاط بعض الحقوق سواء كانت حقوقا شخصية كالإبراء من الدين وإسقاط حق الشفعة أو كانت حقوقا عينية أصلية أو تبعية كحق الارتفاق، وحق الرهن ، وحق الانتفاع والنزول عن حق الملكية عند بعض الفقهاء [3]، كما أنها صالحة لإجازة العقد الموقوف كما هو الشأن في إقرار عقد الفضولي [4] .

وأخيرا فإن الإرادة المنفردة صالحة لإنهاء وإلغاء بعض العقود كعقد التحكيم والوديعة ، والعارية ، وعقد العمل غير محدد المدة [5] وعقد الهبة .. الخ .

والعدول عن العقد أو انهاء التصرف بالإرادة المنفردة أمر قررته الشريعة الإسلامية في نطاق معين واستنادا إلى أسس محددة وشروط خاصة سنعرفها في حينها .

٢- أثر الإرادة المنفردة في إنهاء العقد في القانون الوضعي :

استقر الفقه الوضعي القانوني المعاصر على أن التصرف الإرادي L'act unilaterat أو التصرف الآحادي أو التصرف بالمشيئة المنفردة وجد منذ تلك العصور التي حملت إلينا الوثائق معلومات عنها ولعب على

١- انظر بداية المجتهد ونهاية المقتصد ط١٩٧٥م ص٣٨٧ ج٢ ، الميزان الكبرى لأبي المواهب بن أحمد بن علي الأنصاري الشافعي – المعروف بالشعراني ج٢ ط١ ص١٨ ، تبيين الحقائق للزيلعي ج٦ ص١٨٤ ط١٣١٥هـ .

٢- انظر الأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٩٣ ط١٣٨٧هـ – ١٩٦٨م وبدائع الصنائع للكاساني ج٨ ص١٣٠٨ – ١٣٠٩ ط١٩٧١م.

٣- انظر في ذلك الشيخ / علي الخفيف – التصرف الانفرادي والإرادة المنفردة ص٥٥ ط١٩٦٤م .

٤- انظر فتح القدير للكمال بن الهمام ج٥ ص١٨٥ – ط١٣٥٦هـ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج٣ ص١٢ ط١٢٢٩هـ والمغني لابن قدامة ج٤ ص٢٩٨٠ ط١٣٤٧هـ.

٥- انظر الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٢٧٣ ، بداية المجتهد – المرجع السابق ص٣٥٦ وما بعدها ، الأم للشافعي – ط١٣٨١هـ ، ص٢٤٤ ، القواعد لابن رجب الحنبلي ص١٥٥ قاعدة رقم ٧٧ .

مـــر العصور دورا في نشاطات الأفراد سواء في ذلك روابط القـــانون العام أو الخاص ، وفي نطاق هذا الأخير لا فرق بين فرع وآخـــر مـــن فروعه المتعددة [1] .

ولم يتردد الفكر في تقبل الأثر الناقل أو المـــهني لـــهذا التصـــرف الانفرادي ، وإنما تردد طويلا في تقبل الأثر المنشـــئ لـــهذا التصـــرف وبالذات الأثر المنشئ للالتزام وهذا ما يطلق عليه " الالـــتزام بـــالإرادة المنفردة " ، وقد بدأ أمر هذا الأثر المنشئ يلفت النظر في منتصف القرن التاسع عشر وعلى وجه التحديد في عام ١٨٥٤م حيث عقد مؤتمر علمي في بلدة Cienen واعتبر فيه هذا الأثر المنشئ (الالتزام بالإرادة المنفردة) هو الأساس الوحيد لالتزام الوعد بجائزة ، ثم ما لبث الفقه الوضعـــي أن انقسم على نفسه إلى اتجاهين : **أولهما** يؤيد فكـــرة الالـــتزام بـــالإرادة المنفردة ، **ثانيهما** يعارض هذه الفكرة ولكل اتجاه أنصـــاره وخصومـــه مستخدمين في ذلك الأفكار الأساسية في القانون المدني لإثبات أو نفي ما يريده كل فريق ، ويعتبر الأستاذ (تالير) زعيم الخصوم منـــذ أن قـــال عبارته التصويرية المشهورة " إن الالتزام بالإرادة المنفردة بناء علـــى - رمال متحركة " .

وبعيدا عن حجج كل فريق لخروجه عن نطاق بحثنا فقد انتصر فـــي النهاية أنصار فكرة الالتزام بالإرادة المنفردة باعتبارها ضرورة قانونيـــة ملحة لا يمكن التغاضي عنها في مجال المعاملات المدنية إلى الحد الـــذي

١- د/ محمد كامل مرسي – شرح القانون المدني الجديد ج١ ص٦٥٥ ، ٦٥٦ بند ٣٣٤ ط١٩٥٤م .

وصل ببعض أنصارها إلى القول بأنها المصدر الوحيد للالتزام : والعقد ليس إلا مظهرا مصطنعا من جانب الفقهاء [١] .

وعلى أية حال فإن فكرة " الإرادة المنفردة " ظاهرة فقهية حديثة نشأت أول ما نشأت في فقه القانون الألماني حيث ذهب كثير من فقهاء الألمان إلى أن الإرادة المنفردة مصدر للالتزام [٢] ثم عرفت هذه النظرية في القانون الفرنسي في أواخر القرن التاسع عشر في بعض المؤلفات الفقهية [٣] وقد رحب بها بعض الفقهاء الفرنسيين أمثال ديموج وجوسران وغيرهما ، غير أن هؤلاء الفقهاء إنما يأخذون ببعض تطبيقاتها فقط دون أن يسلموا بأنها مصدراً للالتزام بصفة عامة كما هو الشأن في الفقه الألماني ، والفقه المصري يتفق مع الفقه الفرنسي في هذا الصدد ، فأغلب الشراح لا يعتبرون الإرادة المنفردة مصدرا للالتزام إلا في أحوال استثنائية خاصة كما هو الشأن في النص على " الوعد بجائزة " في القانون المصري كتطبيق للالتزام بالإرادة المنفردة [٤] .

ويمكن حصر حالات الالتزام بالإرادة المنفردة في القانون المصري في الحالات الآتية :

أ. حالة الوعد بجازة الموجه للجمهور : م١٦٢ مدني مصري .

ب. حالة الوقف .

ج. حالة الوصية .

١- انظر في عرض الفكرة المذكورة : د/ أحمد سلامة – مذكرات في نظرية الالتزام – ط١٩٧٨ – الكتاب الأول – ص٢١٦ ، د/ حشمت أبو ستيت – نظرية الالتزام في القانون المدني ط١٩٥٤ ص٣٥٨ – ٣٦٤ ، د/ إسماعيل غانم – مصادر الالتزام – ط١٩٦٨ ، ص٣٩٣ – ٣٩٤ ، د/ جميل الشرقاوي – مصادر الالتزام ط١٩٧٤ – ص٣٩٧ – ٤٠٥ .

٢- الوسيط في شرح القانون المدني للسنهوري ط١٩٥٢ – بند ٩٠٦ حيث أشار إلى سبيجل وكونتز وغيرهما في هذا المجال .

٣- كمؤلف ورمز عن الإرادة المنفردة ١٨٩١م وغيره – مشار إليه في مصادر الالتزام للدكتور جميل الشرقاوي ص٣٩٩ بند ٨١ ، ومؤلف سالي عن نظرية الالتزام في مشروع القانون المدني الألماني بند ١٣٨ – ١٤٤ .

٤- د/ حشمت أبو ستيت – المرجع السابق ص٣٦١ بند ٤٠١ ، د/ إسماعيل غانم – المرجع السابق ص٣٩٦ بند ٢٠٩ ، د/ جميل الشرقاوي المرجع السابق ص٣٩٩ بند ٨٠ .

د. حالة انشاء المؤسسات الخاصة(م٦٩،٧٠ مدنـــي الملغـــاة،٦٩،٧٠ ق٣٢ ١٩٦٤م بشأن الجمعيات التعاونية) .

ه. حالة الإيجاب الملزم : وهو التزام الموجب البقاء على إيجابه المـدة التي يحددها القانون أو ظروف المتعاقد .

و. حالة تطهير العقار المرهون رهنا رسميا (م ١٠٦٦ مدني مصري)

ولم يجد القانون المدني المصري بداً من أن يحـــذو حـــذو معظـــم قوانين العالم في جعل الإرادة المنفردة مصدرا للالتزام في حالات معينـــة شأنه شأن القانون الألماني الصادر ســـنة ١٩٠٠م وقـــانون الالتزامـــات السويسري الصادر سنة ١٩١١م والقانون الإيطالي الصادر ســـنة ١٩٠٤ والقانون الكويتي الصادر سنة ١٩٨٠ ولم يشذ عن ذلـــك إلا المشـــروع الفرنسي الإيطالي الذي يجعل في المادة : ٦٠ منـــه / الإرادة المنفـــردة مصدرا تاماً للالتزام .

وعلى ذلك فإن الإرادة المنفردة في القانون الوضعي تنتـــج آثـــارا قانونية مختلف فقد تكون سببا في كسب الحقوق العينية كالوصية ، وقـــد تكون سببا لسقوط تلك الحقوق كالنزول عن حق ارتفاق أو رهن ، وقـــد تثبت حقا شخصيا ناشئا عن عقد قابل للإبطال كإجازة العقد الموقـــوف ، وقد تجعل عقدا يسري على الغير كالإقرار ، أما انشاؤها للحق الشخصي أو اسقاطه فهو محل خلاف كبير في الفقه [1] ليس هذا مجاله .

وأخيرا قد يكون من آثارها : إنهاء وإلغاء العقد والرجوع فيه كعزل الوكيل بالإرادة المنفردة للموكل أو نزول الوكيل عن الوكالـــة بمشـــيئته

١- السنهوري – الوسيط ج١ ص١٢٨١ – ١٢٨٢ بند ٩١٠ ، د/ حلمي بهجت بدوي – أصول الالتزامات – ط١٩٤٣م بند ٧٥ ، د/ حشمت أبو ستيت – المرجع السابق ص٣٥٨ ، ٣٥٩ بند ٣٩٨ بند ٣٩٨ ، د/ إسماعيل غانم – المرجع السابق ص٣٩٣ بنـــد ٣٠٧ ، د/ جميل الشرقاوي – المرجع السابق ص٤٠٤ .

المنفردة بالشروط المنصوص عليها في القانون [1] فإنهاء عقد العمل أو عقد الوكالة يترتب عليه انقضاء الرابطة العقدية ، وإبداء المنتفع رغبته في الاستفادة من الاشتراط الذي شرط لمصلحته يترتب عليه تثبيت حقه يجعله غير قابل للنقض، كما ينقضي الحق العيني بإرادة صاحبه المنفردة بنزوله عنه "وينقضي الحق الشخصي بإرادة الدائن المنفردة إذا أبرأ مدينه منه " [2] وتنقضي الهبة وتعتبر كأن لم تكن بالرجوع فيها من قبل الواهب .. الخ .

٣- الموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في أثر الإرادة المنفردة في إنهاء العقد :

يستبين لنا من استعراض أثر الإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي أنها في الأول أدق صياغة وأبرع احكاما فهي تنشئ التزاما أو تعهدا في جانب صاحبها بعبارته الكاشفة وحدها كما في النذر والوقف والطلاق المجرد ونحو ذلك ولا يستعمل تعبير " الإرادة المنفردة " للدلالة على هذا المعنى إلا من قبل الفقهاء المحدثين على سبيل الاستعارة من الفقه القانوني الغربي ، لأن الفقه الإسلامي قد عرفها منذ القدم وإن كان يعبر عنها فيه (بالإيجاب غير المقترن بالقبول) (عقود تفتقر إلى الإيجاب فقط) ، فما يظهر أثره بالإيجاب وحده في الفقه الإسلامي هو ما يتم بالإرادة المنفردة في القانون الوضعي كقولهم في

١- السنهوري – الوسيط ج٧ ص٦٤٥ بند ٣٢٣ ط١٩٦٤م وانظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج٢ هامش ص٣٣٩ .

٢- د/ إسماعيل غانم – المرجع السابق ص٣٩٢ بند ٢٠٧ ، د/ أحمد سلامة – فكرة الالتزام بالإرادة المنفردة في القانون المدني – رسالة من باريس سنة ١٩٥٧م – منشورة بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة الخامسة ١٩٦٣م العدد الثاني والسنة السادسة ١٩٦٤م العددان الأول والثاني .

الكفالة أنها تتم بإيجاب الكفيل وحده بأن يصدر منه ما ينم عن إرادته من قول أو فعل .

هذا من ناحية الصياغة ، أما من حيث أثرها فإن الأمر المتفق عليه في كلا الفقهين (الإسلامي والوضعي) : أنها صالحة لكي تكون أساسا لتصرف شرعي أو قانوني تترتب عليها آثار شرعية " (أو قانونية) بما فيها إنهاء العقد وذلك على خلاف في تفاصيل مدى صلاحيتها من حيث نطاقها ومجالها .

والقانون الوضعي يساير الفقه الإسلامي تماما في ترتيب آثار الإرادة المنفرة حيث أنها صالحة لأن تكون سببا لاكتساب الملكية ، واكتساب حق الانتفاع ، واسقاط بعض الحقوق وفي إبرام عقد قابل للإبطال كما في اجازة العقد الموقوف وإقرار عقد الفضولي وفي إنهاء بعض العقود كما في عقد العمل غير محدد المدة وعقد الهبة وعقدي الوصية والتحكيم وعقد الهبة .. الخ باعتبارها عقود جائزة [1] ، أما مدى اتساع مجال الإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي عنها في القانون الوضعي من حيث كونها صالحة لإنشاء تصرفات والتزامات لا تدخل في نطاق القانون الوضعي فهو أمر لا جدال فيه غير أن هذا الأمر خارج عن نطاق بحثنا ، ومن ثم فإنه يحسن بنا القول على وجه الإجمال في هذا المضمار : أنها قد تكون مصدرا وسببا للحق المالي دينا أو عينا وغير المالي كما في اسقاط الشفعة والطلاق وإنهاء عقد الهبة ، أما في القانون الوضعي فإنها لا تكون إلا سببا ومصدرا للحق الشخصي (الالتزام المالي) في حالات محددة نص عليها القانون واختلف فقهاؤه على ما عدا هذه الحالات المحددة على النحو السابق بيانه .

١- أنظر الأشباه والنظائر للسيوطي ص٣٠٣ – ٣٠٤ – ط عيسى البابي الحلبي .

٤- انقضاء العقد بالإرادة المنفردة له نفس دلالة الرجوع في العقد:-

استبان لنا من عرضنا السابق لأثر الإرادة المنفردة في إنهاء الرابطة العقدية أن اصطلاح (انقضاء العقد بالإرادة المنفـردة) يحمـل معنـى (الرجوع في العقد)لأن الرجوع في العقد - على ما سنعرف مسـتقبلا - يعني : رد ما انصرف إليه إيجاب وقبول العاقدين أو أحدهما ، وهو نفس مضمون الرجوع في العقد (انقضاء العقد بالإرادة المنفردة)، ومن ثـم كان التعبير بأيهما صالحا للدلالة على إنهاء القوة الملزمة للعقد بـالإرادة المنفردة لأحد العاقدين دون توقف على رضا الطرف الآخر ، وهما بـهذا المعنى يتفقان في الجوهر والمضمون ، إذ أن كـلا منـهما " تصـرف شرعي " [١] أو "تصرف قانوني" وكلا منهما يؤدي إلى زوال الرابطـة العقدية وانحلالها وكلا منهما "رخصة " يجـوز الـنزول عنـها وعـدم استعمالها بشرط ألا يساء استعمال هذه الرخصة . [٢]

٥- توضيح :

إذا كنا قد عنونا البحث بـ " انقضاء عقد الهبة بالإرادة المنفردة فـي الفقه الإسلامي والقانون الوضعي " بدلا من عنونته بـ " الرجوع في عقد الهبة " فليس ذلك إلا للدلالة على أن التعبير الأول أوسع نطاقا وهو ما قد تستلزمه بعض جزئيات البحث التي يتحتم أن نتعرض لها حتى لا يكـون البحث مبتسرا في مجمله ، كما هو الشأن في ضرورة التفرقة بين كـل من : الإسقاء ، والإلغاء والإباحة .. الخ ، ومن ثم فإننا ننوه إلـى أننـا سنستعمل اصطلاح " الرجوع في عقد الهبة " بدلا من اصطلاح " انقضاء

١- انظر في هذا المعنى : د/ مصطفى الزرقا – المدخل الفقهي العام إلى الحقوق المدنيـة في البـلاد السـورية ج١ ص١٦٥ – ١٦٦ ط١٩٥٢ ، وانظر الشيخ / علي الخفيف – مختصر أحكام المعاملات الشرعية ص٧٤ ط١٩٧٤م .

٢- انظر : د/ جميل الشرقاوي – مصادر الالتزام ص٣٩ وهامش (١) بذات الصحيفة ط١٩٧٤م .

عقد الهبة بالإرادة المنفردة " عند حديثنا عن إنهاء عقد الهبـــة بـــالإرادة المنفردة ، لأن تعبير " الرجوع في الهبة " موجز من ناحية ، ولأن تحديد نطاق البحث أصبح معلوما من ناحية أخرى ولا مشاحة في الاصطـــلاح كما يقول أهل العلم .

المبحث الثاني

ماهية الانقضاء (الرجوع في العقد)

ومدى مشروعيته في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

المطلب الأول

ماهية الانقضاء (الرجوع في العقد)

في الفقه الإسلامي

٦- ماهية الرجوع في اللغة :

الرجوع مصدر الفعل : رجع سواء كان لازما أم متعديا ، اذ يستوي فيه لفظ اللازم والواقع [١] ، وإن كانت هزيل تعديه بالألف إلا أنه يتعدى بنفسه في اللغة الفصحى فيقال رجعته عن الشيء وإليه ، ويطلق لفظ الرجوع في اللغة على معان كثيرة أشهرها : العود ، والانصراف ، والإبدال ، والرد ، والأخذ من باب إطلاق اللفظ على الشيء ونقيضه .

وقد جاء الرجوع بمعنى الانصراف في قول الله تعالى " إن إلى ربك الرجعى " [٢] أي الرجوع والمرجع ، وفي قوله تعالى " إلى الله مرجعكم جميعا"[٣] أي رجوعكم؛ وجاء الرجوع بمعنى الرد في قوله تعالى " ربي ارجعوني لعلي أعمل صالحا " [٤] أي ردوني . [١]

١- جاء في لسان العرب للإمام العلامة أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري ج٨ ص١١٤ – ١١٧ ط١٣٧٥هـ – ١٩٥٦م " رجع يرجع رجعا رجوعا ورجعي ورجعا ومرجعة : انصرف ، وفي التنزيل" إن إلى ربك الرجعى" .. أي مصدر على فعلي ومنه إلى الله مرجعكم جميعا أي رجوعكم ، .. واسترجعت منه الشيء اذا أخذت منه ما دفعته إليه .. قال تعالى : رب ارجعوني لعلي أعمل صالحا ، يعني العبد اذا بعث يوم القيامة وأبصر وعرف ما كان ينكره في الدنيا يقول لربه ارجعوني أي ردوني إلى الدنيا ، وقوله : ارجعوني واقع (متعد) ، ويكون لازما كقوله تعالى : ولما رجع موسى إلى قومه ، ومصدره لازما الرجوع ومصدره واقعا الرجع فيقال رجعته رجعا فرجع رجوعا يستوي فيه لفظ اللازم والواقع .. " أ.هـ .

٢- سورة العلق – آية رقم ٨٠ .

٣- سورة المائدة – من الآية رقم ١٠٥ .

٤- سورة المؤمنون – من الآيتين رقم : ٩٩ ، ١٠٠ .

كما يجيء الرجوع بمعنى الإبدال ، فيقال : أرجع الله همه سـرورا أي أبدل همه سرورا .

فالرجوع في العقد (إنهاء العقد بالإرادة المنفردة) في اللغة يعني : رد ما انصرف إليه إيجاب وقبول العاقدين ونحوهما .

٧- ماهية الرجوع في الاصطلاح :-

لم يخرج المعنى الاصطلاحي للرجوع في العقد عن معناه اللغوي ، فقد ذكر الفقهاء وهم بصدد ذكر العقود التي يمكـن إنـهاؤها بـالإرادة المنفردة أن الرجوع في الهبة : رجوع :

والرجوع في العارية : رجوع .

والرجوع في الوكالة : رجوع ..... وهكذا .

ففي مجال الهبة : يقول صاحب الدر المختار " صح الرجوع فيـها (الهبة) بعد القبض .. وإن كره الرجوع تحريما .. " [٢] .

وفي العارية: يقول صاحب الدر المختار"يرجع المعير متى شـاء"[٣] ويقول الكاساني " .. فكان للمعير أن يرجع في العاريـة سـواء أطلـق العارية أو وقت لها وقتا " [٤] .

١- جاء في المصباح المنير ج٢ ص١٣٧ الطبعة الثانية – المطبعة الأميرية بمصر " .. يقال رجعته عن الشيء واليه ، ورجعـت الكـلام وغيره : أي رددته .. وهزيل تعديه بالألف ، ورجع الكلب في قيئه عاد فيه فأكله ومن هنا رجع في هديته إذا أعادها إلى ملكـه ... " أ.هـ .

٢- الدر المختار – شرح تنوير الأبصار ج٥ ص٦٩٨ – الطبعة الثانية ١٣٨٦هـ – ١٩٦٦م ، وانظر بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ج٢ ص٣٨٣ ط ١٣٧٥هـ ، والمهذب للشيرازي ج١ ص٤٥٤ – الطبعة الثانية – ١٣٧٩ هـ – ١٩٥٩م ، شرح منتـهى الإرادات ج٢ ص٥٢٠ ط١٣٦٦ – ١٩٤٧م والمحلي لابن حزم ج٩ ص١٢١ – ط بيروت .

٣- الدر المختار – المرجع السابق ص٦٨٧ .

٤- البدائع للكاساني ج٨ ص٣٩٠٣ ط١٩٧١م وانظر الأم للإمام الشافعي ج١ ص٢٤٥ ، وبداية المجتهد ج٢ ص٣٥٩ ، والقواعـد لابن رجب ص٢١٠ قاعدة رقم ٨٧ط ١٩٧٢م .

وفي الوكالة : يقول البهوتي " وتبطل وكالة بدلالة رجوع أحدهما أي الموكل والوكيل .. " [1] .

ويؤخذ من هذه النصوص - وغيرها - أن إنهاء العقد بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين يسمى رجوعا عنه ما دام قد وقع في نطاق العقود التي يجوز إنهاؤها بالإرادة المنفردة .

ومن الإنصاف أن نقرر أنه باستقراء الكتب الفقهية المختلفة في مصادرها الأصلية على النحو السابق - لم نعثر على تعريف محدد للرجوع ، ولعل مرجع ذلك أن الفقهاء الأول - بل والمتأخرون منهم - رأوا أن ماهية الرجوع من الوضوح والبيان مالا يحتاج إلى تعريف وكبير عناء .

ونحن من جانبنا نرى أن تراث الفقه الإسلامي وأصالة الفكر الإسلامي وسمو منبعهما - الكتاب والسنة - تجعلنا لا نجد بدا من الأخذ بمنهج التحليل العلمي والاستقراء العملي لتلك الجزئيات الفقهية المدروسة - من قبل الفقهاء الأول - على النحو السابق بيانه حتى يمكننا وضع إطار شامل ومتكامل لنظرية الرجوع في العقد؛ وليس ثمة شك أن العالم يحتضن الجزئيات المدروسة لتكون خلايا حية من جديد في التراث الذي يزداد وضوحه مع وقفة الاستقراء والتحليل العلمي الصحيح .

وإزاء ما سبق فإنه يمكننا وضع تعريف للرجوع في العقد (إنهاء العقد بالإرادة المنفردة) بأنه : " نقض العقد القابل لذلك بالإرادة المنفردة لأحد العاقدين بشروط مخصوصة " .

١- شرح منتهى الإرادات للبهوتي ج٢ ص٣٠٦ ، وانظر حاشية بن عابدين ج٥ ص٥٣٦ ، ط١٣٨٦هـ ١٩٦٦م ، بداية المجتهد ج٢ ص٣٤٦ ، والمهذب ج١ ص٣٦٤ ، والمحلي لابن حزم ج٨ ص٢٤٦ .

٨- شرح التعريف :

(النقض) جنس في التعريف خرج به التأييد والقبول ، وبإضافته إلى " العقد " خرج به نقض ما سوى العقد من التصرفات غير العقدية ، كنكث العهد ، وقولنا " القابل - لذلك " قيد في التعريف يقرر أن العقود التي يجوز الرجوع فيها هي عقود محددة على سبيل الحصر ، وخرج به العقود التي لا يجوز الرجوع فيها كعقد البيع وعقد السلم وما شابههما ، وقولنا " بالإرادة المنفردة لأحد العاقدين " قيد في التعريف لإخراج بعض صور نقض العقد التي تكون بطرق أخرى كالإقالة وحكم القاضي - وما شابه ذلك؛ وقولنا " بشروط مخصوصة " قيد في التعريف لبيان أن الرجوع في العقد يستلزم توافر شروط معينة وإلا فلا ، فيشترط مثلا - في الرجوع في الهبة بقاء محل العقد قائما ، أو ألا تكون الهبة على سبيل الصدقة وهكذا .

المطلب الثاني

" ماهية الرجوع في العقد في القانون الوضعي "

٩- مضمون الرجوع في القانون الوضعي :

جاء القانون المدني المصري - شأنه في ذلك كل القوانين الوضعية في العالم - خلوا من تعريف محدد لماهية الرجوع ، تاركا ذلك للفقه باعتبار الأخير هو الذي يضطلع بتنظير وتأصيل القواعد القانونية ، ولأن التعريفات هي من عمل الفقه وليست من عمل التقنين .

غير أن الفقه القانوني لم يتعرض لبيان ماهية الرجوع في العقد حتى في نطاق نظرية العقد ذاتها ، ولعل الفقه القانوني - والقضاء - اعتبر هذا من الجلاء والوضوح مالا يحتاج إلى مزيد بيان ، وأنه تزيد غير مستساغ ، غير أن هذا التعليل والاستنتاج - إن صح - هو تعليل واه ، لأن التعريفات الفقهية للمصطلحات القانونية هي التي توضح جوهر وفحوى المسائل القانونية الشائكة - كتلك التي نحن بصدد معالجتها ، بل أن أساس عمل الفقه هو وضع مثل هذه التعريفات حتى يضع لها الخصائص والمميزات التي تنأى بها عن الاشتباه بما قد يختلط بها في الغايات كالفسخ والتقايل والإبطال والإلغاء ... الخ .

ويحمد للفقه القانوني الوضعي أنه حينما تعرض لوعاء الرجوع (عقد الهبة) عالج أحكام هذا الرجوع بإسهاب من حيث تعريف الرجوع في الهبة وشروطه وموانعه وأساسه وآثاره .. الخ مما يمكن الباحث من الاستئناس بهذه الأحكام وهو بصدد محاولة وضع تعريف أكاديمي للرجوع في العقد بصفة عامة .

وتأسيسا على ما تقدم فإن معظم الفقه المصري يعرف الرجوع في الهبة - بوجه خاص - بأنه " مكنة مطلقة للواهب يستعملها متى شاء ولأي سبب من الأسباب " [1] .

واستعمال هذا الحق - كما قرر هذا الفقه لا يكون إلا بتراضي طرفي عقد الهبة أو بحكم القضاء " لأن شأن الهبة في ذلك شأن أي عقد آخر ، ولكن الهبة تتميز عن العقود الأخرى بأن الواهب يجوز له أن يرجع في الهبة دون رضاء الموهوب له اذا استند في ذلك إلى عذر مقبول يقره القاضي ولم يوجد مانع من الرجوع؛ ويترتب على الرجوع في الهبة بالتراضي أو بالتقاضي أن تعتبر الهبة كأن لم تكن " [2] .

فالرجوع في العقد - في فقه القانون الوضعي يكون بالإرادة المنفردة ودون توقف على رضا الطرف الآخر ، وعلى الأخص في الالتزامات الانفرادية حيث يكون التزام من التزم بإرادته المنفردة معلقا على محض هذه الإرادة فيكون منحلا منذ البداية أي منذ انعقاد العقد وليس من وقت الرجوع ، أي أن الرجوع يكون ذا أثر رجعي يستند إلى الماضي وهو ما يميزه عن الإلغاء - إذ الأخير لا يكون ذا أثر رجعي على الإطلاق .

وخلاصة القول :

أن الفقه الوضعي - وإن لم يذكر تعريفا للرجوع - إلا أنه يقرر أنه :

١- لا يكون إلا في عقد الهبة .

٢- يكون ذا أثر رجعي يستند إلى الماضي .

١- د/ أكثم أمين الخولي – العقود المسماة ص١٦٧ الطبعة الأولى ١٩٥٧م ، د/ عبد الرزاق السنهوري – الوسيط ج٥ ص١٨٠ ، د/ محمد كامل مرسي – شرح القانون المدني الجديد – العقود المسماة ج٢ ص١٧٩ ط١٩٥٢م ، د/ جمال زكي – العقود المسماة ص١٦٠ ، ط١٩٦٠م .

٢- د/ عبد الرزاق السنهوري – المرجع السابق ص١٨٠ ، د/ أكثم الخولي – المرجع السابق ص١٧٠ ، د/ جمال زكي – المرجع السابق ص١٦١ ، د/ عبد المنعم الصدة – نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ص١١٢ ط١٩٦٠ ، وانظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج٢ ص٢٩١ .

٣- يقع بالإرادة المنفردة [١] .

ومن ثم فإنه يمكن تعريف الرجوع في العقد في فقه القانون المدني بأنه : " تصرف قانوني من جانب واحد يترتب عليه بالنسبة للماضي والمستقبل إنهاء علاقة تعاقدية بشروط مخصوصة " .

ويتضح من هذا التعريف أننا آثرنا التعبير بقولنا " تصرف قانوني " حتى يمكن الاحتراز بذلك عن الرجوع في العقد القائم على أسس غير قانونية كما لو رجع أحد طرفي عقد البيع المنجز فيه بإرادته المنفردة فإن هذا الرجوع لا ينتج أثره .

كما أن هذا " التصرف القانوني " يكون من جانب واحد ، أي بالإرادة المنفردة كما أن هذه الإرادة المنفردة تنهي العلاقة التعاقدية بأثر رجعي ، أي أن إنهاء العقد وانحلاله يكون من وقت إبرام العقد المنحل لا من وقت حدوث الرجوع .

وقولنا " بشروط مخصوصة " قيد في التعريف لبيان ضرورة توافر شروط معينة في الرجوع حتى ينتج أثره لعل أهمها أن يقع الرجوع في نطاق معين من العقود ألا وهو عقد الهبة ليس إلا .

١- د/ عبد الرزاق السنهوري – النظرية العامة للالتزامات – نظرية العقد ص٧٢٣ بند ٦٧٩ ط١٣٥٣هـ – ١٩٣٤م ، د/ محمد كامل مرسي – شرح القانون المدني الجديد ج١ ص٢٥٨ د/ عبد المنعم الصدة – المرجع السابق ص١١٢ ، د/ أنور سلطان – النظرية العامة للالتزام ج١ مصادر الالتزام ص٤٠٨ ط١٩٦٢م .

المطلب الثالث

" الموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في ماهية الرجوع في العقد

١٠- تغاير منهج الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في معالجتهما لماهية الرجوع في العقد :

يستبين لنا من عرض ماهية الرجوع في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي أن مسلك كل منهما يغاير الآخر تماما وهو بصدد معالجة ماهية الرجوع ويتضح ذلك التغاير، من أن الرجوع وإن كان يتم بالإرادة المنفردة في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي إلا أن الأول يعتبر هذا الطريق لإنهاء الرابطة العقدية " حق " بينما يعتبره الثاني " رخصة " حيث ذكر فقهاء المسلمين أن " للمعير أن يرجع في العارية " [١] واللام تفيد الملك ، والملك يفيد الاستحقاق ، بينما قرر فقهاء القانون الوضعي أن الرجوع في العقد يكون " إذا رخص العقد - أو القانون - لأحد الطرفين أن يستقل بإنهاء العقد بإرادته المنفردة " [٢] .

وثمة فرق شاسع بين " الحق والرخصة " فالحق هو ما شرعه الله أصالة من الأحكام العامة التي لا تختص بحال دون حال أو بمكلف دون مكلف ، بينما الرخصة هي : ما شرعه الله من الأحكام تخفيفا على المكلف في حالات خاصة تقتضي هذا التخفيف [٣] ، وهذا الفرق بين الحق والرخصة يترتب عليه كثير من الأحكام وخاصة من حيث التأصيل الفقهي لكليهما .

١- بدائع الصنائع ج٨ ص٣٩٠٣ .

٢- د/ محمد حسني عباس – العقد والإرادة المنفردة ط١٩٥٩م – ص٢٩٧ .

٣- انظر : فضيلة الشيخ / عبد الوهاب خلاف – علم أصول الفقه ص١٢١ (بتصرف) الطبعة الثامنة .

ونحن لا نمل تكرار القول أن منهج القول أن منهج الفقه الإسلامي وهو بصدد معالجته لموضوع انقضاء العقد بالرجوع كان هو المنهج الأقوم والأفضل تنظيما وأحكاما وآثارا وكان أدق صياغة وأوفى معنى وأحسن صنعا عما سلكه القانون الوضعي - في هذا الصدد لأنه يستمد معالجته لهذا الموضوع - وغيره - من شريعة الله الخالدة ، ومن ثم لم تستطع أرقى القوانين الوضعية في العالم أن تباريه أو تلحق به .

المطلب الرابع

مدى مشروعية انقضاء العقد بالإرادة المنفردة (الرجوع في العقد) في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

١١- مشروعية الرجوع في العقد في الفقه الإسلامي :

يثور التساؤل في بداية هذا البند عن مدى مشروعية الرجوع في العقد " هل هو مشروع أم لا وما هي حكمة مشروعيته إذا كان كذلك ؟ وللإجابة على ذلك نقول :

اتفقت كلمة فقهاء المسلمين على "مشروعية الرجوع في العقد" على خلاف بينهم في مدى هذا الرجوع الذي سنبحثه مستقبلا عند حديثنا عن نطاق الرجوع؛ وما يعنينا هنا أن مذهب جمهور الفقهاء على جواز الرجوع في العقد بصفة عامة وذلك بالكتاب والسنة والإجماع .

فمن الكتاب قول الله تعالى " وإذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها أو ردوها " (١) .

ووجه الدلالة من الآية أن التحية تستعمل في معان عدة منها السلام والثناء ومنها الهدية بالمال ، والمعنى الأخير هو المراد هنا بدليل القرينة الدالة عليه والواردة في نفس الآية وهي قوله تعالى " ردوها " فرد الشيء يستلزم أن يكون متعلقا بالأعيان لا بالأعراض إذ الأخير لا يتصور رده ومن ثم كان اللفظ من قبيل المشترك ، والمشترك يتعين الوجه المراد منه بالدليل (٢) ألا وهو القرينة سالفة الذكر .

١- سورة النساء – من الآية ٨٦ .

٢- بدائع الصنائع للكاساني ج٨ ص٣٦٩٩ .

ومن السنة النبوية الشريفة : ما رواه أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال :"الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها " [1] أخرجه ما ابن ماجه .

ووجه الدلالة من الحديث أنه نص في مشروعية الرجوع في الهبة حيث قرر الرسول صلى الله عليه وسلم أحقية الواهب في الرجوع في الهبة ما لم يعوض عنها .

وأما الإجماع : فإن الرجوع في عقد الهبة روى عن سيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا علي وعبد الله بن سيدنا عمر وأبي الدرداء وفضالة بن عبيد وغيرهم رضي الله عنهم أنهم قالوا مثل ذلك ولم يرد له خلاف ، كما أن العوض المالي قد يكون مقصودا من هبة الأجانب ، فإن الإنسان قد يهب للأجنبي إحسانا إليه وانفاقا عليه ، كما قد يهبه طمعا في غرض دنيوي يدل عليه العرف والعادة [2] فإذا لم يتحقق هذا المراد كان ذلك مسوغا للرد ، ولم يعرف لذلك خلاف فكان اجماعا .

هذا عن مشروعية حق الرجوع في عقد الهبة (أحد شقي نطاق الرجوع) أما عن الرجوع في العقد بسبب الخيار (وهو الشق الثاني لنطاق الرجوع) فقد دلت عليه أحاديث كثيرة لا حصر لها وهو ما عليه اجماع علماء المسلمين وجمهور فقهاؤهم .

ونذكر من هذه الأحاديث : ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال :"إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار مالم يتفرقا وكان جميعا أو يخير أحدهما الآخر ، فإن خير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع وإن تفرقا بعد أن تبايعا

١- نيل الأوطار للشوكاني ج٦ ص١٣ ط١٣٤٠هـ وسبل السلام للصنعاني ج٣ ص٩ – ط١٣٧٩هـ – ١٩٦٠م .

٢- بدائع الصنائع للكاساني ج٨ ص٣٦٩٩ ، ومجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ج٢ ص٣٥٩ – ط بيروت .

ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع" [1] متفق عليه - ووجه الدلال من الحديث أنه نص في خيار المجلس للمتبايعين وأنه يمتد إلى مجلس العقد مالم يتفرق المتبايعان بأبدانهما ولا معنى لهذا الخيار إلا الرجوع في العقد لمن قرر له هذا الخيار .

وما روي أيضا عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال " البائع والمبتاع بالخيار حتى يتفرقا إلا أن تكون صفقة خيار ولا يحل له أن يفارقه خشية أن يستقبله " [2] رواه الخمسة إلا ابن ماجه ورواه الدار قطني وابن خزيمة وابن الجارود .

ووجه الدلالة من الحديث أنه نص في خيار المجلس لأنهم قالوا أن المراد بقوله " يستقبله " المراد به الفسخ [3] أي الرجوع في عقد البيع .

وما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما قال " ذكر رجل [4] للنبي صلى الله عليه وسلم أنه يخدع في البيوع فقال (الرسول صلى الله عليه وسلم) إذا بايعت فقل لاخلابه " [5] متفق عليه .

ووجه الدلالة من الحديث : أنه يدل على مشروعية خيار الغبن في البيع والشراء إذا حدث هذا الغبن .

وحق الرجوع في العقد دل عليه اجماع علماء المسلمين وفقهاؤهم منهم : علي بن أبي طالب؛ وأبو برزة الأسلص؛ وابن عمر وابن عباس؛ وأبو هريرة وسعيد بن المسيب وشريح؛ وعطاء بن أبي مليكة؛

١- سبل السلام للصنعاني ج٣ ص٣٣ ط مصطفى البابي الحلبي ، والحديث متفق عليه واللفظ لمسلم .

٢- سبل السلام ج٣ ص٣٤ ، ٣٥ .

٣- سبل السلام ج٣ ص٣٥ ونيل الأوطار ج٥ ص١٨٥ ط١٢٥٢ هـ الطبعة الأولى المطبعة العثمانية .

٤- هو حبان بن منقذ كما صرح به في بعض الروايات – انظر سبل السلام ج٣ ص٣٥ .

٥- سبل السلام ج٣ ص٣٥ .

والشعبي؛ وطاووس؛ والزهري؛ والأئمة الأربعة؛ والشيعة؛ والزيدية والإمامية [1] (وخاصة بالنسبة لخياري الشرط والرؤية) .

ويقول ابن رشد في هذا الصدد :

" أما جواز الخيار فعليه الجمهور إلا الثوري وابن شبرمه وطائفة من أهل الظاهر " [2] فهو أوضح ما يكون الدلالة على صدق ما قررناه آنفا وهو ما يعني مشروعية الرجوع في العقد في الفقه الإسلامي في نطاق أعماله وهو الخيار والهبة بمعنى صحة ومشروعية الرجوع في عقد الهبة والعقد المقترن بخيار على ما سبق بيانه .

١٢- مدى مشروعية الرجوع في العقد في القانون الوضعي :

من المسلم به في القانون الوضعي تشريعا وفقها وقضاء أن العقد إذا انعقد صحيحا بين طرفيه أصبح ملزما لهما ولا يجوز لأحدهما أن يستقل بالرجوع فيه بل يجب أن يتفق مع المتعاقد الآخر على هذا الرجوع بالتراضي أو رفع الأمر إلى القضاء مالم تتفق إرادتهما على هذا الرجوع.

على أن القانون المدني المصري والفرنسي استثنيا نوعا معينا من العقود يجوز لأحد المتعاقدين فيه أن يستقل بالرجوع فيه دون رضاء الطرف الآخر ، وهذا النوع الذي نعنيه هي طائفة العقود الذي يدخلها خيار من الخيارات (وخاصة خياري الرجوع والقبول) وعقد الهبة .

ولتفصيل ذلك الإجمال نقول :

١- انظر البدائع ج٧ ص٣٣٦٣ ط١٣٧١ هـ ، حاشية بن عابدين ج٤ ص٥٦٠ ط١٣٨٦هـ - ١٩٦٦م ، وبداية المجتهد ج٢ ص٢٣٥ ط٧٥ ، المهذب للشيرازي ج١ ص٢٦٥ والمجموع ج٩ ص١٨٤ ط م الإمام؛ والمغني ج٣ ص٥٦٢ ط١٣٤٨هـ ، البحر الزخار ج٣ ص٣٤٦ وما بعدها ط١٣٦٧هـ - ١٩٤٨م والمختصر النافع ص١٢١ ط١٣٧٦هـ .

٢- بداية المجتهد ج٢ ص٢٣٥ .

إن القانون الفرنسي أجاز للواهب أن يرجع في هبته لأسباب حددها ، وهو يقصد في بعض الأحوال عقوبة الموهوب له لنكران الجميل [1] (م ٩٥٥) حيث نصت على :

" La donation entr-vif ne pourrae'tr revoquee pour cause d'ingratitude que dans les cas suivants :
I- si donataire a attente a lavie du donateur;
2- s'il s'est rendu eoupable envers lui de sevices, de'lits ou ingures graves;
3- s'il luil refuse des aliments. "

أي أن الرجوع في الهبة لا يجوز إلا في الأحوال الثلاثة الآتية :

١- إذا تعدى الموهوب له على حياة الواهب (ودون اشتراط صدور حكم قضائي بهذا التعدي أو الشروع فيه أو وقوعه تحت طائلة قانون العقوبات) .

٢- إذا أساء الموهوب له إلى الواهب إساءة جسيمة أو ارتكب نحوه جريمة جسيمة أو إهانة جسيمة .

٣- إذا امتنع عن إعطائه نفقة .

ونكتفي بهذا النص الذي يفسر مشروعية الرجوع في عقد الهبة بنص تشريعي مقنن لأننا سنفصل أحكام هذا الرجوع مستقبلا .

وفي التقنين المدني المصري الحالي - ويحمد له ذلك - نجده قد استقى معظم أحكام الرجوع في عقد الهبة من أحكام الشريعة الإسلامية فأجاز للواهب أن يرجع في هبته إذا قبل الموهوب له ذلك أو إذا قرر القضاء ذلك لعذر مقبول ولم يوجد مانع من موانع الرجوع في عقد

١- د/ عبد الرزاق السنهوري – نظرية العقد ص٧٢٣ بند ٦٧٩ ط مطبعة دار الكتب المصرية ١٣٥٣هـ – ١٩٣٤م ، وانظر د/ محمد كامل مرسي – شرح القانون المدني الجديد العقود المسماة ج٢ ص١٧٢ ط١٩٥٢ .

الهبة [1] ، وفي هذا تنص المادة : ٥٠٠ من التقنين المدني المصري على أنه " (١) يجوز للواهب أن يرجع في الهبة إذا قبل الموهوب له ذلك .

(٢) فإذا لم يقبل الموهوب له جاز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له في الرجوع متى كان يستند في ذلك إلى عذر مقبول ولم يوجد مانع من الرجوع " [2] ومقتضى هذه المادة الصريحة أن الرجوع في عقد الهبة ليس تحكمياً في القانون المصري من جهة الواهب وبإرادته المنفردة ، إذ أن الواهب لا يستطيع الرجوع إلا إذا رضي بذلك الموهوب له بذلك الرجوع؛ ومن ثم فإن هذا التراضي على الرجوع في الهبة لا يعدو أن يكون إقالة منها ، فإذا لم يتم ذلك التراضي فإن الرجوع لا يكون إلا بواسطة القضاء وبعذر يقبله القاضي (وهو أشبه - في رأينا - بالفسخ القضائي) .

وعلى كل حال فنحن لسنا في مجال إبراز محاسن أو مثالب القوانين المدنية العربية ولكننا - وهو ما نؤكده - أن حق الرجوع في العقد أمر مقرر في القانون المصري والكويتي بنصوص مقننة لا لبس فيها ولا غموض بإجماع الفقه القانوني المصري والفقه القانوني الكويتي [3] .

إلا أن التقنين المدني الكويتي : خالف رأي الحنفية في جواز الرجوع في الهبة - كقاعدة عامة - ما لم يوجد مانع من موانع الرجوع - ويتفق مع رأي جمهور فقهاء المسلمين من حيث عدم جواز الرجوع في

١- انظر : بند ٧٠ – ٨١ من هذا البحث س

٢ -يقابل هذه المادة في التقنينات العربية : في التقنين المدني السوري م٤٦٨ وفي التقنين المدني الليبي م٤٨٩ والتقنين المدني العراقي م٦٢٠ والمواد من ٥٢٤ - ٥٣٠ من القانون اللبناني .

٣- انظر د/ عبد الرزاق السنهوري – الوسيط ج٥ ص١٨٤ وما بعدها ، د/ محمد كامل مرسي المرجع السابق ص١٨١ ، د/ جمال زكي – العقود المسماة ص١٦١ – ١٩٦ ، د/ عبد المنعم الصدة – المرجع السابق ص١١٢ ، د/ أكثم الخولي – العقود المسماة ص١٦٦ ط١٩٥٧م – أد. بدر اليعقوب – عقد الهبة في القانون المدني الكويتي ط١٩٨٦م ص٤٢٧ .

الهبة - كأصل عام - إلا للأبوين فيما وهباه لولدهما ، وهو بذلك قد انفرد من بين القوانين المدنية العربية في تقرير هذا الحكم [1] .

وتجدر الإشارة إلى أن كلا من القانونين المدني المصري والكويتي يتفقان بعد ذلك في جواز الرجوع في الهبة من قبل الواهب وحده إذا استند في رجوعه إلى عذر مقبول [2] .

أما عن الرجوع في العقد بسبب الخيار : فإن النظم الوضعية ومبادئها العامة أخذت بمبدأ " الخيارات في العقد " والرجوع فيه بسبب هذه الخيارات " .

فالنظم القانونية الوضعية تعرف كلا من " الشرط والأجل " في العقد؛ وكل منهما أما أن يكون واقفا أو فاسخا ، والشرط الواقف لا علاقة لنا به لأنه لا يتصل بالخيار وما يهمنا هو " الشرط الفاسخ " وهو ما يقابل " خيار الشرط " في الفقه الإسلامي .

والشرط الفاسخ أو ما يطلق عليه بعض الفقه - وهو الرأي الأولى بالقبول لدينا - " شرط التقييد " [3] هو أمر مستقبل غير محقق الوقوع ، فإذا وقع فقد أنهى التزاما وجد من قبل وإذا تخلف فقد تأكد استقرار هذا الالتزام " والشرط الفاسخ (أجل التوقيت) إذا كان مستقلا عن إرادة الطرفين فهو شرط احتمالي صحيح طبقا لمبادئ القانون المدني وكذلك يعتبر صحيحا إذا ما اتصل بإرادة المدين أو الدائن؛ فيصح تعليق فسخ

١- د. بدر جاسم اليعقوب – عقد الهبة في القانون المدني الكويتي ط١٤٠٦هـ – ١٩٨٦ ص٤٢٧ وانظر المادة ١/٥٣٧ مدني كويتي التي تنصل على هذا الحكم .

٢- انظر : المادة ٢/٥٠٠ من التقنين المدني المصري ، والمادة ٢/٥٣٧ مدني كويتي التي تنص على " ومع ذلك يجوز في غير هذه الحالة الرجوع في الهبة بترخيص من القضاء إذا استند الواهب في ذلك إلى عذر مقبول " .

٣- د/ عبد الناصر العطار – نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية والبلاد العربية ص٩٠ ط١٩٧٥م وانظر في هذا المعنى بالتفصيل لنفس المؤلف " نظرية الأجل في الالتزام ص٥٨ – ٦٦ ط١٩٧٨م .

الالتزام على إرادة الدائن أو على إرادة المدين " [1] فإذا ما قام الدائن أو المدين باستعمال حقه بفسخ العقد أو الالتزام طبقا لأجل التوقيت هذا ، فإن التكييف القانوني لذلك هو أنه (رجوع عن العقد بسبب خيار الشرط أو أجل التوقيت) ، والأمر عينه في خيار الوصف فقد عرفت مبادئ القانون الوضعي هذا النوع من الخيار ، إذ هو لا يعدو أن يكون صورة من صور خيار الشرط ، ويختلف عنه - فقط - في أن الأخير يرجع " الرجوع في العقد " بمقتضاه إلى شرط إرادي بحت هو إرادة الدائن أو المدين ، بينما يرجع أساسا " الرجوع في العقد " بمقتضى خيار الوصف إلى أمر خارجي هو فوات الوصف المرغوب في تحققه .

كما أن مبادئ القانون المدني تأخذ بخيار الرؤية وتبيح للعاقد حق الرجوع في العقد بمقتضاه؛ إذ أنه على رأي البعض - وإن كان رأيا مرجوحاً - "مجرد مكنة ومشيئة تسمح للمشتري بفسخ العقد " [2] بإرادته المنفردة حتى عند عدم وجود أي غلط بمجرد رؤيته للمبيع مادام لم يكن قد رآه وقت العقد .

وقد أشارت المادة ٤١٩ من التقنين المدني المصري - على استحياء - إلى خياري الوصف والرؤية اللذين يجيزان للعاقد الرجوع في العقد بقولها :

" (١) يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا ، ويعتبر هذا العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بيانا يمكن من تعرفه .

١- د/ حسن الزنون – النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني ص١٦٨ ط١٩٤٦م .

٢- د/ حسن الزنون – النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني ص١٧٣ .

(٢) وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع سقط حقه في طلب إبطال البيع بدعوى عدم علمه به إلا إذا أثبت تدليس البائع ".

كما أن القانون المدني يعرف كلا من خيار الرجوع وخيار القبول اللذين يطلقان يد صاحبهما في الرجوع في العقد وإنهائه بمقتضاهما .

وإلى الأول أشارت المادة : ١/٩١ من التقنين المدني المصري بقولها " ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه .. " .

وفي معرض شرح هذه المادة فإن جمهور الفقه والقضاء المصري على أن الرجوع في الإيجاب يجوز إذا كان الإيجاب غير ملزم ، أي لم يقترن بمدة ، كما " يلاحظ أنه يجوز الرجوع عن الإيجاب سواء أكان قد اتصل بعلم الموجه إليه أو لم يتصل بعد ، فاتصال الإيجاب بعلم الموجه إليه لا يجعله ملزما ولا يحرم الموجب من القدرة على الرجوع عن إيجابه " [١] مادام كان غير ملزم بأن كان غير محدد المدة ولم يصل إلى علم من وجه إليه أو وصل ولم يقترن به قبول .

أما خيار القبول فهو أمر مسلم من قبل الفقه والقضاء وبمقتضاه " يمكن أن يشترط أحد المتعاقدين أو كلاهما عند التعاقد حقه في الرجوع خلال فترة معينة " [٢] .

وإلى هذا أشارت المادة : ٢/٩٤ مدني مصري بقولها " ومع ذلك يتم العقد ولو لم يصدر القبول فورا إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول وكان القبول قد صدر قبل أن ينفض مجلس العقد " .

١- د/ لبيب شنب – المرجع السابق ص١٠٩ ، د/ حشمت أبو ستيت –نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد – مصادر الالتزام ص٩٥ ط١٩٥٤م ، د/ إسماعيل غانم – النظرية العامة للالتزام ص١٠٨ ط١٩٦٨م ، وانظر نقض مدني في ٢ يوليو ١٩٦٤ – مجموعة أحكام النقض المدني السنة ١٥ ص٨٩٥ طعن رقم ١٣٩ ، ونقض مدني في ١٩ يناير ١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض المدني السنة ٢٣ ص٦١ قاعدة رقم ١٢ .

٢- د/ جميل الشرقاوي – مصادر الالتزام ص٣٠٢ ، د/ عبد الناصر العطار – المرجع السابق ص٧٤ ، د/ اسماعيل غانم – المرجع السابق ص١١٩ ، وانظر نقض مدني في : ٢ مايو ١٩٦٣م السنة ١٤ مجموعة أحكام النقض المدني ص٦٥٣ طعن رقم ٦٣ .

١٣- الموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في تشريع الرجوع في العقد :

استبان لنا من خلال عرض آراء فقهاء المسلمين وآراء فقه ونصوص القانون الوضعي أن كليهما يعرفان الرجوع في العقد بنصوص تشريعية وفقهية عديدة - كما سبق بيانه - وإن كان الخلاف بينهما في مدى هذا الرجوع وأسلوبه ، وأنه ليس ثمة خلاف بينهما في هذا المجال.

١٤- حكمة تشريع الرجوع في العقد في الفقه الإسلامي :

يجب التسليم مبدئيا أن الرجوع في العقد هو استثناء واضح من القوة الملزمة للعقد باعتباره شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه أو تعديله أو إنهاءه إلا برضاهما معا .

غير أن الرجوع في العقد شرع لبواعث شتى إذ أن الواهب - في عقد الهبة - قد يعطي هبته ابتغاء ثواب أخروي أو لغرض دنيوي؛ أو مكافأة لجميل سابق أو لصلة رحم .. الخ مثل هذه البواعث " كاكتساب الصيت بإظهار الجود والسخاء " [١] فإذا كان الواهب " غرضه وجه الله تعالى فنفسه طيبة بما أعطت دون انتظار عوض دنيوي ، لكن ذلك أمر خفي لا يمكن ضبطه ، إذ المرجع فيه للعرف والعادة والقرائن ونية المعطي ، فإذا طلب الرجوع فيما وهب؛ علمنا أن له غرضا دنيوياً فيما أعطى وإلا فلا ، وإذن فيكون ملك الموهوب بعد قبضه إياه ملكا قلقا لعدم تبين غرض الواهب وطيبة نفسه به ، وعلى ذلك فتح له باب الرجوع إذا لم تطب نفسه بما أعطى " [٢] .

١-بدائع الصنائع للكاساني ج٨ ص ٣٦٩٩ ط١٩٧١م .

٢- فضيلة المرحوم أحمد إبراهيم بك – التزام التبرعات – بحث مقارن بمجلة القانون والاقتصاد السنة ٣ ص٣٦ .

فالشريعة الإسلامية لم ترى غضاضة في الرجوع في العقد إذا كان في ذلك دفع ضرر عمن استعمله أو جلب مصلحة له ودون أن يتعسف في استعماله؛ أي أن يكون الرجوع في نطاق عقود معينة وبضوابط محددة ارتأى الشارع الحكيم أنها لا تخل بالتوازن والاستقرار المطلوب في عقود المعاملات ، فإذا أضفنا إلى ذلك : النصوص والآراء على نفس " تشريع الرجوع في العقد " لعلمنا مدى مبلغ وحكمة الشارع في تشريع الرجوع في العقد .

ولعل هذه الحكمة تكون أكثر إيضاحا في مجال الرجوع في العقد بمقتضى خيار شرعي فيه ، إذ أن الخيارات الحكمية شرعت أصلا لغاية سامية وهي تنقية عنصر الرضا مما يكون قد علق به من شوائب توصلا إلى دفع الضرر عن العاقد؛ وسواء أكانت هذه الخيارات هي خيارات تروي تهدف إلى جلب منفعة للعاقد الذي له الحق فيها أم كانت خيارات نقيضة تهدف إلى جلب مصلحة له ، كما أن الخيارات الإرادية وهي تلك التي لا تنشا إلا إذا اتجهت إليها إرادة العاقد ومثالها خيار الشرط وخيار التعيين : يكون الدافع إليها هو التأمل في مدى صلاحية محل العقد له من عدمه وظروف التعاقد من حيث كونها مناسبة له أم لا ، فإن كانت الأولى أمضى العقد؛ وإن كانت الثانية رجع فيه بمقتضى المشورة والاختيار ولهذا شرع الرجوع في العقد كثمرة عملية لهذه المشورة وهذا التروي الذي اكتسب وجوده من الخيار كما هو الشأن في حالة المشتري الذي يشترط خيار التعيين في عقد البيع ، أما البائع فلا يتصور في حقه إلا

كون الخيار هو المشورة فقط [1] وفي هذا يقول الحطاب " والتروي لا يختص بالمبيع فقد يكون أيضا في الثمن أو في أصل العقد " [2] .

نخلص مما سبق إلى أن حكمة تشريع الرجوع في العقد كان لأغراض وأهداف سامية ترجع كلها إلى دفع الضرر عمن له حق الرجوع أو جلب مصلحة له وتمحيص إرادته حين يستبين له وجه الحق والمصلحة بهذا الرجوع .

١٥- حكمة تشريع الرجوع في العقد في القانون الوضعي :

لا يختلف الأمر في القانون الوضعي عنه في الفقه الإسلامي في حكمة وغرض الرجوع في العقد؛ إذ أن معظم أحكام الرجوع في العقد سواء كان رجوعا في عقد الهبة أم رجوعا في العقد بسبب خيار من الخيارات القانونية ، مستقاة من أحكام الشريعة الإسلامية؛ ومن ثم فإن حكمة تشريع الرجوع في العقد هي دفع الضرر عن العاقد أو تحقيق مصلحة مشروعة له كما أن ضرورة استقرار المعاملات وقواعد العدالة قد تقتضي إباحة هذا الرجوع في كثير من الأحيان ، ولعل أوضح الأمثلة على ذلك هو ما قررته المادة : ٥٠١ في معرض حديثها عن الأعذار التي تبيح للقاضي إجابة الواهب إلى طلبه كعذر مقبول للرجوع في الهبة بقولها " يعتبر بنوع خاص عذرا مقبولا للرجوع في الهبة :

١- أن يخل الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب أو نحو أحد من أقاربه ، بحيث يكون هذا الإخلال جحودا كبيرا من جانبه .

١- انظر في هذا المعنى د/ عبد الستار عبد الكريم أبو غدة – الخيارات وأثرها في التصرفات رسالة دكتوراه على الآل الضاربة من كلية الشريعة / جامعة الأزهر عام ١٣٩٥هـ – ١٩٧٥م ص١٧ ، ١٨ .

٢- مواهب الجليل للحطاب ج١ ص٥١٦ ط١٣٢٩هـ .

٢- أن يصبح الواهب عاجزا عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية أو أن يصبح غير قادر على الوفاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة على الغير .

٣- أن يرزق الواهب بعد الهبة ولدا يظل حيا إلى وقت الرجوع ، أو أن يكون للواهب ولد يظنه ميتا وقت الهبة فإذا به حي " وهو نفس ما قررته المادة ٥٣٨ من التقنين المدني الكويتي (موافق) .

فهذه المادة نصت على هذه الأعذار الثلاثة كأمثلة للأعذار المقبولة للرجوع في عقد الهبة ووضعت على سبيل الاسترشاد للقاضي دون أن تكون ملزمة له بإجابة العاقد إلى مطلبه بالرجوع في العقد .

وقد تكفل الفقه القانوني بإيضاح هذه الأعذار ، وجعل من جحود الموهوب له للواهب أو لأحد من أقاربه كأن يرتكب جريمة ضد أحد من هؤلاء عذرا مقبولا للرجوع، ويترك تقدير ذلك للقاضي [1] وهكذا في بقية الأعذار التي سنوضحها تفصيلا في حينها .

نخلص مما سبق إلى أن غرض تشريع الرجوع في العقد هو في القانون الوضعي - كالفقه الإسلامي تماما - هو دفع الضرر عن العاقد أو جلب مصلحة له وتحقيق العدالة المنشودة من التقنين بصفة عامة ، إذ المتأمل في الأعذار التي أشارت إليها المادة ٥٠١ من التقنين المدني المصري والمادة ٥٣٨ مدني كويتي يجد أن روح التشريع فيهما هي دفع الضرر عن الواهب أو تحقيق مصلحة له ولذوي قرباه الأقربين (ابنه).

١- د/ محمد كامل مرسي – المرجع السابق ص١٨٤ ، د/ جمال زكي المرجع السابق ص١٦٥ د/ أكثم الخولي المرجع السابق ص١٧٣ وانظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص٢٩١ .

١٦- الموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في حكمة تشريع الرجوع في العقد :

لا يوجد ثمة فرق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في حكمة تشريع الرجوع في العقد والغرض منه وغايته ، إذ هي ترجع كلها إلى تحقيق نوع من العدل النسبي المنشود بين العباد ودفع ما قد عسى أن يلحق العاقد من ضرر أو تحقيق نفع مشروع له ، ومن ثم فلا خلاف بينهما في هذا الصدد .

ولذلك نكتفي بهذه الإشارة الموجزة عن مدى التوافق بينهما في هذا المضمار .

١٧- صيغة الرجوع في العقد في الفقه الإسلامي والقانون المدني :

أولا : في الفقه الإسلامي :

المراد بصيغة الرجوع في العقد : هو كل ما يدل على إرادة العاقد في إنهاء الرابطة التعاقدية من قول أو فعل أو ما شابه ذلك ، فالرجوع في العقد يستفاد من كل ما يدل عليه بأي لفظ يفيده مثل : رجعت في العقد ، أو فسخته أو رددته ، أو أبطلته ، أو نقضته [١] .. الخ مثل هذه الصيغ الصريحة في إنهاء العقد .

كما يحصل الرجوع في العقد ضمنا بكل ما يدل على اشعار العاقد بحل وإنهاء الرابطة العقدية كصبغ الواهب للثوب الذي كان قد وهبه ، وكقيام البائع بأكل الطعام الذي كان قد باعه بشرط الخيار أو خلطه بطعام

١- انظر : الفتاوي الهندية ج٤ ص٣٨٦ ط١٣١٨هـ ، وانظر بدائع الصنائع ج٧ ص٣٣٢٣ وانظر حاشية بن عابدين – المرجع السابق ج٤ ص٥٩٢ والمهذب ج١ ص٢٦٤ والمغني لابن قدامة ج٦ ص٢٨٢ .

من غير جنسه ، والمرجع في ذلك عرف المتعاقدين وعاداتهم [1] طبقا لقاعدة تغير الأحكام بتغير الأزمان إذ المعروف عرفا كالمشروط شرعا . [2]

ثانيا : في القانون الوضعي :

لا يختلف القانون الوضعي في كثير أو قليل في هذا الصدد عما قرره الفقه الإسلامي حيث يحصل الرجوع في العقد فيه بأي لفظ يفيده أو فعل يقرره طبقا لما إذا كان هذا الرجوع صريحا أو ضمنيا ، وبما أن الرجوع في العقد - كما سنعرف مستقبلا - وخاصة في القانون المدني المصري لا يكون إلا بالتراضي (اتفاق الطرفين على الرجوع) وهو ما يسمى بالإقالة ، أو بالتقاضي (وذلك في نطاق الرجوع في عقد الهبة فقط) ومن ثم فإن أحكام الفسخ الاتفاقي والقضائي - الصريح والضمني تنطبق على هذا الرجوع .

أما الرجوع في العقد بمقتضى خيار من الخيارات القانونية : فإن القانون المدني المصري - يؤيده الفقه والقضاء - صريح في تقرير وتأكيد حق العاقد في الرجوع في العقد بالإرادة المنفردة للعاقد - صاحب الشأن - دون تثريب عليه من قبل إرادة أي طرف آخر ، ومثال ذلك ما تنص عليه المادة : ٤٦١ من التقنين المدني بقولها : " في بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع يكون المبيع مفسوخا دون حاجة إلى أعذار إن لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد إذا اختار البائع ذلك " .

١- انظر في هذا المعنى – المجموع للنووي ج٩ ص١٨٤ ، ١٩٢ ط مطبعة الإمام .

٢- الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٩٩ .

ويطلق الفقه القانوني المصري على هـذه الحالـة " حالـة الفسـخ القانوني"؛ لأن القانون هو الذي نص صراحة على جواز حصوله بـإرادة الدائن وحده [١] .

ونحن لا نؤيد هذا الفقه فيما ذهب إليه من أسباغ وصف " الفسـخ " على هذه الحالة لمجرد أن إنهاء العقد يقع بالإرادة المنفردة للدائن ولمجرد أن القانون هو الذي نص صراحة على وقوع هذا الفسخ دون اللجوء إلى القضاء لتقريره ، ومن ثم نرى أن التكييف القانوني الصحيح لإنهاء العقد هو " الرجوع " فيه وليس الفسخ ، وإذا كان كلاهما قريب من الآخـر - حيث يترتب الأثر الرجعي على وقوع كل منهما - إلا أن أساس كل مـن " الرجوع " أو " الفسخ " وطبيعته وشروطه ونطاقه يختلف عن الآخـر . إختلافاً كبيراً ليس هذا مجاله .

كما أن الرجوع في العقد المقترن بخيار (كخيار الشرط) يتم فـي القانون الوضعي بمقتضى الشرط الفاسخ، ومن ثم لا يشترط أن يوافـق المدين على ذلك [٢] ودون حاجة إلى أعذار بذلك عند اتفاق المتعـاقدين على هذا في صلب العقد [٣] .

وتأسيسا على ما تقدم فإن الرجوع في العقد بمقتضى الشرط الفاسخ؛ أو بمقتضى نص في القانون؛ أو بمقتضى النص على حالات خاصة لهذا الرجوع كما في الهبة؛ يمكن أن يتم صراحة أو دلالة بما يدل على إنـهاء الرابطة العقدية .

١- د/ لبيب شنب – المرجع السابق ص٣٠٤ ، د/ إسماعيل غانم – المرجع السابق ص٣٣٢ .

٢- د/ لبيب شنب – المرجع السابق ص٣١٤ وانظر نقض مدني في ١٦ ديسمبر سنة ١٩٧١ مجموعة أحكام النقض – الدائرة المدنيـة السنة ٢٢ رقم ١٧٣ ص١٠٣٤ .

٣- انظر نقض مدني في ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض المدني السنة ١٦ رقم ١٤٩ ص٩٤٣ .

ورغم أن القانون لم ينص صراحة على كيفية الرجوع الصريح أو الضمني في العقد إلا أننا نعتقد أن الرجوع الصريح - باعتباره واردا على خلاف القواعد العامة يكون " بإعذار " الطرف الآخر سواء أكان ذلك على يد محضر أو بخطاب مصحوب بعلم الوصول أو بخطاب عادي - الخ طرق الإعذار القانوني وذلك حتى يتسنى له عند منازعة الطرف الآخر له في هذا الرجوع أن يثبت سبق إعلام وتنبيه المتعاقد الآخر عما هو مقدم عليه من إنهاء العقد بالرجوع فيه وباعتبار الإعذار شرطا لوقوع هذا الرجوع (الفسخ) [١] .

أما الرجوع الضمني فإنه يكون بكل ما يدل على نية المتعاقد في الرجوع في العقد ، وإلى هذه أشارت محكمة النقض بقولها - في معرض تعرفها للإقالة الضمنية - وهي ما يتم به الرجوع في عقد الهبة ضمنا "متى كان الحكم قد استخلص نية المتعاقدين على التفاسخ وحصل منهم الوقائع فيها من قرائن موضوعية مؤدية إلى النتيجة التي انتهى إليها فإن ذلك مما يستقل به قاضي الموضوع " [٢] .

ولا شك أن هذا قضاء حسن حين أخضع تقدير " ماهية الرجوع الضمني" لقاضي الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض باعتبار ذلك من مسائل الواقع التي يستقل بنظرها .

والفقه المصري يشير على استحياء وفي غموض إلى ما يفيد الرجوع الضمني في العقد (عقد الهبة) بأن هذا الرجوع يتم - مثلا - ببيع الشيء الموهوب أو رهنه . [٣]

١- انظر نقض مدني في ١٩٥٧/٢/٢١ السنة ٨ ص١٥٨ .

٢- نقض مدني في ١٩٥٧/٢/٢٤ مجموعة أحكام النقض المدني السنة ٨ ص٧٩ .

٣- انظر د/ محمد كامل مرسي – المرجع السابق ص١٦٠ .

١٨- الموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في صيغة الرجوع في العقد :

يستبين لنا من عرض آراء فقهاء المسلمين في صيغة العقد : أنهم كانوا بمثابة الينبوع الخصب للتقنين المدني وفقهه وقضاءه في بيان هذه الصيغة ومدلولاتها الصريحة والضمنية ، ومن ثم فنحن في غنى عن الإسهاب والإطناب في القول بموافقة القانون الوضعي للفقه الإسلامي تماما في هذا الصدد ، ولعل مرجع ذلك في رأينا - هو أن معظم أحكام الرجوع في العقد سواء أكان ذلك في نطاق الرجوع في عقد الهبة أم كان بمقتضى خيار من الخيارات القانونية : مستقاة ومستمدة من أحكام الفقه الإسلامي ، لأن الفقه الوضعي لم يستطع أن يثري هذا النوع من التصرف بمثل ما أثرى به غيره من التصرفات التي طغت - للأسف - على كثير من أحكام المعاملات .

المبحث الثالث

" الفرق بين الرجوع في العقد وما قد يشابهه من نظم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي "

في هذا المبحث نتحدث عن الفرق بين الرجوع في العقد وما قد يتشابه معه من نظم ومسميات تتقارب معه في الأحكام والآثار حتى نكون على بينة من أمر هذا الموضوع الذي نعالجه في إطار فني دقيق يستوجب إبراز هذه التفرقة ما أمكننا الجهد وأوفينا العهد .

١٩- الفرق بين الإسقاط والرجوع في العقد في الفقه الإسلامي :

يتفق الرجوع في العقد مع الإسقاط في أن كلا منهما يتم بالإرادة المنفردة لذوي الشأن فيهما . ويفترقان بعد ذلك في كل شيء .

فالرجوع في العقد : أمر متعلق بعقد من العقود سواء كان عقداً مسمى أم غير مسمى .

أما الإسقاط فإنه يتعلق بالحقوق ولا يتعلق بالأعيان أبدا ، إذ الأخيرة لا تقبل الإسقاط لأنه إزالة وإنهاء وإفناء يزول به محله ويتلاشى؛ والأعيان لا تزول ولا تتلاشى بقول من مالكها .

وترتيبا على ما تقدم فإن إسقاط الحق يراد به " " إنهاؤه بزواله وتلاشيه لا بنقله من مالك إلى آخر ، فالشفيع إذا أسقط حقه في الأخذ بالشفعة بقوله: تركت هذا الحق أو أسقطته مثلا ينتهي حقه في الشفعة ويتلاشى بهذا القول الصادر بإرادته المنفردة؛ فلا يملك بعد ذلك أن يطالب بالشفعة بناء عليه ولم ينتقل به هذا الحق إلى غيره [١] .

١- الشيخ علي الخفيف " التصرف الإرادي والإرادة المنفردة ص٢٤٥ ط١٩٦٤م .

وإذا كان الإسقاط يتعلق بالحقوق سواء كانت حقوقا شخصية كالدين والشفعة وكحق الخيار ، أم كانت حقوقا عينية كحق الرهن ، وحق الحبس ، وحق الارتفاق ، وحق الامتياز ، وحق الملكية - على خلاف في هذا الصدد بين علماء الفقه الإسلامي - إذ أن هذه الحقوق جميعها تقبل الإسقاط ويتم فيها بالإرادة المنفردة : إلا أن الحقوق التي لا تقبل الإسقاط - على الجملة " هي الحقوق التي لا تحمل في طيها معنى التكليف ولم يتعلق بها حق لغير صاحب الحق ، وليست حقا ذاتيا يثبت لصاحبه باعتبار ذاته وشخصه ، ولم يكن في سقوطه تغيير للشرع ، أما ما كان من هذا القبيل فلا يقبل الإسقاط وذلك كحق الرجوع في الهبة فإن في سقوطه بالإسقاط تغيير للشرع ، إذ الهبة إنما شرعت مستتبعة حق الرجوع فيها .. وحق الميراث لأنه سبب عن الوفاة بنص الشارع فلا ينفك عنه ، وحق السكنى في بيت العدة لأن فيه تكليفا على المعتدة لأنه حق لله عليها"[1] .

نخلص مما سبق إلى أن هنالك فرقا بين الرجوع في العقد وبين الإسقاط (إسقاط الحق) فرغم أن كلا منهما يحدث بالإرادة المنفردة ودون توقف على رضا الطرف الآخر ، إلا أن كلا منهما له خصائصه المميزة ونطاقه المحدد . إذ الرجوع يتعلق بالأعيان والحقوق (العقد) بينما لا يكون الإسقاط إلا في نطاق معين من الحقوق لا يكون فيها معنى التكليف ولم يتعلق بها حق للغير؛ مع أن الرجوع قد يكون في عقود تعلق بها حق للغير - كما سنعرف مستقبلا - هذا فضلا عن أن الرجوع في العقد - لخطورته العملية - ثبت بمقتضى أدلة نقلية وعقلية كحكمة

١- فضيلة الشيخ / علي الخفيف – المرجع السابق ص٢٥٠ – ٢٥١ .

ظاهرة؛ وغاية مرجوة ابتغاء دفع الضرر عن الفرد أو المجتمع أو جلب المصلحة لهما أو لأيهما - كما سبق أن بيناه في حينه .

بينما يكون الإسقاط بمقتضى إرادة الفرد الشخصية شريطة عدم التعسف في استعماله (كمبدأ عام في الفقه الإسلامي نزولا على قاعدة لا ضرر ولا ضرار) وهو أمر غير متصور لشخص يتنازل عن حق له بمحض إرادته ودون أن تكون إرادته مشوبة بعيب أو نقص في أهليته .

٢٠- الفرق بين الرجوع في العقد والإسقاط في القانون الوضعي:

الرجوع أمر يتعلق بالعقد سواء كان هذا العقد ينتظم شيئا ماليا أم لا ، ولكن الإسقاط في القانون الوضعي لا يتعلق إلا بالحقوق المالية فقط ومن ثم فهو يعتبر حقا ماليا ، ولذلك كان اسقاط الحقوق في القانون الوضعي أوسع مجالا من الشريعة الإسلامية ، وعلى ذلك : فالحق المالي يقبل الإسقاط سواء كان حقا شخصيا أم كان حقا عينيا ، فحق الأجل ، وحق الرجوع في الهبة ، وحق الموصي في الرجوع عن وصيته؛ حقوق تقبل الإسقاط في نظر القانون الوضعي وفقهه.[١]

أما الحقوق التي لا تقبل الإسقاط في القانون الوضعي فهي تلك الحقوق التي تتضمن تكليفا أو تعلق بها حق للغير؛ لأن الإنسان لا يملك اسقاط تكليف عنه ولا إسقاط حق غيره .

غير أن إسقاط حق الملكية - وهو من الحقوق العينية - هو الذي يثير صعوبة؛ إذ هو محل نظر بين فقهاء القانون الوضعي وخاصة إذا تعلق الحق العيني بملكية عقارية

١- انظر : د/ حامد فهمي في مقال له بمجلة القانون والاقتصاد – السنة الأولى ص١٧ .

وإلى هذا الأمر أشارت المادة : ٨٧٤ من التقنين المدني المصري بقولها " ١-الأراضي غير المزروعة التي لا مالك لها تكون ملكا للدولة

٢-ولا يجوز تملك هذه الأراضي أو وضع اليد عليها إلا بترخيص من الدولة وفقا للوائح .

٣-إلا أنه إذا زرع مصري أرضا غير مزروعة أو غرسها أو بنى عليها تملك في الحال الجزء المزروع أو المغروس أو المبني ولو بغير ترخيص من الدولة ، ولكنه يفقد ملكيته بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمس عشرة سنة التالية للتمليك" .

وظاهر من نص هذه المادة - دون تفصيل - أن ملكية العقار لا يجوز اسقاطها أو التنازل عنها بالإرادة المنفردة وأنها تبقى لصاحبها في غير هذه الحالة المنصوص عليها .

أما الملكية المتعلقة بالمنقول فلا خلاف في جواز اسقاط الحقوق المتعلقة بها والتنازل عنها طبقا لنص المادة :٨٤١ مدني مصري ، ومن المسلم به أن طبيعة حق الملكية في العقار والمنقول واحدة ، ومن ثم فإن التفرقة بينهما لا أساس لها إلا إذا ردت إلى أسباب اجتماعية واقتصادية ترجع إلى أحكام النظام العام للدولة .

٢١- الموازنة والترجيح بين الرجوع في العقد وإسقاط الحق في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي :

يستبين من عرض أحكام الإسقاط في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي أنهما يتفقان في ماهية الإسقاط من حيث أن الإسقاط لا يتعلق بالأعيان وإنما يتعلق بالحقوق سواء كانت حقوقا شخصية أم عينية

، ومن ثم فالإسقاط فيهما يعني : التنازل والتخلي عن حق من الحقـــوق المشروعة حتى وإن كان محلها الأعيان .

غير أن الضوابط التي وضعها الفقه الإسلامي للإسقاط كانت أكـــثر إحكاما وأدق تنظيما، لأن إسقاط الحق فيه يراد به إنهاؤه بزواله وتلاشـيه بالإرادة المنفردة باعتباره مصلحة مستحقة شرعا مختصـــة بصاحبـــها ، وأن له بمقتضى هذا الاختصاص أن يطالب بها وأن - يطلب منع تعرض الغير لها [1] ، ومن ثم فإن الحق بمعنى الملـــك والاختصـــاص يـــزول بالإسقاط حتى وإن تعلق بملكية عقارية ، بينما يمنع القانون الوضعي حق اسقاط الملكية العقارية بالإرادة المنفردة .

هذا فضلا عن أن نطاق الإسقاط في الفقه الإسلامي أضيق منه فـــي القانون الوضعي وهذا التنظيم " الضيق " له؛ يمنعه من الاختلاط بغـــيره من النظم التي قد تتشابه معه ، فالفقه الإسلامي لا يقر حق إسقاط الأجل؛ وحق الرجوع في الهبة لا يقبل الإسقاط .. الخ لأن مثل هـــذه الحقـــوق والرجوع فيها له أسسه وضوابطه التي تختلف عن الإسقاط مـــن حيـــث الموضوع والسبب والأثر ، عكس القانون الوضعي الذي يقر إسقاط هـذه الحقوق وأشباهها ، وفي هذا التوسع ما لا يخفى من الغـــرر واختـــلاط النظم ببعضها ، الأمر الذي تلاشته الشريعة الإسلامية على النحو السـابق بيانه .

١- انظر الشيخ / علي الخفيف – المرجع السابق ص٢٤٥ – ٢٥٢ .

٢٢- الفرق بين الرجوع في العقد والإباحة في الفقه الإسلامي :

الإباحة في اللغة هي : اطلاق بعد حظر . [١]

ويراد بها في عرف الفقهاء : تسليط أو اذن يصدر من الإنسان بالانتفاع أو بالتملك [٢] للشيء ، كالإذن يصدر من الإنسان لغيره باستعمال حقيبته أو ركوب سيارته ، أو المبيت في مسكنه ، وهذه أمثلة للتسلط على الانتفاع بالشيء ، أما التسلط على التملك فكالدعوة إلى وليمة ، أو نثر نقود في حفلة عرس ، حيث يتملك الطعام بتناوله ، والنقود تملك بحيازتها أو احرازها بتناولها أو وقوعها في حجر أحد الحاضرين ، وسواء في ذلك أن - يصدر الإذن أو التسليط من مالك العين أم من مالك المنفعة كالمستعير ، والمستأجر ، والموقوف عليه [٣] .

والإباحة بالمعنى السابق لا تحتاج إلى لفظ معين ، بل تكفي فيها القرائن كتقديم الطعام لفقراء المسلمين [٤] وإلى هذا الحد تكاد تتفق الإباحة والرجوع في العقد من أحكام .

غير أن أهم ما يفترق فيه كل منهما عن الآخر : أن الإباحة ليست من قبيل التعاقد ولا تتعلق بعقد من العقود " إذ هي لا تحتاج إلى الإيجاب والقبول وإنما توجد بمجرد الإذن القولي أو الفعلي ، كما أنه لا يشترط فيها أن يكون المأذون له معينا معلوما للآذن وقت الإذن لا بشخصه ولا باسمه " [٥] .

١- انظر المصباح المنير ج١ ص٨٢ .

٢- الشيخ / علي الخفيف التصرف الانفرادي الإرادة المنفردة ص٢٥٣ ، وانظر في هذا المعنى الشيخ أحمد إبراهيم – التزام التبرعات – بحث بمجلة القانون والاقتصاد السنة الثالثة – العدد الول – ص٦٥ ، د/ محمد سلام مدكور نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء – بحث مقارن ص٤٦ – ٥٠ ط١٩٦٥م المطبعة الثانية .

٣- انظر الفتاوي الهندية ج٤ ص٢٧٤ ، الشيخ على الخفيف – المرجع السابق ص٢٥٣ .

٤- انظر البحر الزخار ج٣ ص١٤٢ ط١٣٦٧هـ – ١٩٤٨م .

٥- د/ محمد سلام مدكور – المرجع السابق ص٤٩ .

بينما قد يتعلق الرجوع بعقد من العقود المالية . ويفترق كل منهما عن الآخر في أن الإباحة تكون إذنا أو تسليطا من الله على الشيء محل الإباحة وتكون من الأفراد بعضهم مع بعض ، بينما لا يتعلق الرجوع في العقد إلا - بعقد يتعلق بمعاملة بين الأفراد بعضهم مع بعض فقط ، والإباحة تكون - في بعض التعريفات - بمعنى تخيير المكلف بين الفعل والترك بلا استحقاق ثواب ولا عقاب [1] .

بينما يكون الرجوع في العقد مقترنا في بعض الأحيان بجزاء يتمثل في تعويض يطالب به الطرف الآخر إذا أسيء استعماله أو لم تراعى شروط استعماله .

٢٣- الفرق بين الرجوع في العقد والإباحة في القانون الوضعي :

كان القانون الجنائي أكثر إثراء لإبراز ماهية الإباحة عن القانون المدني ، ونود التنبيه إلى أنه لا شأن لنا بالإباحة ومعناها في القانون الجنائي [2] ، لأن بحثنا بتعلق بالرجوع في العقد ، وهذا الرجوع يرتبط أصلا بالقانون المدني والذي هو عصب بحثنا هذا ، ومن ثم فإن الإباحة في القانون المدني المصري - وإن لم يرد بشأن ماهيتها نص معين - هي : ما قد يكون متعلقا بتنظيم الحياة الاجتماعية بين الأفراد في الدولة غير منصوص على فعله أو اجتنابه بنص أمر أو متعلقا بقاعدة قانونية من قواعد النظام العام والآداب .

١- انظر المستصفي للغزالي ج١ ص٧٤ ط المطبعة الأميرية ، د/ محمد سلام مدكور – المرجع السابق ص٢٣ – ٥٠ .

٢- انظر في معنى الإباحة في القانون الجنائي : د/ محمود نجيب حسني – دروس في قانون العقوبات (القسم العام ص٢٣-٣٤ ط١٩٥٧م ، د/ علي راشد – مبادئ القانون الجنائي ج٢ ص٢٧٧ الطبعة الثالثة ، د/ محمود مصطفى – شرح قانون العقوبات (القسم العام) ص٤٤ – ٤٥ط ١٩٦٠ – ١٩٦١م .

فالقانون الوضعي خول للأفراد حق تنظيم معاملاتهم الاجتماعية وعقودهم المدنية [1] فيما لم يرد فيه نص معين يحظر مخالفته ، لتعلقه بالنظام العام أو الآداب أو قاعدة آمرة ، كما هو الشأن حين نص على أن يكون محل العقد مشروعا ، وعلى أن يكون المحل معينا أو قابلا للتعيين .. وهكذا .

وفيما عدا ما نص عليه فإنه خول للأفراد حق اتيانه أو تركه ، إذ الأفراد مميزون في تصرفاتهم الشخصية دون مساس بقواعد النظام العام والآداب .

وهذا ما يتفق مع جوهر الإباحة في الفقه الإسلامي ، ومن ثم فإن الإباحة في القانون الوضعي تختلف عن الرجوع في العقد : من حيث أنها لا تتعلق بعقد من العقود ، وإنما هي تصرف قانوني قد يتعلق بعقد أو غيره من أنواع التصرفات القانونية ، بينما يتعلق الرجوع في العقد بـ " عقود معينة " على سبيل الحصر من حيث نطاقه الموضوعي - كما سنعرف في حينه - كما أن الإباحة قانونا : هي مجرد " تخيير " بين الإقدام على تصرف معين من عدمه في حدود القانون ، أما الرجوع في العقد فإنه محاط بضوابط وشروط معينة وتنتج عنه آثار محددة ، بل قد يقترن بجزاء إذا ما شابه تعسف في استعماله يتمثل في تعويض الطرف الآخر عن هذا التعسف موضوعيا أو إجرائيا .

١- انظر د/ عبد الحي حجازي – نظرية الالتزام ص٢٣ - ٣٤ ، ط١٩٥١ – ١٩٥٢م .

٢٤- الموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في الفرق بين الإباحة والرجوع :ـ

يتفق الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في ماهية الإباحة من حيث أنها ما أجيز للمكلف فعله وتركه بلا استحقاق ثواب ولا عقاب ، وأنها لا تتعلق بعقد من العقود ، وإنما هي تصرف شرعي أو قانوني خوله المشرع للأفراد يستعملونه كيف شاءوا مالم يرد على النهي به نص شرعي أو قانوني آخر . بينما الرجوع في العقد يتعلق بعقد من عقود المعاوضات المالية بمعايير وضوابط ووسائل محددة لاستعماله واحداث آثاره ، ومن هنا كان الفرق بين المعنيين متحدا في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، نزولا على مبدأ أن " العقد شريعة المتعاقدين " ومبدأ " سلطان الإرادة " في كلا الفقهين .

غير أن دائرة الإباحة في القانون المدني أوسع منها في الفقه الإسلامي لأن الأول جاءت أحكامه في الغالب تخييرية يباح الاتفاق على ما يخالفها إلا بالنسبة للقواعد المتعلقة بالنظام العام أو الآداب بخلاف الفقه الإسلامي الذي حدد دائرة ما علم أنه لا يترتب على أصل فعله أو تركه نفع أو ضرر . [١]

وإذا كان هذا الخلاف بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في مفهومهما للإباحة لا يعنينا في كثير أو قليل لخروجه عن نطاق بحثنا إلا أن الإباحة في كل منهما تختلف عن الرجوع في العقد من حيث النطاق والآثار على النحو السابق ذكره باتفاقهما عليه في هذا الصدد . [٢]

١- انظر د/ سلام مدكور – المرجع السابق ص٦٠ .

٢- هذا ويلاحظ أن هنالك فروقا عديدة بين " الرجوع في العقد " وبين ماقد يقاربه من نظم أخرى غير الإباحة كالإقالة والفسخ والبطلان .. الخ ، إلا أننا آثرنا الاقتصار على ما ذكرناه في المتن لعدم الإطالة ولعدم وجود تشابه دقيق بين هذه النظم وبين الرجوع في العقد .

المبحث الرابع

" خصائص الرجوع في العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي "

٢٥- الخصائص العامة للرجوع في العقد :

هناك خصائص أساسية ورئيسية للرجوع في العقد يختص بها وتجعله في منأى عن الاشتباه بغيره ، وسنتحدث عن هذه الخصائص في البند التالي ، وهناك خصائص عامة يشترك فيها مع غيره من وسائل إنهاء الرابطة العقدية ويمكن استنتاجها من بين ثنايا المسائل الفقهية في تعريفاتها المختلفة وهو ما سنتحدث عنه في هذا البند .

واستقراءا لأقوال الفقهاء فإن هذه الخصائص العامة للرجوع لا تخرج عما يلي :

أ- يختص الرجوع في العقد بكونه "تصرفا شرعيا " وليس عقدا جديدا فيما بين طرفي العقد المزال بالرجوع ، ومن المعروف أن "التصرف الشرعي " هو : كل ما يصدر عن الشخص ويرتب عليه الشارع أثرا شرعيا . (١)

والقانون المدني ينزل على دلالة التصرف الشرعي في الفقه الإسلامي؛ إذ عرفه الفقه القانوني بأنه " كل ما صدر بإرادة دالا على إنشاء حالة قانونية نافعة أو ضارة أو على استبدال حالة جديدة بأخرى كذلك ، ويدخل تحته من الإطلاقات .. والتقييدات .. والإسقاطات كالوقف

١- د/ مصطفى الزرقا – المرجع السابق ص١٩٥ ، وانظر الشيخ / محمد أبو زهرة الملكية ونظرية العقد بند ١٠٩ .

والطلاق وقبول الهبة والوصية ورد المبيع بخيار شرط أو عيب أو ما أشبه ذلك " [1] .

فالتصرف الشرعي أو القانوني يشمل العقد كما يشمل الإرادة المنفردة ، ومن ثم فهو أعم من العقد في كلا الفقهين . [2]

ب- الرجوع في العقد يقع حال الحياة تارة وبعد الوفاة (بواسطة الورثة) تارة أخرى ، ولا يقال أنه يقع حال الحياة في الحال في الحالة الأخيرة لأنه يقع بواسطة أحياء (الورثة) لأن الرجوع وإن وقع بواسطة الورثة الأحياء إلا أن أثره يعود إلى الماضي من وقت العقد الذي أبرمه السلف فكأن الأخير هو الذي أبرمه .

وكون الرجوع يقع بعد الحياة - على ما أسلفنا - نجد أن الفقه الإسلامي قد ذهب في ذلك مذاهب شتى .

فذهب المالكية [3] – ومن وافقهم - إلى القول بصحة وراثة خياري الشرط والرؤية ومن ثم فهو يقع بواسطة من له الحق فيه أو بواسطة ورثته بعد موته .

وذهب الحنفية [4] والحنابلة [5] إلى أن الخيار في العقد ينقطع بوفاة من له الحق فيه فلا يورث عنه لأنه مجرد إرادة ومشيئة والإرادات لا تورث ومن ثم فالرجوع لا يقع بعد الوفاة .

١- الأستاذ / حامد فهمي – ف مقال له بمجلة القانون والاقتصاد – السنة الأولى ص١٧ ، وقارن د/ حسن الشاذلي – نظرية الشرط في الفقه الإسلامي ط دار الاتحاد العربي للطباعة ص٣٩ ، فضيلة المرحوم / عيسوي أحمد عيسوي – المدخل للفقه الإسلامي ط دار التأليف .

٢- انظر د/ عبد المنعم الصدة – مصادر الالتزام ص٤٠ ، د/ عبد المنعم البدراوي – النظرية العامة للالتزام ص٣٩ –ط ١٩٧٥.

٣- انظر : بداية المجتهد ج٢ ص٢٣٨ ط١٩٧٥م .

٤- انظر : حاشية بن عابدين ج٤ ص٥٨١ .

٥- انظر : شرح منتهى الإرادات ج٢ ص١٧٠ والقواعد لابن رجب ص٣٤٢ .

وذهب الشافعية في هذا الصدد إلى موافقة المالكية في أرجح الأقوال لديهم من أن الخيار يورث وبالتالي يصح الرجوع في العقد بمقتضاه لمن كان له الحق فيه .

بينما ذهبوا في قول مرجوح لهم إلى عدم صحة ذلك وموافقة الحنفية والحنابلة فيما ذهبوا إليه في هذا الصدد [١] .

ونحن من جانبنا نميل إلى ما ذهب إليه المالكية من حيث صحة وراثة الخيار في العقد بضوابطه المعروفة لديهم ، ومن ثم فإن الرجوع في العقد - بناءا على هذا الرأي - يختص بكونه تصرفا يقع حال الحياة وبعد الوفاة كما بينا سابقا .

٢٦- الخصائص الخاصة للرجوع " تعدد هذه الخصائص " :

تنحصر خصائص الرجوع فيما يلي :

أ- يختص الرجوع بكونه يرد على نوعي العقود (الجائزة واللازمة) كالهبة والبيع على التوالي إذا اقترن الأخير بخيار من الخيارات؛ وهذا بالاتفاق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي . [٢]

ب- يختص الرجوع في العقد بأنه يكون ذا أثر رجعي ينسحب على الماضي ، أي أن الرجوع في العقد ينتج من وقت العقد الذي وقع الرجوع بشأنه من وقت الرجوع . [٣]

١- المهذب للشيرازي ج١ ص٢٦٦ .

٢- انظر في ذلك : ابن عابدين ج٥ ص٦٩٨ ، وبداية المجتهد ج٢ ط٣٧٩ ، والأشباه والنظائر للسيوطي ص٣٠٠ ، والمغني ج٦ ص٢٤٦ ، وفي فقه القانون الوضعي د/ اسماعيل غانم – السابق ص١١٩ ، د/ حشمت أبو ستيت – السابق ص١٠٧ .

٣- انظر : بداية المجتهد ج٢ ص٢٣٥ والمحلي لابن حزم ط١٩٧٥م ج٨ ص٤٤٢ ، د/ لبيب شنب – السابق ص٢٣١ ،د/ جميل الشرقاوي – السابق ص٣٠٠ .

ت- يختص الرجوع في العقد بأنه حق " مزدوج الاستعمال " فهو تارة يكون بالإرادة المنفردة لمن له الحق فيه ، وتارة لا يكون إلا بالتراضي " الإقالة " أو التقاضي على ما سنبينه في حينه . [١]

ث- يختص الرجوع في العقد بكونه تصرفا واجب العلم به إلى الطرف الآخر حتى ينتج أثره وذلك على أرجح الأقوال في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي .

ج- يختص الرجوع في العقد بكونه استثناءا من القوة الملزمة للعقد التي تقضي بعدم جواز نقضه أو تعديله أو إنهائه إلا برضاء الطرفين . [٢]

هذه هي خصائص الرجوع في العقد بوجه عام آثرنا أن نذكر عنها هذه النبذة الموجزة لخروجها عن نطاق البحث " انقضاء عقد الهبة بالإرادة المنفردة " ومن ثم فإننا نؤكد على سبيل الإجمال أن القانون الوضعي يتفق مع الفقه الإسلامي في أن الرجوع في العقد يرد على العقود اللازمة كعقد البيع المقترن بخيار ، وعلى العقود الجائزة كعقد الهبة ، وأن للرجوع في العقد أثر رجعي في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، وأن الأصل في كليهما أن الرجوع في العقد يقع بالإرادة المنفردة لمن له الحق فيه [٣] ، كما أن الرجوع في العقد تصرف

١- انظر : فتح القدير ج٥ ص١٣٨ ، القوانين الفقهية لابن جزي ص٢٨٢ ط بيروت ، المهذب للشيرازي ج١ ص٤٥٤ ، والمغني ج٥ ص٧ ، وفي فقه القانون الوضعي د/ إسماعيل غانم – السابق ص٢٩٣ ، د/ حشمت أبو ستيت – السابق ص٣٥٨ .

٢- انظر : المهذب ج١ ص٣٦٤ ، والقواعد لابن رجب ص١١٥ ، والمحلي ج٨ ص٢٤٦ ، وفي فقه القانون الوضعي : د/ عبد المنعم الصدة – مصادر الالتزام ص١١٢ ط٥٨ ، غانم – السابق ص٣١١ .

٣- انظر في هذه الخصائص تفصيلا :

أ- في الفقه الإسلامي ، حاشية بن عابدين – السابق ج٥ ص٦٩٨ ، وتكملة فتح القدير ج٧ ص١٢٩ ط١٣١٧هـ والبدائع للكاساني ج٨ ص٣٦٩٨ ط١٩٧١م ، وبداية المجتهد ص٢ ص٣٧٩ – ٣٨٣ والأشباه والنظائر للسيوطي ص٣٠٠ – ٣١٣ ، والمغني لابن قدامة ج٦ ص٢٤٦ – ٢٨٢ ط١٣٤٧ هـ، البحر الزخار ج٤ ص١٣٣ ، ١٤٠ ، والمحلي لابن حزم ج٨ ص٣٣٧ مسألة رقم

واجب العلم به إلى الطرف الآخر حتى ينتج أثره في الفقـــه الإســلامي والقانون الوضعي ، كما يختص الرجوع بأنه استثناء من القوة الملزمـــة للعقد [1] على النحو السابق ذكره .

١٤١١ ، د/ محمد يوسف موسى – الأموال ونظرية العقد ص٤٩٧ ، د/ مصطفى الزرقا – المرجع السابق ص٣٨٥ ، وانظر مشـــروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام الشافعي (مصر) م٥٨ منه طبعة ١٩٧٢ ، الشيخ علي الخفيف – السابق ص٥٣.

ب–في القانون الوضعي : د/ إسماعيل غانم – المرجع السابق ص١١٩ ، ٢٩٣ ، د/ عبد الناصر توفيق العطار أحكام العقود في الشـريعة الإسلامية والقانون المدني (عقد البيع) ص١٤٠ ، ١٤١ ط١٩٧٦ ، د/ حشمت أبو ستيت – المرجع الســابق ص١٠٧ ، ٣٥٨ ، د/ عبد الرزاق السنهوري – الوسيط ج١ هامش ٢٨ ص٢٢٩ ، د/ لبيب شنب – المرجع السابق ص١٢٥ ، د/ جميل الشرقاوي – السابق ص٣٠٢ – ٣٠٥ ، وانظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج٢ ص٨٠ ، ٨١ ، ومجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني الكويتي ص٣٩٧ وما بعدها .

١– انظر : البدائع ج٨ ص٣٨٢٦ ، بداية المجتهد ج٢ ص٣٤٧ ، المهذب للشيرازي ج١ ص٣٦٤ والمغني ج٤ ص١٢١ والشيخ علـــي الخفيف – أحكام المعاملات الشرعية ص١٣٢ ، ١٣٣ وفي فقه القانون : انظر : حجازي – عقد المدة ص٢٢٠ ط١٩٥٠ ، الصـــدة – السابق ص١١٢ .

الباب الأول

" الرجوع في عقد الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي "

٢٧- تمهيد وتوضيح :

إذا كان عقد الهبة قد استحوذ على اهتمام فقهاء المسلمين الأوائل نظرا لما له من أثر بالغ في حياة الأمم والأفراد من النواحي الاجتماعية والاقتصادية والخلقية : فإن الرجوع فيه وما يستتبعه من آثار لم يلق هذا الاهتمام من قبل كثير من فقهاء المسلمين وذلك لاعتبارات عديدة ، لعل أهمها - في رأينا - تصور عدم أهمية هذا الرجوع وندرته من الناحية العملية من جهة ، ومن جهة أخرى فإن هذا الموضوع من حيث ماهيته وكيفيته وآثاره على طرفي العقد والغير : هو بلا شك مثار مصاعب عديدة نظرا لتلك المسائل الشائكة أكاديميا ، الأمر الذي قد أثنى الباحثين عن المضي في بحث هذا الموضوع بحثا مستفيضا يتفق وما قد أصبح له من أهمية في المجتمعات المعاصرة مع ما صاحبها من تطور اقتصادي واجتماعي بالغ .

ونود التنبيه إلى أنه "عقد الهبة " في جوهره لا يتعلق بموضوع بحثنا أساسا وأن بحثنا ينحصر في " الرجوع " في الهبة فقط ، إلا أننا سنتناول القواعد العامة لهذا العقد حتى يتسنى الوقوف على هذه الأحكام التي يستوجبها البحث في " الرجوع " في عقد الهبة ثم نعرج - بعد ذلك على بحث أحكام الرجوع في الهبة تفصيلا .

وترتيبا على ما تقدم فإننا سنقسم هذا الباب إلى ثلاثة فصول :

الفصل الأول : ونتحدث فيه عن التكييف الشرعي والقانوني للهبة من حيث لزومها وعدمه ، قبل القبض وبعده في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي .

الفصل الثاني : ونتحدث فيه عن انقضاء عقد الهبة بالرجوع في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي .

الفصل الثالث : ونتحدث فيه عن القيود الواردة على حق الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي .

الفصل الأول

" التكييف الشرعي والقانوني للهبة [1]

من حيث اللزوم وعدمه وتحرير محل النزاع "

٢-١ الأحكام العامة لعقد الهبة :

أولا : في الفقه الإسلامي :

١- **الهبه في اللغة** : هي مطلق التفضل والتبرع على الغير سواء أكان ذلك بمال أم بغير مال ، وهي مأخوذة من هبوب الرياح ومرورها من يد إلى أخرى أو من الانتباه من النوم لأن فاعلها يتنبه للبر والإحسان ، ومنه قوله تعالى " فهب لي من لدنك وليا .. " سورة مريم - آية ٥ " وقوله تعالى " ووهبنا لداوود سليمان نعم العبد إنه أواب " (سورة ص آية - رقم ٣٠) (انظر فيما سبق المصباح المنير - باب الواو مع الهاء وما يثلثهما ، مختار الصحاح مادة : وهب ص٧٣٧ ط١٩٣٩ الطبعة الخامسة ، لسان العرب ج١ ص٨٠٣) .

وفي اصلاح الفقهاء : تمليك العين مجانا حال الحياة بلا عوض (وقد تكون بعوض) (انظر حاشية ابن عابدين ص٦٨٧ ج٥ ، والدر المختار ج٥ ص٦٨٧ ، نهاية المحتاج ج٤ ص٢٩٤ ، المغني ج٦ ص٢٤٦) .

مشروعيتها : الهبة مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول :

فمن الكتاب قوله تعالى : " إن تبدوا الصدقات فنعما هي " (سورة البقرة - آية ٢٧١) ووجه الدلالة من الآية أن الله قد مدح الصدقات وحث عليها ، وفي هذا من الاستحسان ما يدل على مشروعيتها ولو كانت غير مشروعة لما مدحها وحث عليها ، ولما كانت الهبة شاملة للصدقة وغيرها فقد ثبتت مشروعيتها لأن اثبات الأخص يستلزم اثبات الأهم كقاعدة لا خلاف عليها .

ومن السنة قول الرسول صلى الله عليه وسلم " تهادوا تحابوا " رواه البخاري في الأدب المفرد وأبو يعلي باسناد حسن وأخرجه البيهقي (سبل السلام ج٣ ص٩٢) ووجه الدلالة من الحديث أن الرسول صلى الله عليه وسلم حث على الهدية لكونها داعية إلى تآلف القلوب ومحبة النفوس ، وهي شاملة للهبة ، ولو كانت غير مشروعة لما حث عليها فدل ذلك على مشروعيتها .

وأما الإجماع : فقد أجمع فقهاء المسلمين على مشروعيتها منهم الرملي ، وابن قدامه (انظر المغني ج٦ ص٢٤٧ ونهاية المحتاج ج٤ ص٢٩٤ وانظر د/ علي مرعي فسخ العقد في الشريعة الإسلامية ط١٩٧٢م) .

وأما المعقول : فإن الهبة فيها من تأليف القلوب وتقوية روابط الصلة والمودة في الدنيا والثواب في الآخرة ما لا يخفى على كل ذي لب ، فضلا عن أنها تعد ضربا من ضروب التعاون على الخير والبر والتقوى كما يثاب عليها صاحبها في الآخرة .

حكمها : حكمها - بوجه عام - ثبوت الملك للموهوب له غير لازم، فله الرجوع والفسخ وعدم صحة خيار الشرط فيها (حاشية ابن عابدين ج٥ ص٦٨٨ والمغني ج٦ ص٢٥٦ والمهذب للشيرازي ج١ ص٤٥٥) .

أركانها : (١) **الصيغة** : وهي تكون بكل ما يدل على التمليك حال الحياة من غير عوض أو بعوض (وليس هذا مجال بيان ذلك الخلاف) سواء أكان ذلك بالقول كوهبتك أو منحتك أو أهديتك ، وقبول الآخر كقوله رضيت أو قبلت أو ما شابه ذلك أم كان بالفعل كما لو تمت الهبة بالمعاطاة .

(٢) **الإيجاب والقبول** : يذهب جمهور الفقهاء وهم المالكية والشافعية والحنابلة وزفر والشيعة ومن وافقهم على أساس أنها عقد؛ والعقد يستوجب الإيجاب والقبول؛ لأن الملك لا ينتقل إلى الغير بدون تمليكه ، والزام الملك على الغير لا يكون بدون قبوله أيضا (انظر بداية المجتهد لابن رشد ج٢ ص٣٧٩ والمهذب للشيرازي ج١ ص٤٥٣ ، شرح منتهى الإرادات ج٢ ص٥١٩ ، البحر الزخار ج٤ ص١٣١) .

بينما ذهب الإمام أبو حنيفة وصاحباه إلى أن القبول لا يشترط في الهبة ، والإيجاب وحده يعد ركنا فيها ، أما القبول فهو شرط لثبوت الملك لا لوجود الهبة (البدائع ج٨ ص٣٦٦٩ وانظر هامش فتح القدير ج٥ ص٧٤) . وإن كان بعض فقهاء الأحناف ذكر صراحة أن الهبة " ركنها هو الإيجاب والقبول " (حاشية بن عابدين ج٥ ص٦٨٨) وهو ما يرجح رأي جمهور الفقهاء القائل بأن كلا من الإيجاب والقبول ركن لابد منه لوجود الهبة .

(٣) **محل الهبة** : لابد من وجود محل لعقد الهبة لأن أثر العقد لا يظهر إلا فيه ، ومحل الهبة هو الشيء الذي ينقل الواهب ملكيته إلى غيره ، ويشترط فيه ما يشترط في محل البيع ، فكل ما جاز بيعه جاز هبته بجامع أن كلا منهما تمليك حال الحياة ، وهذه القاعدة تسري على الغالب الأعم ، وإلا فهناك أشياء يصح هبتها دون بيعها كالأشياء غير المتقومة لتفاهتها ، أو كان الشيء غير مال كالميته والدم ، أو كان مالا غير متقوم كالخمر والخنزير ، والعكس يجوز ، أي أن هناك أشياء يصح بيعها ولا تصح هبتها كبيع ما في الذمة ، وإذن المريض لوارثه ببيع بعض ماله بثمن المثل ، وبيع الولي يجوز بينما لا تجوز هبته .. الخ (انظر نهاية المحتاج ج٤ ص٢٩٨ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ج٣ ص٧٩ - ٩٦ ،

وانظر د/ علي مرعي - المرجع السابق ص٧٤٢ ، والشيخ أحمد إبراهيم - التزام التبرعات - المقال السابق ص٦٣١) .

(٤) **العاقدان** : فلابد في الهبة من وجود العاقدين لانعقاد عقد الهبة وسواء أكانا ركنا في العقد أم شرطا فيه - إذ لا أهمية عملية لهذا الخلاف - ولكن من الضروري وجود واهب يكون أهلا للتبرع بالغا عاقلا مختارا غير محجور عليه بسبب من أسباب الحجر المعروفة شرعا ، وموهوب له لا يشترط فيه إلا أن يكون حيا (البدائع ج٨ ص٣٦٧٧ ، الشرح الكبير ج٤ ص٩٨ ، بداية المجتهد ج٢ ص٣٧٧ ، ٣٧٨ ، نهاية المحتاج ج٢ ، ص٢٩٧) .

شروط الهبة : هذه الشروط إما أن تتعلق بالواهب أو بالموهوب له أو بمحل الهبة أو بالصيغة؛ فشروط الواهب : هو أن يكون حرا بالغا عاقلا غير محجور عليه لدين أو سفه أو عته أو غفله مالكا للعين الموهوبة ، ومتى تحققت هذه الشروط فيه يجوز له التبرع بكل ماله على رأي الإمام أبي يوسف لأي شخص؛ وسواء كان له وارث أم لا ، بينما ذهب الإمام محمد وبعض المحققين أنه لا يجوز له التبرع بكل المال ولو في وجه الخير .

وأما شروط الموهوب له : فهو أن يكون موجودا حقيقة لا حكما وقت الهبة بأن يكون مولودا حيا ولو صغيرا أو محجورا عليه ويقبل عنه وليه أو وصيه .

وأما شروط الشيء الموهوب (محل الهبة) : فهي :

١- أن يكون موجودا ٢- أن يكون متقوما ٣- أن يكون مملوكا في نفسه

٤- ألا يكون متصلا بمال الواهب اتصال قرار كالزرع والشجر والبناء بدون الأرض .

٥- أن يكون مقبوضا غير مشاع مميزا غير مشغول .

(انظر : حاشية بن عابدين ج٥ ص٦٨٨ ، حاشية الدسوقي ج٣ ص٧٧ - ١٠٠ ، نهاية المحتاج ج٤ ص٢٩٧ - ٢٩٨ والشيخ / أحمد أبو الفتح : المعاملات في الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية ص٥٥ - ٥٦ ط١٣٣٤هـ - ١٩٢٢م ، الشيخ علي الخفيف التصرف الانفرادي والإرادة المنفردة ص١٧٣ - ١٧٨ ط ١٩٦٤م (وهو يرجح القول بعدم ضرورة القبول لانعقادها ، والشيخ / أحمد إبراهيم - المعاملات الشرعية المالية ص٢٥٦ - ٢٦٠ ط١٣٥٥هـ - ١٩٣٦م مطبعة النصر) .

هذا ونكتفي بهذا القدر من الأحكام العامة للهبة في الفقه الإسلامي ، لأننا أردنا بهذه التذكرة السريعة لتلك الأحكام أن نلقي ضوءا يسيرا عليها حتى يمكن تصور الخطوط العامة لماهية الموضوع المتعلق بنطاق بحثنا ، ومن أراد المزيد والتفصيلات فعليه أن يرجع إلى ما أشرنا إليه من مراجع - وغيرها كثير - للاستزادة من هذا الموضوع علما باننا اقتصرنا على

سرد الأحكام السباقة دون ترجيح - رأي على آخر إلا ما اقتضته الضرورة لعدم تعلقه أصلا بأساس بحثنا .

ثانيا : في القانون الوضعي :

تعريف الهبة : عرفت المادة : ١/٤٨٦ من التقنين المدني المصري الهبة بقولها " الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض " وقد تداركت الفقرة الثانية ما شاب الفقرة الأولى من المادة المذكورة من قصور بقولها " ويجوز للواهب دون أن يتجرد عن نية التبرع أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين " وذلك حتى تشمل الهبة بعوض ودون عوض، وحتى لا يكون التعريف مبتسرا وهو ما أراد واضعوا مشروع تقنين المعاملات المدنية- الذي يجري اصداره الآن - أن يتداركوه ، فعرفوا الهبة في هذا المشروع في المادة ٤٠٢ بقولهم " الهبة تمليك العين بلا عوض وقد تكون بعوض ويتعين في الحالة الثانية ألا يتجرد الواهب عن نية التبرع " .

وواضح من صياغة هذه المادة : أنها جاءت تحمل نفس جوهر ومضمون المادة ٤٨٦ بفقرتيها دون اصلاح ما شابها من قصور وغموض ، فضلا عن أنها جاءت في أسلوب ركيك لا ترابط فيه ولا يتصف بالانسجام في التركيب اللغوي فكانت أ:ثر عيبا وكما يقال كالمستجير من الرضاء بالنار ، ومن ثم فإنه لا مناص من أن يعدل واضعوا هذا المشروع عن هذا التعريف لأن التعريف الوارد أصلا في المادة : ٤٨٦ من التقنين الحالي كان مثار نقد - موضوعي - من بعض الفقه الذي يرى ضرورة تعديلها حتى تكون جامعة مانعة لماهية الهبة وحتى تتفق وتتسق مع التعريف الذي أوردناه للهبة في الفقه الإسلامي وذخرت به كتب الفقه الإسلامي على اختلاف مشاربه (انظر د/ جمال الدين طه العاقل - عقد الهبة بين الفقه الإسلامي و القانون المدني ط ١٩٧٨م - ص١٥).

أما في القانون الكويتي :

فقد عرفت المادة ٥٢٤ من التقنين المدني الكويتي الهبة بقولها " الهبة عقد على مال في الحال بغير عوض " ، وأضافت المادة ٥٢٥ أن الهبة " لا تنعقد إلا إذا اقترنت بقبض الموهوب أو وثقت في محرر رسمي " .

وعلى العموم : فإن التعريف الوارد للهبة في التقنين المدني المصري والكويتي يقتضي أن الواهب يتصرف في ماله دون عوض ، ومقتضى هذا أن يكون ملتزما بنقل حق عيني إلى الموهوب له بحسب الأصل وذلك بالتصرف مباشرة في المال الموهوب حيث يقوم الواهب بنقل ملكية الشيء الموهوب إلى الموهوب له ، ومن ثم تخرج الكفالة العينية عن كونها هبة،

هذا فضلا عن أنه في حالة نزع ملكية العين المحملة بالرهن وفاء للدين فإنه يكون من حق الكفيل الرجوع على المدين بما أداه عنه من دين ، كما يتضح من التعريف المذكور في التقنين المدني أن الواهب يلتزم بنقل ملكية عقار أو منقول أو أي حق عيني آخر منبثق عن الملكية ومتفرع عنها كحق السكن أو أي حق انتفاع ، كما يلتزم الواهب بأي حق شخصي للموهوب له كإعطائه مبلغا من المال بلا مقابل ، غير أن الهبة في العقار لا تكون إلا بورقة رسمية ، أي ورقة يحررها موظف عام مختص في حدود اختصاصه - أي أنها عقد شكلي في العقار ، أما هبة المنقول فهي عقد عيني تتم فيه بالقبض ومن هذا يتضح الفارق بين الهبة والبيع ففي الهبة يتصرف الواهب في ماله بنية التبرع ، بينما البائع في عقد البيع يتصرف في ماله بنية المعاوضة ، وحتى في الهبة بعوض : يكون العوض فيها أقل بكثير من قيمة الشيء الموهوب بينما الأصل في ثمن المبيع أن يتساوى مع قيمة المبيع أو يقل أو يزيد عليه زيادة يسيرة (غير فاحشة) ، كما أن ثمن المبيع في فقه القانون المدني لا يكون إلا نقودا ، بينما العوض في الهبة بعوض قد يكون نقودا وقد يكون شيئا آخر غير النقود (انظر فيما سبق : د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط ج٥ ص١٠ ط١٩٦٢م ، د/ عبد الناصر العطار - نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية ص٢٧٦ ط١٩٧٥م ، د/جمال العاقل - عقد الهبة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني ص١٤،١٥ ط ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م .

مشروعيتها : الهبة في القانون المدني من العقود المسماة ونظم التقنين المدني المصري الجديد الهبة وأحكامها وآثارها والرجوع فيها في المواد : ٤٨٦ - ٥٠٤ في الفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الثاني باعتبارها من العقود المسماة التي تقع على الملكية ، وهو بذلك وضعها في المكان المناسب لها بين أقرانها ، وبهذا يكون المقنن المصري قد حالفه التوفيق في تنظيمه لعقد الهبة في التقنين المدني الجديد ، وحبذا لو تأسى في ذلك بالشريعة الإسلامية وذلك بالتيسير من غلوائه البالغ المبالغ فيه في الشكلية المطلوبة فيها التي لفظتها الشريعة الإسلامية في تنظيمها لعقد الهبة خاصة إذا علمنا أن مجرد تطلب الورقة الرسمية لانعقاد الهبة لا يحيط الواهب بحماية ذات بال لأن تنبيه الواهب إلى خطورة تصرفه كما قال بعض الفقهاء بصدد تطلب الشكلية أمر يشوبه الشك والريبة (انظر فيما سبق د/ محمود جمال الدين زكي - المرجع السابق العقود المسماة ص٨٨ ، د/ أكثم الخولي - المرجع السابق ص١١٣ ، د/ جمال العاقل - المرجع السابق ص٣٠ - ٣١) .

كما نظم التقنين المدني الكويتي الهبة وأحكامها وآثارها والرجوع فيها في المواد من ٥٢٤ - ٥٤٢ باعتبارها من العقود التي ترد على الملكية ولم تخرج أحكام الهبة في القانون المدني الكويتي عن أحكام الهبة في القانون المصري ، وكلاهما نهج منهج الفقه الإسلامي -

بوجه عام - في تنظيمه لعقد الهبة (أنظر في ذلك : د. بدر جاسم اليعقوب - عقد الهبة في القانون المدني الكويتي ط١٩٨٦م ص ٦٨ وما بعدها وأنظر المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي ص ٣٩٧) .

أركانها : لا تختلف أركان الهبة في القانون الوضعي عنها في الفقه الإسلامي لأن الهبة في القانون عقد شأنها شأن أي عقد آخر يلزم لانعقادها توافر أركان العقد بصفة عامة وهي : الرضا والمحل والسبب، وهي الأركان الموضوعية اللازمة لكل عقد ، ويضاف إليها في عقد الهبة بشكل خاص ركن شكلي رابع هو الرسمية : أي افراغها في ورقة رسمية يحررها موظف مختص في حدود اختصاصه .

فبالنسبة لركن الرضا : يلزم في الهبة بشأنه - شأنها شأن أي عقد - تطابق إرادة المتعاقدين وتوافقهما وانصرافهما إلى إبرام عقد الهبة ، ويشترط فيه أن يكون جديا بمعنى ألا يكون صادرا على سبيل المزاح أو المجاملة ، وأن يفرغ في الشكل المطلوب قانونا (م ١/٤٨٨ مدني مصري و م ٥٢٥ مدني كويتي) وأن تتطابق إرادة الواهب والموهوب له تطابقا تاما ، وسواء أصدر الرضا من المتعاقدين صريحا باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المفهمه أم مشافهة بالألفاظ الدالة مباشرة على حقيقة الهبة ، أم صدر ضمنا كقيام أحد المتعاقدين باتخاذ موقف أو اجراء يدل دلالة واضحة على وجود الإرادة المطلوبة لإبرام عقد الهبة ، ومن ثم فإن الرضا يستلزم الإيجاب والقبول لانعقاد الهبة (م ١/٤٨٧ مدني مصري) وهو ما يتوافق مع الراجح في الفقه الإسلامي تماما ، كما يشترط أن يكون التراضي على عقد الهبة خاليا من عيوب الرضا المعروفة وهي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال ، وأن يكون الرضا صادرا ممن هو أهل له .

وبالنسبة لركن المحل : يشترط فيه أن يكون معينا أو قابلا للتعيين وأن يكون ممكنا وأن يكون مشروعا وأن يكون مملوكا للواهب .

وبالنسبة لركن السبب يشترط فيه أن يكون للهبة سبب موجود ومشروع بمعنى أن يكون السبب في الهبة هو الباعث الدافع للواهب على إبرام عقد الهبة . (انظر فيما سبق : د/ السنهوري ج٥ ص٢٩ ط١٩٦٢م ، د/ محمد كامل مرسي - المرجع السابق ص٤٦ ، د/ جمال العاقل - المرجع السابق ص٦١ - ٦٣ ، ومجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص٢٤٦ ، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني الكويتي ص٣٩٧) .

أما شروطها : في القانون الوضعي فهي نفس شروطها في الفقه الإسلامي وهي الأهلية (أهلية الآداء) فيشترط في الواهب أن يكون أهلا للتبرع ومناط الأهلية التمييز والإدراك ،

٢٨- تمهيد :

نتحدث في هذا المبحث عن مدى لزوم الهبة قبل القبض وبعده من حيث اللزوم وعدمه ، حتى نستبعد من نطاق البحث مالا شأن لنا به لخروجه عن نطاق البحث، ونستبقي منه ما يعنينا فيه، - حتى يتبين لنا وجه الحق - بتوفيق الله - في جواز الرجوع في هذا العقد من عدمه وهو المقصد الأساسي من بحثنا في هذا الفصل .

أي فهم معاني الألفاظ المنشئة للعقود والعلم بآثارها وبالتمييز والإدراك يمكن معرفة كنه المعاملات وفهم المقصود منها .

وبالنسبة للموهوب له : اكتفى المشرع المصري بوجود التمييز لدى الموهوب له عند قبول الهبة لأنها من التصرفات النافعة نفعا محضا له ، وإذا كان الموهوب له غير مميز أو مجنونا أو سفيها أو محجورا عليه لأي سب فإن وليه أو وصيه ينوب عنه في قبول الهبة (انظر في تفصيل ذلك د/ أكثم الخولي - المرجع السابق ص١٠٥ ، ١٠٦ ، والسنهوري - الوسيط ج٥ ص٩٧ - ١٠٢ ، د/ جمال العاقل - المرجع السابق ص٧٨ - ١٠٣) .

ونكتفي بهذا القدر من أحكام الهبة في القانون الوضعي نظرا لخروجه عن نطاق بحثنا ومن أراد الاستزادة فعليه بالمراجع المشار إليها في هذا الصدد - وغيرها كثير - علماً بأننا غضضنا الطرف عن الموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي لأننا ألمحنا في إيجاز واضطراد إلى ذلك عند حديثنا عن هذه الأحكام في القانون الوضعي .

المبحث الأول

" التكييف الشرعي والقانوني للهبة قبل القبض ومدى جواز الرجوع فيها من عدمه "

" المطلب الأول "

" التكييف الشرعي للهبة قبل القبض في الفقه الإسلامي ومدى جواز الرجوع فيها "

٢٩- اتجاهات الفقهاء في صفة ملك الموهوب قبل القبض :

تعددت آراء وأقوال الفقهاء في صفة ملك " المال الموهوب " قبل القبض أهو ملك لازم أم ملك جائز ؟ وبمعنى آخر هل الهبة قبل قبض الموهوب له المال الموهوب من الواهب عقد جائز أم عقد لازم ، وما هي الثمرة العملية والعلمية التي تنتج عن تكييف العقد تكييفا يرجع إلى هذا أو ذاك ؟

نقول: إنه رغم تباين آراء الفقهاء تباينا كبيرا في هذا الصدد، إلا أنه يمكن جمع آراء - الفقهاء في اتجاهين على النحو التالي :

٣٠- الاتجاه الأول : الهبة قبل القبض عقد جائز يجوز فيه للواهب الرجوع مطلقا :

وإلى هذا الاتجاه ذهب جمهور الأحناف [١] والشافعية [٢] والحنابلة

١- انظر البدائع ج٨ ص٣٦٧٩ حيث قال الكاساني " أن القبض شرط جواز الهبة " وانظر : حاشية بن عابدين ج٥ ص٦٩٠ حيث جاء فيها " .. فيشترط القبض (قبض الهبة) قبل الموت ولو كانت في مرض الموت للأجنبي .. إذ القبض شرط .. " .

٢- انظر : المهذب للشيرازي ج١ ص٤٥٤ حيث جاء فيه " ولا يملك الموهوب منه الهبة من غير قبض " ، وانظر أيضا في هذا المعنى : مغني المحتاج ج٢ ص٤٠٠ ط١٣٥٢هـ ، حاشيتا قليوبي وعميرة ج٣ ص١١٢ ط١٣٥٣هـ .

(على تفصيل عندهم) والراجح عند الشيعة [1] وعامة الفقهاء [2] :
ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن عقد الهبة قبل القبض جائز ، فهو لا يلزم إلا بالقبض ، ومن ثم فللواهب بعد العقد وقبل القبض أن يرجع في هبته بإرادته المنفردة دون تثريب عليه من قضاء أو رضاء للطرف الآخر بهذا الموضوع . فيصح للواهب قبل القبض أن يتصرف في الموهوب بكل أنواع التصرفات من بيع وإجارة ورهن .. الخ لأن عقد الهبة لم يتم لعدم القبض .

٣١- الأدلة والحجج التي ساقها أصحاب هذا الاتجاه :

استدل أصحاب هذا الاتجاه على ما ذهبوا إليه بأدلة عديدة ، أهمها إجماع الصحابة رضي الله عنهم على ذلك؛ إذ هو مروي عن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما ولم يعرف لهما في الصحابة مخالف " فروى عروة عن عائشة رضي الله عنها أن أبا بكر رضي الله عنه نحلها جذاذ عشرين وسقا من ماله بالعالية فلما مرض قال: يا بنية ما أحد أحب إلي غني بعدي منك ولا أحد أعز علي فقرا منك وكنت نحلتك جذاذ عشرين وسقا ووددت أنك حزتيه أو قبضتيه وهو اليوم مال الوارث أخواك وأختاك فاقتسموا على كتاب الله عز وجل .

وروى ابن عينيه عن الزهري عن عروة عن عبد الرحمن بن عبد القارئ أن عمر بن الخطاب قال: ما بال أقوام ينحلون أولادهم فاذا مات أحدهم قال مالي في يدي ، وإذا مات هو قال كنت نحلته ولدي ؟ لا نحلة يحرزها الولد دون الوالد فإن مات ورثه .. قال المروذي اتفق أبو بكر

١- انظر البحر الزخار ج٤ ص١٣٣ حيث جاء فيه " .. وإذا مات الواهب قبل القبض فوجهان : تبطل لعدم لزومها كالوكالة ، ولا ، إذ تؤول إلى اللزوم كالبيع بخيار .. " .

٢- منهم النخعي والثوري والحسن بن صالح والعنبري – المغني ج٦ ص٢٤٦ .

وعمر وعثمان على أن الهبة لا تجوز إلا مقبوضة؛ ولأنها هبة غير مقبوضة فلم تلزم كما لو مات قبل أن يقبض .. [1]" ووجه الدلالة من النص السابق أن أبا بكر وهب ابنته هبة ورجع فيها قبل اقباضها إياها؛ فدل هذا على جواز الرجوع في الهبة قبل القبض لعدم لزومها ، كما أن المروزي - في النص الثاني - نص على عدم لزومها قبل القبض .

٣٢- مناقشة الأدلة والرد عليها :

نوقش هذا الدليل من قبل أصحاب الاتجاه الثاني من وجوه عديدة أهمها :

أولا : أنه خاص بما فيه حق توفيه .

ويجاب عن هذا بأنه وإن كان الأمر كذلك إلا أنه ملحق به ما عداه لتحقق المعنى فيه .

ثانيا : أن هذه أقوال وآراء صحابة وذلك ليس بحجة قاطعة على عدم اللزوم، وأجيب عن هذا بأن أقوال وآراء الصحابة في مثل هذه الأمور ترقى إلى مرتبة الحجة والبرهان؛ لأن ذلك لا يكون إلا عن توقيف عن النبي صلى الله عليه وسلم وليس للرأي فيه مجال؛ وحاشى للصحابة أن يشرعوا برأيهم في مثل هذه الأمور مع ما عرف عنهم من شدة الورع والتقوى والتحوط في أمور الشريعة وتشريعاتها .

ثالثا : أن هذه الأدلة خارجة عن محل النزاع لأن ما حدث من أبي بكر هو مجرد وعد بالهبة وأن ما حدث من عمر هو مجرد استهجان للرجوع في الهبة قبل القبض .

١- المغني ج٦ ص٢٤٨ ، وانظر المهذب للشيرازي ج١ ص٤٥٤ .

وأجيب عن هذا بأن : قول أبو بكر لابنته " نحلتك " ظاهر في وقوع الهبة وليس وعدا بها كما تدل عليه العبارة ومناهج البلغاء وعلماء اللغة مؤيدة لذلك لعدم وجود القرينة الصارفة عن المعنى الظاهر .

وما حدث من عمر ليس دليلا على استهجان الرجوع فقط وإنما يدل هذا القول " لا نحلة يحرزها الولد دون الوالد " أي دون القبض من الوالد على أن القبض فيها شرط لتمامها وبدونه يصح الرجوع فيها مطلقا .

رابعا : أن هذه الأدلة معارضة بما استدل به أصحاب الاتجاه الثاني من لزوم الهبة بالعقد دون القبض قياسا على الوقف والوصية والعتق .

ويجاب عن هذا بأن أدلة أصحاب الاتجاه الثاني محمولة على الهبة المقبوضة ، فضلا على أنه لا يصح القياس على الوقف والوصية والعتق ، لأن الوقف إخراج ملك إلى الله تعالى فخالف التمليكات ، والوصية تلزم في حق الوارث والعتق اسقاط حق وليس بتمليك [1] .

٣٣- الاتجاه الثاني : الهبة قبل القبض لازمة ولا يجوز الرجوع فيها إلا بتوافر شروط الرجوع :

وهو ما ذهب إليه الإمام مالك والظاهرية وأبو ثور ورأي عند الحنابلة [2](في هبة غير المكيل والموزون) ويرى أصحاب هذا الاتجاه: أن عقد الهبة يفيد اللزوم بمجرد انعقاده ، بتوافر العاقدين والصيغة (الإيجاب والقبول) والمحل ، ومتى انعقد لازما على هذا النحو لا يجوز الرجوع فيه إلا طبقا لشروط ومعايير ونطاق الرجوع - السابق بيانها في حينها - (وعلى ما سنذكره تفصيلا عن مدى جواز الرجوع في الهبة

١- انظر المغني – ج٦ ص٢٤٨ ، ٢٤٩ ، د/ علي مرعي – المرجع السابق ص٧٤٤ .

٢- انظر بداية المجتهد لابن رشد ج٢ ص٣٧٩ حيث جاء فيه " .. وقال مالك : ينعقد (عقد الهبة) بالقول ويجبر على القبض كالبيع سواء . " وانظر حاشية الدسوقي ج٤ ص١ وانظر المحلي ج٩ ص١٢١ وانظر : المغني المرجع السابق ج٦ ص٢٥١ .

اللازمة من عدمه مستقبلا) ، ومن ثم فلا يشترط القبض فيها لأنه من شروط التمام فيها وليس من شروط صحتها ، إذ اللزوم فيها يحصل بمجرد العقد ولا يشترط قبض أو حيازة الموهوب أو تسلمه من قبل الموهوب له، لأن الهبة تمليك بالقول على المشهور وللموهوب له أن يطلبها من الواهب بعد العقد فإن امتنع الأخير جاز للحاكم أن يجبره على تسليمها للموهوب له بناء على طلبه التمكن منها .

٣٤- أدلة أصحاب هذا الاتجاه ومناقشتها :

استدل أصحاب هذا الاتجاه على ما ذهبوا إليه من أن الهبة قبل القبض لازمة لا يجوز الرجوع فيها - إلا بشروط مخصوصة - بما يلي :

أولا : ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : العائد في هبته كالكلب يقيئ ثم يعود في قيئه [١] ، متفق عليه ، وفي رواية للبخاري "ليس لنا مثل السوء الذي يعود في هبته كالكلب يقيئ ثم يرجع في قيئه" [٢] وقد نوقش هذا الدليل من وجوه عدة أهمها :

١- أن هذا الحديث له تأويلان :

أحدهما : أنه محمول على الرجوع بغير قضاء ولا رضاء ، وهذا لا يجوز (عند الأحناف بوجه خاص) إلا فيما يهب الوالد ولده فإنه يجوز له الرجوع بدون رضاء الوالد أو قضاء القاضي .

ثانيهما : أن الحديث يدل على مجرد الكراهة ولا يدل على التحريم لأن الكلب غير متعبد؛ فالقيء ليس حراما عليه؛ ففعل الكلب لا يوصف

١- سبل السلام للصنعاني ج٣ ص٩٠ وسنن بن ماجه ج٢ ص٧٩٧ ط١٣٧٣ هـ .

٢- سبل السلام للصنعاني ج٣ ص٩٠ .

بالحرمة الشرعية لكنه يوصف بالقبح الطبيعي [1] ، ومن ثم فالحديث دليل على التقبيح وليس الحرمة .

٢- أن الحديث المذكور حديث عام حديث أبو بكر حديث عمر وإجماع الصحابة هي روايات (أدلة خاصة) فيحمل الحديث المروي عن الرسول على ما رواه أبو بكر وعمر وعليا وعثمان وابن مسعود وغيرهم [2] ، أي أن الحديث يحمل على ما يكون بعد القبض جمعا بين الأدلة .

ثانيا : قياس الهبة على البيع بجامع أن كلا منهما تمليك حال الحياة فتلزم بالعقد كالبيع تماما [3] إذ أن القبض من حقوق العقد .

ويناقش هذا الدليل بما يلي :

أن ثمة فرق شاسع بين البيع والهبة أهمها: أن البيع عقد معاوضة بينما الهبة عقد تبرع ، كما أن الهبة إذا كانت بعوض يكون مقابل الشيء الموهوب نقودا أو غير ذلك من التكاليف أو الالتزامات ، وذلك كله بخلاف البيع فإن المقابل للشيء المبيع يتعين أن يكون نقودا . [4]

وهكذا يستبين لنا أن أدلة أصحاب هذا الاتجاه الأخير لم تسلم من المناقشة والنقد خلافا لأدلة وحجج أصحاب الاتجاه الأول التي سلمت من المناقشات والانتقادات التي وردت عليها ، ومن ثم يتعين القول بأنه يترجح - لدينا - ما ذهب إليه أصحاب الاتجاه الأول من أن عقد الهبة قبل القبض عقد جائز وصفة الملك فيه صفة غير لازمة ، مما يستتبع

١- بدائع الصنائع ج٨ ص٢٧٠٠ .

٢- بدائع الصنائع ج٨ ص٣٦٨٨ .

٣- حاشية الدسوقي ج٤ ص١ ، بداية المجتهد ج٢ ص٣٧٩ والمحلى ج٩ ص١٢١ ، والبحر الزخار ج٤ ص١٣٣ .

٤- انظر د/ عبد الناصر العطار – المرجع السابق ص٢٧٦ ، د/ علي مرعي – المرجع السابق ص٧٤٥ ود / جمال العاقل – المرجع السابق ص٣٤ .

بالضرورة جواز الرجوع فيها بالإرادة المنفردة من قبل الواهب دون حاجة إلى رضاء الموهوب له أو قضاء القاضي ، تأسيسا على أن شرط القبض :

أ- شرط لنفاذ الهبة ، ويعتبر الهبة بدونه عقدا موقوفا فإذا ما تم القبض أصبح لازما " فالقبض " بمثابة " الإجازة " في العقود الموقوفة على إجازته تماما .

ب- أن القبض : " شرط للصحة " وليس شرطا لتمام الهبة - على الرأي الذي رجحناه - ولكن شرط الصحة هذا ليس على إطلاقه كما قرره فقهاء المسلمين ، وإنما هو - في رأينا - شرط كاشف للعقد ، وليس شرطا منشئا له لأن العقد نشأ بتوافر أركانه ، واقتصر القبض على إبراز أثره إلى حيز الوجود والنفاذ ليس إلا .

ثمرة الخلاف بين الاتجاهين السابقين :

يترتب على الخلاف السابق بين الاتجاهين السابقين أثر هام وثمرة عملية لها من الأهمية مالها في بحثنا هذا .

فعلى رأي الاتجاه الأول الذي - رجحناه [1] : أن العقد مادام قد انعقد غير لازم فإنه يجوز للواهب الرجوع فيه بإرادته المنفردة طالما لم يقبض الموهوب له محل الهبة (أو كانت هبة في مكيل أو موزون [2]) .

أما على الرأي الآخر - أصحاب الاتجاه الثاني - فإن الهبة تكون لازمة صحيحة بمجرد العقد ولا يجوز الرجوع فيها - إلا بمعاييرها التي سنذكرها مستقبلا .

١- انظر عكس هذا : د/ أحمد طه – (عقود التبرعات المقتضية للتمليك في الفقه الإسلامي – على الآلة الضاربة ط١٩٧٨م ص١٣١) – حيث يرى :" أنه لا يجوز للواهب أن يرجع فيما وهب ولو قبل أن يقبض الموهوب له الهبة وبأن القاضي يجبر ، على تسليمها للموهوب له إذا امتنع "(عقود التبرعات المقتضية للتمليك في الفقه الإسلامي – رسالة على الآلة الضاربة ط١٩٧٨م – ص ١٣١ .

٢- المغني ج٦ ص٢٤٦ .

٣٥- التكييف الصحيح للهبة قبل القبض في رأينا :

إذا كانت الهبة قبل القبض هي عقد جائز كما هو الرأي الراجح لدى فقهاء المسلمين . وإذا كان عدم القبض فيها يحمل في طياته قرينة قوية على إطلاق حق الواهب في الرجوع وإلا لأقبضها إلى الموهوب له .

وإذا كان مفهوم المخالفة لذلك هو أن عقد الهبة بعد القبض عقد لازم - كما سنعرفه في المبحث التالي .

وإذا كان الفرق الهام والرئيسي بين " الغاء العقد " و " الرجوع فيه " أن الأول يتعلق بالعقود الجائزة بينما يتعلق الثاني بالعقود اللازمة كخصيصة ينفرد بها كل منهما ويتغاير بها عن الآخر . إذا كان ذلك كذلك :

فإن الصحيح في رأينا ونزولا على منطق الأمور : أن الهبة قبل القبض عقد جائز يجوز " إلغاؤه " بالإرادة المنفردة ، واسباغ وصف "الرجوع " على إنهاءه هو خطأ في تأصيل المسائل العلمية يجب أن تنأى عنه الأبحاث العلمية والفقهاء الذين وقعوا في هذا الخطأ ولم ينتبهوا إليه وخاصة الباحثين المعاصرين[1]؛ لأن لكل من الإلغاء والرجوع ماهيته وخصائصه وشروطه ونطاقه وآثاره التي يتميز بها عن الآخر ، ويجب أن توضع العبارات والألفاظ لما وضعت له وخاصة إذا تعلقت بأمور شرعية كتلك التي نحن بصددها؛ وإن كان فقهاء المسلمين ذكروا أن " الرجوع " والإلغاء " بمعنى واحد .

وأخيرا فإننا نؤثر أن نختم هذا المطلب بما ورد في مجلة الأحكام العدلية ما يؤكد رأينا أن الهبة قبل القبض هي عقد جائز يجوز فيه للواهب الرجوع مطلقا حين نصت المادة ٨٦٢ منها على " للواهب أن يرجع عن الهبة قبل القبض بدون رضاء الموهوب له " .

١- الشيخ / علي الخفيف – المرجع السابق ص١٨٦ ، الشيخ / أحمد إبراهيم – المعاملات الشرعية المالية ص٢٥٦ – ٢٦٤ ط١٣٥٥هـ – ١٩٣٦م ، د/ علي مرعي – المرجع السابق ص٧٤١ – ٧٥١ ، د/ أحمد طه – المرجع السابق ص١٢٠ وما بعدها .

" المطلب الثاني "

" التكييف القانوني للهبة قبل القبض في القانون الوضعي ومدى جواز الرجوع فيها من عدمه "

٣٦- موقف التقنين الوضعي من الهبة قبل القبض :

جاء التقنين المدني المصري والكويتي خلوا من نص يبين صفة " الملك " في عقد الهبة قبل القبض ، أهو ملك لازم أم ملك جائز ، وهل تتم الهبة قبل القبض أم لا ؟

وقد حاول الفقه إكمال هذا القصور التقنيني بإجاباته على هذه التساؤلات ، وإن كانت في كثير من الأحيان محاولات مبتورة لم ترق إلى مستوى إشباع نهم الباحثين فيها .

ونحن من جانبنا نستطيع التأكيد على أن فقه القانون الوضعي أخذ بإجماع الآراء فيه [١] بمذهب جمهور الفقهاء المسلمين ، ألا وهو أن الهبة قبل القبض هي عقد جائز يستطيع الواهب أن يلغيه بإرادته المنفردة (يرجع فيه) بصفة مطلقة دون تثريب عليه بأي قيد من القيود . فقد نصت المادة : ٩٣٢ من التقنين المدني على أنه " تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية في المنقول والعقار بالعقد ، متى ورد على محل مملوك للتصرف طبقا للمادة : ٢٠٤ وذلك مع مراعاة النصوص الآتية "

والمقصود بالنصوص الآتية هي المادة : ٩٣٤ التي نصت على " (أ) في المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى

١- د/ جمال زكي – العقود المسماه ص٦ ط١٩٦٠م ، د/ أكثم الخولي – العقود المسماة ص١٦٦ ط١٩٥٧م ، د/ محمد كامل مرسي – المرجع السابق ص١٨١ وما بعدها .

سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان في حق الغير إلا إذا روعيت الأحكام المبنية في قانون تنظيم الشهر العقاري .

(٢)ويبين قانون الشهر المتقدم الذكر التصرفات والأحكام والسندات التي يجب شهرها سواء أكانت ناقلة للملكية أم غير ناقلة ويقرر الأحكام المتعلقة بهذا الشهر .. "

فالملكية في العقار لا تنتقل فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا بتسجيل العقد وإشهاره طبقا للقانون رقم ١١٤ سنة ١٩٤٦ الصادر في ١١ أغسطس ١٩٤٦م .

أما بالنسبة للمنقول فإن ظاهر المادة : ٢/٩٣٢ على أن ملكيته تنتقل بالعقد وليس بالقبض ، ولكن هذا الظاهر غير مقصود ، فالعبرة في هبة المنقول بقبضه حتى يصير عقد الهبة بشأنه عقدا تاما ، فإذا لم يقبض الموهوب له محل الهبة كانت الهبة غير تامة ، والمقصود بـ " عدم التمام " هو " عدم النفاذ " ، لأن الهبة سواء كان محلها عقارا أم منقولا تتم بتوافر أركانها وهي : رضا العاقدين الصحيح وتوافر المحل والسبب بشروطها المنصوص عليها في موضعها .

وإلى هذه الأحكام أشارت المادة : ٤٨٨ حيث تنص على " (١) تكون الهبة بورقة رسمية وإلا وقعت باطلة مالم تتم تحت ستار عقد آخر .

(٢) ومع ذلك يجوز في المنقول أن تتم الهبة بالقبض دون حاجة إلى ورقة رسمية" ويقابل هذه المادة في التقنينات العربية : م٨٢٥ من ق السوري ، م٦٠٢ ق عراقي م٥١٠ لبناني .

" فهبة العقار " لا تكون إلا بورقة رسمية يحررها موظف مختص في حدود اختصاصه، فهي عقد شكلي ، أما هبة المنقول فيجوز أن تتم

بالقبض [1] وقد كانت المادة : ٦٧٣ من المشروع التمهيدي للقانون المدني تنص على :

١- يلتزم الواهب بنقل ملكية الشيء الموهوب له .

٢- فإذا كان الموهوب عقارا سرت عليه الأحكام المتعلقة بالتسجيل .

٣- أما إذا كان منقولا فلا تنتقل الملكية إلا بالقبض الحقيقي الكامل .

وهو نص بلغ في وضوحه وصراحته مبلغا فائقا ، ولكن رأت لجنة مراجعة المشروع حذف النص لأن حكمه مستفاد من القواعد العامة[2]؛ ولكننا لسنا من أنصار هذا الرأي . إذ أن المقنن المصري كان عليه ألا يخضع البت في مثل هذه المسائل الشائكة للقواعد العامة ، ولولا اجتهاد الفقه بصدده ، لأحاط الغموض كثيرا من المسائل المتعلقة بقبض الموهوب مادام المقنن لم يفصح عن هويته؛ أتمت الهبة بدون القبض أم لا؟

٣٧- موقف القانون الكويتي من التكييف القانوني للهبة قبل القبض :

في انعقاد الهبة نهج القانون الكويتي منهجا يخالف منهج التقنين المدني المصري - والتقنينات التي حذت حذوه - فالقانون الكويتي جعل هبة العقار لا تتم إلا بورقة رسمية ، أما هبة المنقول فتتم إما بورقة رسمية وإما بالقبض ، والجزاء على الإخلال بالشكل هو البطلان ، ومع ذلك فإذا قام الواهب أو رثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب في الشكل فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه ، وهو ما ينتهي عملا إلى اعتبار القبض مساويا للرسمية في كل من العقار والمنقول .

١- د/ عبد الناصر العطار – المرجع السابق ص٢٧٦ .

٢- د/ محمد كامل مرسي – المرجع السابق ص١٤٠ .

لذلك رأى المشرع الوضعي الكويتي في المـــادة ١/٥٢٥ أن يعلــق انعقاد الهبة على القبض أو التوثيق في محرر رسمي في العقار والمنقول على وجه سواء - وهذا هو جوهر الخلاف بين التقنين المدني المصـــري والكويتي في هذا الشأن [١] - ويعتبر القبض قد تم ولو بقي الشيء في يد الواهب إذا كان وليا أو وصيا أو قيما على تربية الموهوب له (م١/٥٢٥) فالهبة لا تنعقد في القانون الكويتي إلا بالقبض ، أي أن القبض ركن فيـها ومالم يتم لا تنعقد الهبة وتعتبر باطلة وكأن لم تكن سواء في ذلـــك هبـــة العقار والمنقول .

٣٨- والخلاصة :

أن التقنين المدني المصري وفقه القانون الوضعي الراجح : مســتقر بلا خلاف فيه على أن الهبة قبل القبض هي : عقد جـــائز يجــوز فيـــه للواهب الرجوع بإرادته المنفردة دون أية قيود ، تأسيسا على أن الهبة لم تتوافر لها شروط صحتها ونفاذها ، وبدون القبض يعتبر العقد موقوفا إلى أن يحدث ويحصل فتصير لازمة لا يجوز الرجوع فيها إلا بالشروط وفي النطاق وبالمعايير الواجب توافرها في الرجوع فيها والذي سنتحدث عنها تفصيلا في حينها بإذن الله تعالى ، ومن ثم فما دام عقد الهبة قـــد انعقـــد بتوافر أركانه ولم يتم أو لم ينفذ إلا بالقبض[٢]، فإن " شـــــرط القبـــض " يعتبر شرطا كاشفا لأثر العقد وليس شرطا منشئا؛ كما هو الشأن والحـــال في الفقه الإسلامي؛ وذلك عكس القانون الكويتي تماما كما رأيناه في حينه

١- المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي ص٣٩٧ .

٢- انظر د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط ج٥ ص١٧٧ وما بعدها ، د/ محمد كامل مرسي - المرجع السابق ص١٧٨ وما بعدهـــا ، د/ جمال زكي - المرجع السابق ص١٦٠ وما بعدها ، د/ أكثم الخولي - المرجع السابق ص١٦٦ وما بعدها - د/ جمال العـــــاقل - المرجع السابق ص٢١٥ وما بعدها .

كما أننا نكرر القول أنه يجب مراعاة الدقة في التعبير عن إنهاء العقد قبل القبض (عقد الهبة) بمعرفة وإرادة الواهب المنفردة .

فما دامت الهبة قبل القبض من العقود الجائزة فإنه يصدق عليها صفة " الإلغاء " وليس صفة " الرجوع " لأن الرجوع يختص بكونه يرد على العقود اللازمة والتي قد ينسلخ عنها اللزوم لأمور طارئة أو لخيار فيها أو ما أشبه ذلك لا بالعقود التي يكون " عدم اللزوم " فيها وصفا وصفة طبيعية تلتصق بصيغة العقد ، هذا فضلا عن تلك الخصائص والآثار التي ينفرد به كل عن الآخر ، ومن ثم فإننا نهيب بالمقنن المصري وهو بصدد إصدار قانون المعاملات المدنية – طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية – أن يأخذ في الحسبان مراعاة وضع الألفاظ والأساليب لما تدل عليه طبقا لماهيتها وخصائصها وآثارها ، فلا يسبغ وصف " الرجوع " على " الرجوع في الهبة " إلا إذا كانت هبة لازمة بينما يسبغ وصف " الإلغاء " على الهبة الجائزة حتى لا يستدرج الفقه - كما هو الآن - إلى نفس الخطأ الذي وقع فيه المقنن حيث يعبر جميع فقهاء القانون الوضعي عن إنهاء عقد الهبة بتعبير " الرجوع " سواء كانت لازمة أم جائزة وسواء أكانت مقبوضة أم لا . بدلا من قولنا أن الرجوع والإلغاء من قبيل المتباين المتصل الذي يمكن اجتمع معانيه - وهذا صحيح - إلا أن - خصائص كل منهما وآثاره تنفرد عن الآخر بصورة ظاهرة ليس هذا مجاله.

وأخيرا نود أن نشير في نهاية هذا المطلب:إلى أن واضعوا نصوص مجلة الأحكام العدلية كانوا أكثر وضوحا وقطعا لدابر الشك والغموض حول أثر القبض في التكييف القانوني لعقد الهبة قبل حصوله حيث نصت

المادة : ٨٣٧ من المجلة على أنه " تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالقبض " .

وتنص المادة : ٨٦٢ منها على أنه " للواهب أن يرجع عن الهبة قبل القبض بدون رضاء الموهوب له " ، وتنص المادة : ٨٦٣ منها على أن " نهي الواهب الموهوب له عن القبض بعد الإيجاب رجوع " .

ويستبين من هذه النصوص أن الهبة لا تتم إلا بالقبض ، وللواهب أن يرجع فيها مطلقا ودون قيد مالم يتم القبض ، وهو اتجاه حسن من التقنين الوضعي في مصر حينما أخذ بهذا الاتجاه ، حيث يتفق مع الفقه الإسلامي تماما - على الرأي الراجح فيه - في هذا الصدد بصرف النظر عن الخطأ في التكييف الشرعي والقانوني لهذا الإنهاء على نحو ما بينا .

٣٩- تحرير محل البحث :

يتضح مما ذكرنا في هذا المبحث في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي: أن كلاهما يتفق على أن عقد الهبة قبل القبض عقد جائز، يجوز فيه للواهب أن يرجع عن هبته دون قيد؛ لأن ملك الموهوب لا زال له وفي حوزته ، وأن عدم اقباضه للموهوب له قرينة قوية على رغبته في استعمال حقه في " إلغاء " الهبة .

أما الهبة بعد القبض فهي محل النزاع ، بمعنى هل هي جائزة أم لازمة ، وما هو الأثر المترتب على تكيفها تبعا لهذا أو ذاك ، بمعنى هل يجوز الرجوع فيها أم لا ؟ وبالإرادة المنفردة للواهب أم يشترط تراضي طرفي العقد على هذا الرجوع أو حكم القضاء بذلك ؟

هذا ما سنتحدث عنه في المبحث التالي .

المبحث الثاني

" التكييف الشرعي والقانوني للهبة بعد القبض "

ومدى جواز الرجوع فيها من عدمه

" المطلب الأول "

" التكييف الشرعي للهبة بعد القبض

في الفقه الإسلامي "

٤٠- اتجاهات الفقهاء في تكييف الهبة بعد القبض من حيث اللـــزوم وعدمه :

إذا طالعنا آراء فقهاء المسلمين في تكييف الهبة بعد القبض : نجـــد أنهم قد اختلفوا اختلافا بينا حول هذا الموضوع ، ويجمع هذه الخلافـــات اتجاهين رئيسيين يندرج تحت كل منهما فقهاء المذاهب المختلفة وذلـــك على النحو التالي :

٤١- الاتجاه الأول : الهبة بعض القبض لازمة :

ذهب جمهور فقـــهاء المســلمين مـــن المالكيـــة [١] والشـــافعية [٢] والحنابلة [٣] والظاهرية [٤] إلى أن الهبة بعد القبض هي عقـــد لازم فـــي حق الواهب لا يجوز له الرجوع فيه إلا بالتراضي أو بالتقـــاضي لعـــذر مقبول في ذلك سنذكره حالا .

١- انظر بداية المجتهد ج٢ ص٣٧٩ .

٢- انظر المهذب للشيرازي ج١ ص٤٥٤ ، نهاية المحتاج ج٤ ص٣٠٣ - ٣٠٦ ، والميزان الكـــبرى ج٢ ص٩٩ ، ط١٣٥٩هـــ - ١٩٣٨م .

٣- انظر المغني ج٦ ص٢٤٦ ، شرح منتهى الإرادات ج٢ ص٥١٩ ، ٥٢٠ .

٤- المحلى لابن حزم ج٩ ص١٢١ .

٤٢- الأدلة :

(أ) استدل أصحاب هذا الاتجاه على ما ذهبوا إليه من أن الهبة بعد قبض الموهوب له الشيء الموهوب لازمة: بما رواه البخاري ومسلم عن ابن عباس رضي الله عنهما؛ أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال " العائد في هبته كالكلب يقيئ ثم يعود في قيئه [١] " ففيه دلالة على تحريم الرجوع بعد القبض في الهبة وهو مذهب جمهور العلماء ، وبوب له البخاري " باب لا يحل لأحد أن يرجع في صدقته " [٢] ، وإذا كان هذا الحديث قد سبق لنا أن فسرناه - على أن المراد منه تقبيح الرجوع في الهبة ، وليس دليلا على التحريم لعدم اللزوم لأن فعل الكلب لا يوصف بالحرمة الشرعية لكنه يوصف بالقبح الطبيعي نظرا لأن الكلب غير متعبد ، أي أن المراد منه التشبيه من حيث ظاهر القيم مروءة وطبيعة لا شريعة : إذا كان هذا التفسير قد سقناه آنذاك في موضعه [٣] فإنه تفسير صحيح ولكنه محمول على الهبة قبل القبض ، أما بعد القبض فيحمل على معناه الظاهر وفيه ما فيه من الزجر والحث على عدم الرجوع - بعد القبض - وذلك لا يكون إلا للتحريم ، لأن العود في الشيء حرام ، فكذا الرجوع بعد القبض حرام وهذا من شأن اللزوم .

ويؤيد هذا ما استدل به أصحاب هذا الاتجاه أيضا: بما رواه ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم عن النبي صلى الله عليه وسلم قال" لا يحل للرجل أن يعطي العطية ثم يرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده"[٤] رواه أحمد والأربعة وصححه الترمذي وابن حبان والحاكم .

١- سبق تخريج الحديث - أنظر بند ٣٤ من هذا البحث .

٢- سبل السلام ج٣ ص٩٠ .

٣- انظر فما سبق من بند ٣٤ ص ٦٩ - ٧٠ .

٤- سنن بن ماجة ج٢ ص٧٩٥ ط١٣٧٣هـ - ١٩٥٣م .

ووجه الدلالة من الحديث: أن قوله " لا يحل " ظاهر في التحريم وقوله " يعطي " ظاهر في حصول القبض ، فترتب حرمة الرجوع على القبض ، وهذا لا يكون إلا لأن العقد لازم ، والقول بأنه مجاز عن الكراهة الشديدة صرف له عن ظاهره بلا دليل أو قرينه .

(ب) كما استدل أصحاب هذا الاتجاه بالمعقول حيث قالوا : أن الأصل في العقود هو اللزوم فإذا كنا بصدد عقد تبرع وتم قبض المحل تأكد هذا اللزوم ، ولا يكون ارتفاع اللزوم إلا لعارض أو خلل في المقصود؛ ولم يوجد فتأكد اللزوم بالقبض .

فإذا أضفنا إلى ما سبق أن الذاهبين إلى هذا الاتجاه هم أصحاب القول بلزوم العقد بمجرد الانعقاد حتى بدون القبض أو أن القبض عند البعض الآخر منهم ركن في العقد وليس شرط تمام أو شرط صحة[1]؛ لظهر لنا مدى إثبات وتأكيد الهبة بالقبض .

٤٣- الاتجاه الثاني : الهبة لا تلزم بالقبض وتظل به عقدا جائزا :

وقد ذهب إلى هذا الاتجاه الأحناف وبعض الشيعة : حيث يقولون:إن الهبة هي عقد جائز في جميع الأحوال سواء أكان ذلك قبل قبض محلها أم بعد قبضه ، وتظل صفة الملك فيها أنه " ملك غير لازم " في الأصل وللواهب أن يرجع في هبته " وإنما يثبت اللزوم ويمتنع الرجوع بأسباب عارضة " [2] .

١- انظر : الميزان الكبرى للشعراني ج٢ ص٩٩ حيث جاء فيه " اتفق الأئمة على أن – الهبة تصبح بالإيجاب والقبول والقبض ، .. وأما ما اختلفوا فيه فمن ذلك قول الأئمة الثلاثة أنه يفتقر في صحة الهبة إلى القبض مع قول مالك : أنه لا تفتقر صحتها ولزومها إلى قبض .. " وانظر بداية المجتهد ج٢ ص٣٧٩ وانظر المحلى ج٩ ص١٢١ .

٢- البدائع ج٨ ص٣٦٩٨ ، الدر المختار شرح تنوير الأبصار ج٥ ص٩٨٨ ط١٣٨٦هـ ١٩٦٦م ومجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ج٢ ص٣٥٩ ، وتكملة فتح القدير ج٧ ص١٢٩ ط١٣١٧هـ ، والبحر الزخار ج٤ ص١٤٠ .

٤٤- أدلة أصحاب هذا الاتجاه والرد عليها ومناقشتها :

استدل القائلون بأن الهبة بعد القبض هي عقد جائز في الأصل ولا تلزم إلا لوجود مانع من موانع الرجوع - الذي سنعرفها تفصيلا في الفصل الثالث من هذا الباب - بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول :

(أ) **فمن الكتاب** : قوله تعالى " وإذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها أو ردوها"[١] . ووجه الدلالة من الآية: أن التحية وإن كانت تستعمل في معان من السلام والثناء والهدية بالمال حيث قال القائل :

تحيتهم بعض الولاء بدينهم

لكن المعنى الثالث وهو : الهدية بالمال (العطية أو الهبة) هو المراد بقرينة من الآية نفسها وهي قوله تعالى " أوردوها " لأن الرد إنما يتحقق في الأعيان لا في الأعراض ، إذ هو عبارة عن إعادة الشيء وذا لا يتصور في الأعراض؛ والمشترك يتعين أحد وجوهه بالدليل [٢] ، وهو القرينة المذكورة .

ولكن هذا الدليل نوقش بأن المراد من التحية السلام بدلالة السياق[٣]

(ب) واستدل أصحاب هذا الاتجاه على رأيهم بالسنة النبوية الكريمة وهي : ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم قال " من وهب هبة فهو أحق بها مالم يثبت عليها " [٤] رواه الحاكم وصحيحه .

ووجه الدلالة من الحديث أن الرسول صلى الله عليه وسلم قرر أن الواهب له أن - يرجع في هبته مالم يعوض عنها وهذا ينافي اللزوم حتى

١- سورة النساء - آية رقم ٨٦ .

٢- بدائع الصنائع ج٨ ص٣٦٩٩ .

٣- انظر د/ علي مرعي - المرجع السابق ص٧٤٩ .

٤- سبل السلام ج٣ ص٩٣ .

ولو كانت مقبوضة بدون عوض [1] . وقد نوقش هذا الدليل من وجـــوه عدة أهمها :

١- **أن الثابت لدى رجال الحديث الثقات** : وقف هذا الأثر علـــي ابـــن عمر ، فيكون قول صحابي لا يرقى إلى معارضة الحديث الصحيح السابق " العائد في هبته " .

٢- لو سلمنا رفع هذا الحديث ونسبته إلى النبي صلى الله عليه وسلم : فهو محمول على الرجوع قبل القبض جمعا بين الأدلة .

٣- أن هذا الحديث مخصوص بالهبة بدون عوض؛ فيكون خارجا عـن محل النزاع [2].

(ج) كما استدلوا (أصحاب هذا الاتجاه) بإجماع الصحابة فـــإن عـــدم اللزوم للهبة ولو بعد القبض: مروي عن سيدنا عمر وابنه وسيدنا عثمـان وسيدنا علي وأبي الدرداء وفضالة بن عبيد وغيرهم فيكون إجماعـــا [3] على عدم لزوم العقد بعد القبض حيث لم ينكر عليهم أحد ذلك .

ولكن هذا الإجماع نوقش: بأن عدم اللزوم إذا كان مجمعا عليه مـــن أبو بكر وعمر وغيرهم ؛فإن هؤلاء الصحابة أنفسهم قـــرروا أن قبـــض الهبة يفيد لزومها باعتبارها ركنـــا مـــن أركانـــها أو شـــرطا لصحتـــها وتمامها[4]؛ ومن ثم حصل التعارض ، ومن القواعد المسلمة أن الدليليـــن إذا تعارضا تساقطا؛ ومن ثم لزم ارتفاعهما المقتضى لســـقوط الإجمـــاع على عدم اللزوم.

١- انظر بدائع الصنائع ج٨ ص٣٦٩٩ .

٢- د/ علي مرعي – المرجع السابق ص٧٤٩ .

٣- البدائع ج٨ ص٣٦٩٩ .

٤- المهذب للشيرازي ج١ ص٤٥٤ ، المغني ج٦ ص٢٤٧ ، والميزان الكبرى للشعراني ج٢ ص٩٩ وبداية المجتهد ج٢ص٣٧٩ .

(د) كما استدلوا على رأيهم بعدم لزوم الهبة بالقبض بالمعقول : فقالوا : إن الواهب إنما يهب لبواعث شتى : فقد يهب ابتغاء ثواب الله عز وجل ، أو لتحقيق مصلحة في الدنيا؛ أو لأجل صلة الرحم؛ أو للمكافأة على جميل سابق .. الخ فإذا طلب الواهب الرجوع علمنا أن له غرضا دنيويا فيما أعطى وإلا فلا ، ومن ثم " يكون ملك الواهب بعد قبضه إياه ملكا قلقا لعدم تبين غرض الواهب وطيبة نفسه به؛ وعلى ذلك فتح له باب الرجوع إذا لم تطب نفسه بما أعطى " [1] والرجوع لا يكون إلا حيث لا يكون العقد لازما .

ولكن يمكن الرد على هذا الدليل من وجهين :

أحدهما : أن عدم لزوم الهبة بعد القبض يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات بين الناس وزعزعة الثقة بينهم ، فضلا عن أن منطق الأمور يقضي بوضع الضوابط المميزة لسمة كل عقد ، إذ ما هو الفرق بين الهبة بدون قبض والهبة المقبوضة ؟

ثانيهما : أن حق الرجوع في العقد لا يتوقف على اللزوم من عدمه ، وإنما يتوقف على اعتبارات أخرى ارتآها المشرع سببا ضروريا لإباحة حق الرجوع كما في الرجوع في عقد البيع - وهو عقد لازم - بمقتضى خيار شرعي أو خيار شرطي تحقيقا لمنع الضرر أو جلب المصلحة للعاقدين أو لأحدهما .

٤٥- الترجيح :

استبان لنا من عرض آراء الفقهاء في الهبة بعض القبض : أن ما ذهب إليه أصحاب الاتجاه الأول من القول بلزوم الهبة بعد قبضها : هو

١- الشيخ / أحمد إبراهيم – التزام التبرعات – مقال بمجلة القانون والاقتصاد السنة ٣ بند ٣٦ .

الرأي الراجح لسلامة أدلته وقوتها ، بينما لم تسلم أدلة وحجج أصحـــاب الاتجاه الثاني من المناقشة فتطرق إليها الوهن والضعف ومن ثـــم لـــزم القول بأن الهبة بعد القبض هي عقد لازم لما في العكس من اضطـــراب في التعامل وعدم استقرار المعاملات بين الناس والإضرار بالموهوب لـه .. الخ الاعتبارات التي سقناها في الرد على مـــن قـــال بعـــدم لزومـــها بالقبض.

المطلب الثاني

" التكييف القانوني للهبة بعد القبض "

" في القانون الوضعي "

٤٦- مدى لزم الهبة بعد القبض في القانون المدني الفرنسي :

عرف القانون المدني الفرنسي الهبة في المادة : ٩٨٤ منه بأنها " عقد يتجرد به الواهب ledonateur se depvuille عن الشيء الموهوب فعلا وبلا رجوع لمصلحة الواهب الذي يقبله .

ويستبين من هذا التعريف أن الهبة - سواء أكانت مقبوضة أم لا - هي عقد لازم في جميع الأحوال ويتنا في لزومه مع جواز الرجوع فيه .

وقد كان التعريف السابق موضع انتقاد لقصوره الواضح مما حدا بالقضاء الفرنسي إلى اعتبار الهبات المستترة donations deguissees صحيحة ولو لم تحرر في ورقة رسمية[١] شأنها شأن الهبات اليدوية تماما ، ومن ثم فإن الهبات التي تقع في صورة التنازل كما في الإبراء من الدين remise dette وكما في حالة نقل السندات transfer de ditres هي هبات صحيحة؛ كما أن الهبة قد تقع في صورة التزام يلتزم به الواهب [٢].

ومن ثم فإن الهبة بعد القبض - من باب أولى - في القانون الفرنسي هي عقد لازم ، وللزوم الهبة فيه معنى يفوق في قوته الأثر الملزم للعقد على العموم " بمعنى أنه لا يجوز لطرف فيها أن ينقض حكمها أو يعدل في آثارها ، وهي في هذا تتفق مع باقي العقود ، ولكنها لازمة أيضا؛

١- نقض مدني فرنسي في ٣ ديسمبر سنة ١٩١٢ سيري ١٩١٤ - ١- ٧٧٣ .

٢- حسين عامر - إلغاء العقد ص٢٨٨ - ٢٨٩ .

بمعنى أنه لا يجوز أن يدرج فيها ما يحفظ للواهب حق الرجوع أو ما يمنع الموهوب له من نيل حق بات ، وهي في هذا تختلف عن كل العقود ، ومن أجل ذلك يعتبر باطلا لمخالفته هذا المبدأ هبة ما يتركه الواهب عند موته؛ حيث يكون له ملكية الرجوع فعلا فيها بالتصرف في أمواله حال حياته ، ويلحق بهذه الهبة تلك التي يحتفظ الواهب فيها بحق التصرف في كل الموهوب أو بعضه ، والهبة المعلقة على شرط إرادي عادي ، والهبة المقترنة بالتزام الموهوب له بوفاء الديون المستقبلة للواهب حيث يستطيع هذا الأخير إعدام أثرها بالاستدانة " [1] .

فلقوة الهبة بعد القبض في القوة الإلزامية لطرفيها ما يفوق كثيرا من العقود الأخرى الملزمة في القانون الفرنسي ، ولا يستثنى من ذلك إلا استثناء واحدا هو الهبة بين الأزواج ، فهي دائما غير لازمة ومن ثم أجاز القانون الفرنسي حق الرجوع فيها للواهب؛ أو إذا توافرت أسباب ثلاثة (خاصة) أو أحدها :

١- طرو ولد للواهب بعد الهبة .

٢- جحود الموهوب له .

٣- عدم تنفيذ التكاليف من قبل الموهوب له .

وسنتكلم عن هذه الأسباب ونطاقها وآثارها عند حديثنا عن الرجوع في الهبة تفصيلا في القانون المدني المقارن بإذن الله تعالى .

٤٧- مدى لزوم الهبة بعد القبض في القانون المدني المصري :

سار التقنين المدني المصري وهو بصدد تنظيم أحكام عقد الهبة وخاصة مدى قوتها الملزمة سيرا مضطربا؛ ونهج منهجا مائعا حينما لم

١- د/ جمال زكي – المرجع السابق ص١٥٨ ، د/ محمد كامل مرسي – المرجع السابق ص١٧٠ – ١٧١ .

يقنع بتقنين القواعد الشرعية - التي كانت مرجعه ومصدره الرئيسي في أحكام الهبة على العموم - حينما أقحم على نظام الرجوع فيها تغييرا جوهريا اقتبسه من القوانين الغربية[1] ، فهو قد أبقى على موانع الرجوع في الهبة كما هي في الفقه الإسلامي تماما ليكسب عقد الهبة قوة كبرى من الإلزام ، وفي نفس الوقت أباح حق الرجوع في الهبة بمقتضى عذر مقبول وأورد للأخير أمثلة من التقنينات الأجنبية؛ مما يقرب الشريعة الإسلامية من تلك القوانين الأجنبية ، واعتقد واضعوا القانون المدني المصري أنهم بذلك المسلك والمنهج " أكسبوا عقد الهبة صلابة وقوة في الإلزام على النحو الذي ينبغي أن يكون لعقد هو - وإن كان تبرعا - ملزم للمتعاقدين كسائر العقود " [2] .

ونحن نتفق والرأي القائل بأنه ليس ثمة ما يدعو " لإقحام مبادئ من القوانين الغربية في قواعد مستقرة في بلادنا منذ قرون حكمة ظاهرة ولا نجد في ذلك مصلحة واضحة أو غير واضحة ، فضلا عن أن تقييد الرجوع بقيام عذر مقبول يجعل لزوم العقد تحت رحمة القاضي ، بدل أن كان مرتبطا بإرادة الواهب ، ويكون ما أكسب التقنين عقد الهبة " من قوة في الإلزام " ضئيل القدر على عكس ما توهمه واضعوه لا سيما وقد أطلق حق الرجوع من كل قيد إذا رضي الموهوب له ، وقد كان الرجوع في هذه الحالة أولى بالتقييد حفظا لحقوق الغير وحماية لاستقرار المعاملات " [3] .

وعلى كل حال : فإنه ليس هناك نص ظاهر يبين " صفة الملك " في الهبة بعد القبض في التقنين المدني المصري ، أهو ملك لازم أم جائز ؟

١- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج٤ ص٢٤٢ .

٢- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج٤ ص٢٤٢ .

٣- / جمال الدين زكي - المرجع السابق ص١٦٠ .

بمعنى : أعقد الهبة – بعد القبض – عقد لازم أم أنه من العقود الجائزة ؟ كما أن الفقه المصري لم يستطع أن يبين بوضوح – هو الآخر – مدى القوة الإلزامية لعقد الهبة .

ونحن من جانبنا نرى : أن التقنين المصري – والفقه والقضاء – على أن عقد الهبة بعد قبض الموهوب هو عقد لازم في الأصل ، وهذا اللزوم مستفاد من النصوص القانونية التي نصت على عدم جواز الرجوع فيها إلا بالتراضي أو لعذر مقبول؛ وعدم وجود مانع من الموانع المنصوص عليها في المادة : ٥٠٢ من التقنين المدني المصري .

فظاهر القانون (م ٥٠٠ ، ٥٠٢ مدني مصري) وروح التقنين يقضيان بعدم جواز العدول متى كان العقد رسميا؛ أو قبضت الهبة إلا بالتراضي أو التقاضي؛ وذلك المنع لا يكون إلا للزوم العقد لارتباط أحدهما بالآخر في هذا الشأن .

٤٨– مدى لزوم الهبة بعد القبض في القانون المدني الكويتي :

سبق أن ذكرنا أن القانون الكويتي يعلق انعقاد الهبة على القبض أو التواثيق في محرر رسمي؛ سواء في ذلك هبة العقار والمنقول على وجه سواء .

والقانون الكويتي وإن كان قد أجاز للأبوين الرجوع فيما وهباه لولدهما دون قيد أو عذر يسوغ هذا الرجوع ، إلا أنه لم يجز لغيرهما الرجوع في الهبة إلا بتوافر قيدين : الأول : موضوعي وهو أن يستند

الواهب في الرجوع إلى عذر مقبول [1] والثاني : شكلي وهو أن يصدر إذن من القضاء بهذا الرجوع [2] .

وظاهر من هذين القيدين أن التقنين المدني الكويتي يقرر أن عقد الهبة بعد قبض الموهوب : عقد لازم في الأصل ، وهذا اللزوم مستفاد من النصوص التي نصت على عدم جواز الرجوع فيها إلا بالتراضي أو لعذر يقبله القاضي (انظر المادتين ٢/٥٣٧ ، ٥٣٨ من التقنين المدني الكويتي .

٤٩- الموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في مدى لزوم الهبة بالقبض :

سبق أن أشرنا إلى أن التقنين المدني المصري والكويتي قد استقى - على وجه العموم - أحكام عقد الهبة من الشريعة الإسلامية ، ومن ثم فلا غرابة أن تتفق أحكامها مع قواعد الشريعة الإسلامية في هذا الشأن : حيث يتفق كلاهما في أن الهبة بعد القبض هي عقد لازم - طبقا للاتجاه الراجح في الفقه الإسلامي - ، ولا يوجد بينهما أي مفارقة في هذا الصدد - بوجه عام - إلا أن الفقه الإسلامي كان أكثر دقة ووضوحا في النص على لزوم الهبة بالقبض - طبقا للاتجاه الراجح فيه - بمعايير وضوابط دقيقة ، بينما كان مسلك القانون الوضعي مسلكا شائكا وغير نقي حينما أراد التوفيق بين قواعد الشريعة الإسلامية وبعض الأحكام المقتبسة من التقنينات الأجنبية على نحو ما رأينا ، فجاء تنظيمه لأحكام الهبة من حيث قوتها الملزمة تنظيما ركيكا وغير سديد في كثير من

١- م ٢/٥٣٧ مدني كويتي ، وفيها بعض صور الرجوع لعذر مقبول ، وهو ما سنتحدث عنه عند الأعذار المجيزة للرجوع .

٢- انظر : د/ بدر جاسم اليعقوب - السابق ص٤٤٩ وما بعدها ، وانظر المادة ٥٣٨ مدني كويتي ، والمذكرة الإيضاحية ص٤٠٢ .

المواضع ، وكان أحرى به أن يسلك مسلك الشريعة الإسلامية ، بل والقانون الفرنسي – الذي يتفق مع الشريعة الإسلامية – في رأيها الراجح حينما نص على أن الهبة هي عقد لازم ولا يستثنى من هذا إلا الهبة بين الزوجين – عكس القانون المصري تماما حيث يجعل الهبة بين الأزواج من الهبات اللازمة – لسبب قوي ومعقول وهو " الخوف من أن تكون الهبة نتيجة تأثير الزوج الموهوب له على الزوج الواهب مما يقتضي تقرير حق الرجوع لهذا الأخير طيلة حياته .. " (١)

٥٠- تحديد منهج البحث ومحل النزاع :

تحدثنا في هذا المبحث عن مدى لزوم عقد الهبة بعد القبض من عدمه ، وانتهينا إلى أن : عقد الهبة بعد القبض هو عقد لازم في الأصل في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي .

ولم نتحدث : عن مدى جواز الرجوع فيه من عدمه – إلا حسبما اقتضته ظروف العرض المنهجي – بناء على هذا اللزوم .

وقد آثرنا عدم الخوض في ذلك قصدا لأن : الرجوع في الهبة هو المقصد الأساسي والهدف المرجو والغاية المبتغاة من هذا الباب بأسره ، وما سبق عليه أو ما يلحق به إنما هو في حكم التمهيد والتذييل له نزولا على مقتضيات وضرورات ذكر ما قد يستلزمه البحث العلمي الدقيق .

من أجل ذلك سنتحدث في الفصل التالي عن " الرجوع في عقد الهبة" تفصيلا في الفقه الإسلامي والقانون المقارن بشيء من التفصيل علنا نوفق بتوفيق الله تعالى في أن نوفيه حقه من البحث والدراسة .

١- د/ جمال زكي – المرجع السابق ص١٦٣ .

هذا ويراعى : أننا سنعبر عن إنهاء العقد (عقد الهبة) في المباحث القادمة بتعبير " الرجوع " وذلك للدلالة على " الرجوع في الهبة " بعد القبض باعتبارها عقدا لازما بهذا القبض - كما رأينا - في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي - أما إنهاء العقد قبل قبض الموهوب فهو - في رأينا - الغاء وليس رجوعا حسبما أوضحنا ذلك تفصلا في حينه.[1] ومن ثم فمحل النزاع في جواز الرجوع في الهبة أو منعه إنما هو في " الهبة اللازمة " بحسب الأصل على ما سبق أن وضحناه سابقا . مادام قد تم قبضها .

١- انظر بند٣٨ ص ٧٧ من هذا البحث .

الفصل الثاني

انقضاء عقد الهبة بالرجوع (بالإرادة المنفردة)

٥١- تمهيد :

تحدثنا في الفصل الأول من هذا الباب عن مدى لزوم عقد الهبة قبل القبض وبعده ورأينا أن الهبة قبل القبض هي عقد غير تام يجوز إنهائه بالإرادة المنفردة دون تثريب على من له الحق في ذلك ، ورأينا أن عقد الهبة بعد القبض هو : عقد لازم في الأصل في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، فهل يجوز الرجوع فيه مع كونه لازما هكذا ؟ هذا ما سنبحثه في هذا المبحث في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

" المبحث الأول "

" انقضاء عقد الهبة بالرجوع في الفقه الإسلامي "

٥٢- آراء الفقهاء في الرجوع في الهبة ومدى سلطان الإرادة المنفردة في إحداثه :

إذا تمت الهبة مستوفية شروطها: ترتب عليها حكمها وهو انتقال ملك الموهوب إلى الموهوب له ، وذلك محل اتفاق بين الفقهاء ، غير أنهم اختلفوا بعد ذلك في مدى جواز الرجوع فيها من عدمه ، ووسيلة هذا الرجوع ؟ هل يحدث بالإرادة المنفردة للواهب - وهو محل بحثنا - ؟ أم لابد فيه من رضاء الموهوب له أو قضاء القاضي ؟

وقد تباينت آراء الفقهاء في هذا الصدد تباينا شاسعا يجمعها ثلاث اتجاهات لكل منها أدلته وحججه وهو ما سنتناوله تفصيلا على النحو التالي :

٥٣- الاتجاه الأول :

وإليه ذهب الأحناف والإمام زيد : فقالوا أن الهبة إذا كانت من الوالد لولده فإنه يحل له الرجوع في الهبة من غير رضا الولد ولا قضاء القاضي وذلك إذا احتاج إليها للإنفاق على نفسه [١] ، أي أن الرجوع في هذه الحالة الخاصة يتم بالإرادة المنفردة للواهب .

أما إذا كانت الهبة لأجنبي : فله أيضا (الواهب) الرجوع فيها إلا إذا ورد دليل بالمنع - وسنتحدث عن هذه الموانع في الفصل القادم - ولا يتم الرجوع في هذه الحالة إلا برضاء الموهوب له أو بقضاء القاضي -

---

١- بدائع الصنائع ج٨ ص٣٧٠٠ ، الدر المختار ج٥ ص٦٩٨ والبحر الزخار ج٤ ص١٤٠ .

عند عدم رضاء الموهوب له لعذر يقبله وعدم وجود مـــانع ، والمـــراد بالأجنبي هنا من لم يكن ذا رحم محرم [1] منه .

الأدلة :

وقد استدل أصحاب هذا الاتجاه على ما ذهبوا إليه بالكتاب والســـنة والإجماع والمعقول (من حيث جواز الرجوع بالقضاء والرضاء بالنسـبة للأجنبي) .

(أ) **فمن الكتاب قوله تعالى** : " وإذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منـــها أو ردوها " [2] ووجه الدلالة من الآية : أن التحية وإن كانت تستعمل فـــي معان من السلام والثناء والهدية بالمال إلا أن المعنى الأخير هو المـــراد بقرينة من نفس الآية؛ وهي قوله تعالى " أوردوها " لأن الرد إنما يتحقـق في الأعيان لا في الأعراض؛ لأنه عبارة عن إعـــادة الشـــيء ولـــذا لا يتصور في الأعراض؛ والمشترك يتعين أحد وجوهه بالدليل [3] .

(ب) ومن السنة: ما روي عن ابن عمر رضي الله عنه عن النبـــي صلى الله عليه وسلم قال " من وهب هبة فهو أحق بها مالم يثبت عنها"[4] رواه الحاكم وصححه .

١- انظر تكملة فتح القدير ج٧ ص١٣٠ حيث جاء فيه " وإذا وهب هبة لأجنبي فله الرجوع فيها ، والمراد بالأجنبي هنا من لم يكن ذا رحم محرم فيه ، فخرج منه من كان ذا رحم وليس بمحرم كبني الأعمام والأخوال ومن كان محرما ليس بذي رحم كالأخ الرضـــاعي وخرج بالتذكير في قوله وهب وأجنبي الزوجان ولا من قيدين آخرين أحدهما وسلمها إليه ، والثاني و لم يقترن من موانع الرجوع شـيء حال عقد الهبة .. " وانظر مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ج٢ ص٣٥٩ .

٢- سورة النساء – آية – ٨٦ .

٣- بدائع الصنائع ج٨ ص٣٦٩٩ .

٤- سبل السلام ج٣ ص٩٣ ، ونيل الأوطار ج٦ ص١٣ .

ووجه الدلالة من الحديث: أن الرسول صلى الله عليه وسلم قرر أحقية الواهب في استرداد هبته والرجوع عنها مالم يعوض عن الموهوب ، وهذا دليل على أن للواهب الرجوع في الهبة مالم يعوض عنها .

(ج) وأما الإجماع : فإن الرجوع في الهبة إذا كانت لأجنبي قد روي عن سيدنا عمر ، وسيدنا عثمان ، وسيدنا علي ، وعبد الله بن سيدنا عمر؛ وأبي الدرداء؛ وفضالة بن عبيد؛ وغيرهم رضي الله عنهم حيث أجمعوا على جواز هذا الرجوع ولم يرد عن غيرهم خلافه؛ فيكون اجماعا[1] .

وأما المعقول : فإن الواهب إنما يهب لبواعث شتى ، فقد يعطي ابتغاء وجه الله تعالى ، أو لأجل صلة الرحم ، أو للمكافأة على جميل ، أو لتحقيق مصلحة في الدنيا فإذا كان " للواهب غرض دنيوي من هبته فنفسه لا تطيب بالهبة إذا لم يتحقق غرضه وإن كان غرضه وجه الله تعالى فنفسه طيبة بما أعطت دون انتظار عوض دنيوي؛ لكن ذلك أمر خفي لا يمكن ضبطه ، إذ المرجع فيه للعرف والعادة والقرائن ونية المعطي؛ فإذا طلب الرجوع فيما وهب؛ علمنا أن له غرضا دنيويا فيما أعطى وإلا فلا ، وإذن فيكون ملك الموهوب بعد قبضه إياه ملكا قلقا لعدم تبين غرض الواهب وطيبة نفسه به ، وعلى ذلك فتح له باب الرجوع إذا لم تطب نفسه بما أعطى"[2] .

وعلى ذلك فإن : أصحاب هذا الاتجاه ومن وافقهم يرون : أن الهبة إذا كانت لأجنبي وكانت مقبوضة : فإنه يجوز الرجوع فيها ، غير أن هذا الرجوع لا يتم إلا برضاء الموهوب له أو بقضاء القاضي عند عدم

١- بدائع الصنائع ج٨ ص٣٦٩٩ .

٢- الشيخ / أحمد إبراهيم – المقال السابق – التزام التبرعات – مجلة القانون والاقتصاد السنة ٣ – بند ٣٦ .

الرضا؛ بحيث يبقى الموهوب ملكا للموهوب له بعد قبضه وبعد إعـــلان الواهب رغبته في الرجوع حتى يحكم القاضي به للواهب؛ ويجـــوز فـــي بعض الهبة كما يجوز الرجوع فيها كلها؛ وليس يضيرها حينئذ الشـــيوع لأنه شيوع طارئ بعد تمامها [١] .

٥٤- الاتجاه الثاني :

وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من المالكية والشـــافعية وإحـــدى الروايتين عن أحمد والشيعة : إلى أنه لا يجوز الرجوع في الهبـــة إلا إذا كانت من الوالد لولده فلا يجوز الرجوع في الهبة إلا فيما ورد فيه نـــص صريح وهي هبة الوالد لولده وإن سفل؛ فيجوز له أن يرجع فيما وهبـــه لولده دون توقف على رضاءه أو قضاء القاضي ، أي أن الرجوع - فـــي هذا النطاق يتم بإرادة الواهب المنفردة [٢]؛ أي أن الأصل عدم الرجـــوع والاستثناء هو الرجوع في هبة الوالدين لولدهما وإن سفل.

وقد استدل أصحاب هذا الاتجاه على ما ذهبوا إليه بالكتاب والسنة .

(أ) فمن الكتاب قوله تعالى " يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعـــوا الرسول ولا تبطلوا أعمالكم"[٣] .

ووجه الدلالة من الآية : أن الله سبحانه وتعالى نهى عـــن ابطـــال العمل أيا كان نوعه ، والهبة تصرف من التصرفات الشرعية - أي عمل من الأعمال - بل هي قربة من القرب ، فيكون الرجوع فها ابطال لـــها

١- بدائع الصنائع ج٨ ص٣٧١٢ ، الشيخ / علي الخفيف - التصرف الانفرادي والإرادة المنفردة ص١٨٣ ط١٩٦٤م .

٢- انظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج٤ ص١١٠ ، بداية المجتهد - ج٢ ص٣٨٣ ، ومغني المحتـــاج ج٢ ص٤٠١ والمغـــني لابن قدامه ج٦ ص٢٧٠ والبحر الزخار ج٤ ص١٣٩ .

٣- سورة محمد - آية - ٣٣ .

لأن الارتداد " مبطل للأعمال " [1] فدلت الآية على حرمة الرجوع في الهبة إلا فيما ورد فيه نص وهو هبة الوالد لولده بمقتضى الأحاديث النبوية الآتي ذكرها .

كما استدلوا بقوله تعالى " يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود " [2] ، ووجه الاستدلال من الآية : أن الهبة عقد من العقود ، والوفاء بالعقود أمر واجب على كل مكلف لأن لفظة " أوفوا " فعل أمر ، والأمر للوجوب مالم توجد قرينة صارفة ، ولا قرينة هنا ، ومن ثم فالرجوع في الهبة يكون حراما لأن الرجوع إخلال بالوفاء بالعقود والعهود ، ومنها عقد الهبة إلا ما استثنى بنص خاص .

(ب) **ومن السنة** : ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه " متفق عليه ، وفي رواية للبخاري : ليس لنا مثل السوء الذي يعود في هبته كالكلب يقيء ثم يرجع في قيئه " [3] .

ووجه الدلالة من الحديث : أن فيه دلالة على تحريم الرجوع في الهبة حيث شبه الرسول صلى الله عليه وسلم الذي يرجع في هبته بالكلب الذي يرجع في قيئه؛ ولما كان الرجوع في القيء حراما كان الرجوع في الهبة حراما كذلك إلا فيما قام الدليل على تخصيصه وهو هبة الوالدين لولدهما الوارد في الحديث الآتي .

(٢) ما رواه ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم قال " لا يحل لرجل مسلم أن يعطي العطية ثم يرجع فيها

١- تفسير ابن كثير ج٤ ص١٨١ ط١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م .

٢- سورة المائدة - آية رقم ١ .

٣- صحيح البخاري ج٣ ص٢١٥ ، ط صبيح ، ونيل الأوطار ج٦ ص١٠ ، سبل السلام ج٣ ص٩٠ .

إلا الوالد فيما يعطي ولده : رواه أحمد والأربعة وصححه الترمذي وابن حيان والحاكم"[1] .

ووجه الدلالة من الحديث : أن نفي الحل بقوله (لا يحل) يثبت الحرمة ، فدل هذا على حرمة الرجوع في الهبة؛ ولفظ (إلا) أداة استثناء ، وحكم المستثني يخالف حكم المستثنى منه ، فدل ذلك على التحريم في غير المستثنى (الولد) بأبلغ عبارة؛ وعلى هذا إذا وهب لغير الولد وولد الولد شيئا وأقبضه إياه فلا يحل الرجوع فيه [2] .

وخلاصة رأي أصحاب هذا الاتجاه : أن الرجوع في الهبة لا يجوز إلا إذا كانت من الوالدين لولدهما وإن سفل ، وأن هذا الرجوع - في هذا النطاق - يقع بالإرادة المنفردة للواهب دون توقف على رضاء الموهوب له أو قضاء القاضي به .

والحكمة في ذلك - كما يراها أصحاب هذا الرأي - أن الملك الثابت بالهبة ملك لازم في الأصل ، ومن ثم فإن هذا الأصل يقتضي امتناع الرجوع في الهبة ، بيد أنه قد استثنى من هذا الأصل جواز اعتصار - وهو تعبير المالكية للرجوع - ما وهبه الأب لابنه لأن الأب غير متهم في هذا الاعتصار (الرجوع)؛ بل هو لا يرجع إلا لضرورة أو مصلحة يبتغيها ، ولأن القصد من الهبة إصلاح شأن الولد ، وقد يكون في الرجوع في الهبة واستردادها من الولد ما يصلح شأنه كما يراه الوالد [3]

ونود أن ننبه إلى أنه - في داخل هذا الاتجاه - يشترط لجواز رجوع الأب فيما وهبه لابنه عند الإمام مالك ثلاثة شروط :

أ- ألا يتزوج الابن .

١- سبل السلام ج٣ ص٩٠ وسنن بن ماجة ج٢ ص٧٩٥ ط١٣٧٣هـ - ١٩٥٣م .

٢- انظر د/ أحمد طه - المرجع السابق ص٤٥٤ .

٣- المهذب ج١ ص٤٥٤ .

ب- ألا يستحدث دينا - وعلى الجملة : ألا يترتب عليه حق للغير .

ت- إذا كان الواهب هو الأم : فيشترط للرجوع أن يكون الأب حيا . [1]

وعلى العموم : فنحن لسنا في حاجة إلى بيان رجحان هذه الشروط أو مرجوحيتها كما أننا لسنا في حاجة إلى ذكر الخلاف القائم في كتب المذاهب حول ما إذا كانت الأم كالأب في الرجوع أم لا [2] ؟ لخروج ذلك عن نطاق بحثنا .

وما يهمنا هو : أن أصحاب هذا الاتجاه قد أجمعوا على جواز الرجوع في هبة الوالد (أو الوالدين على الراجح عند الفقهاء) لولده بالإرادة المنفردة للواهب .

٥٥- الاتجاه الثالث :

وهو ما ذهب إليه الظاهرية والرواية الأخرى عن أحمد [3] : إلى أنه لا يجوز الرجوع في الهبة مطلقا سواء كانت لأجنبي أو لولد الواهب؛ وبهذا قال أصحاب الرأي والثوري والعنبري فيما رواه ابن قدامه [4] .

واستدل أصحاب هذا الاتجاه بعموم الأحاديث المتقدمة " العائد في هبته .. والتي تقضي بأنه لا يجوز الرجوع فيها بأية حال من الأحوال سواء كانت لأجنبي أو لولد الواهب .

ولكن هذا الرأي قد غالى فيما ذهب إليه؛ لأن الحديث المذكور : قد خص منه الوالد؛ بما روى عن ابن عمر وابن عباس وغيرهما من الأدلة المذكورة سابقا عند أصحاب الاتجاه الثاني ، فضلا على أن هذا الحديث

١- بداية المجتهد ج٢ ص٣٨٣ .

٢- انظر المغني ج٦ ص٢٧٣ ، بداية المجتهد ج٢ ص٣٨٣ .

٣- المحلي لابن حزم ج٩ ص١٢٧ والمغني ج٦ ص٢٧٠ .

٤- المغني ج٦ ص٢٧٠ ، ٢٧١ .

مطلق؛ فحمل على المقيد جمعا بين الأخبار[1]؛ ومن ثم فإن فساد هذا الرأي وقيامه على غير أساس علمي : من الوضوح ما لا يحتاج إلى بيان أو كثير مناقشة .

٥٦- الخلاصة :

نخلص مما سبق : إلى أن فقهاء المسلمين قد اختلفوا في جواز الرجوع في الهبة على ثلاثة آراء :

الأول : أن الأصل في الهبة جواز الرجوع فيها إلا إذا ورد دليل بالمنع؛ وهذا مذهب الأحناف والإمام زيد ، ولكن الرجوع لا يتم إلا برضاء الموهوب له أو بقضاء القاضي إذا كانت الهبة لأجنبي ، أي أن الرجوع في الهبة لا يتم بالإرادة المنفردة البحتة للواهب (إلا في هبة الوالد لولده) .

الثاني : أنه لا يجوز الرجوع في الهبة إلا فيما ورد فيه نص ، وهي هبة الوالد لولده ، وإن سفل ، ويجوز الرجوع في هذا النطاق بالإرادة المنفردة للواهب ودون توقف على رضاء الموهوب له أو قضاء القاضي ، وهذا مذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية وجمهور علماء المدينة والصحيح عند الحنابلة والشيعة .

الثالث : أنه لا يجوز الرجوع في الهبة مطلقا سواء كانت لأجنبي أم لولد الواهب؛ وهو مذهب الظاهرية وإحدى الروايتين عن أحمد وبعض أصحاب الرأي والثوري والعنبري فيما نقله عنهم ابن قدامه .

١- البحر الزخار ج٤ ص١٣٩ .

٥٧- رأينا الخاص : الرجوع في الهبة جائز بالإرادة المنفردة سواء كانت لأجنبي أم لولد الواهب :

لعل ما ذهب إليه فقهاء المسلمين على اختلاف اتجاهاتهم يصل بنا إلى المدى المنشود ، ولكل وجهة هو موليها ، وحسبنا أننا ننشد الصحيح أينما كان وحيثما وصل بنا اجتهادنا المتواضع في هذا السبيل .

وإذا كانت الآراء والاتجاهات السابقة قد دنت - في غالبها - إلى ما نصبوا إليه؛ فإن جهدنا يكاد يقف عند حد التنسيق بينها ، ولم يكن لنا - ونحن الضعفاء - أن نخالف ما ذهب إليه أولئك الأوائل المجتهدين من فقهاء المسلمين ، ومن ثم فإننا لن نسلك ذلك المسلك التقليدي الذي يقف عند حد ترجيح رأي أو اتجاه على الآخر ، ولكننا سنأخذ من جميع الآراء والاتجاهات ما نعتقد أنه أوفى للغرض وأصلح للمقصود .

وتأسيسا على ما تقدم :

فإننا نود في البداية أن نطرح جانبا رأي ذوي الاتجاه الثالث الذين ذهبوا إلى أنه لا يجوز الرجوع في الهبة المقبوضة مطلقا سواء كانت لأجنبي أم كانت لولد الواهب وإن سفل ، وبداهة فإن مسألة كيفية ووسيلة الرجوع غير مثارة من حيث وجوب إحداث الرجوع بالإرادة المنفردة أو بالرضاء أو بالقضاء ، لأن جوهر الموضوع قد انتفى في رأيهم فلا يثور البحث في كيفية إنهاءه أو وسيلته .

وعلى هذا ينحصر الخلاف في رأي أصحاب الاتجاهين الأولين : هل يجوز الرجوع في الهبة إذا كانت لأجنبي بشرط أن يكون ذلك برضاء الموهوب له أو قضاء القاضي ولا يجوز الرجوع مطلقا إذا كانت الهبة من أحد الزوجين للآخر أو كانت لذي رحم محرم ؟ كما قرر

أصحاب الاتجاه الأول ، أم أن الرجوع في الهبة لا يكون إلا في هبة الوالد لابنه وذلك بالإرادة المنفردة للواهب دون الهبة لأجنبي ؟ كما ذهب أصحاب الاتجاه الثاني ؟

لاشك أن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء: من المالكية وجمهور علماء المدنية والشافعية والصحيح عند الحنابلة والشيعة (أصحاب الاتجاه الثاني): من أنه يجوز الرجوع في الهبة بالإرادة المنفردة للواهب : إذا كانت الهبة لولد الواهب؛ أمر لا غبار عليه مطلقا؛ وذلك لتلك الأدلة التي احتج بها أصحاب هذا الاتجاه؛ والتي بلغت من القوة مبلغا جعلت مناقشتها أمرا صعب المنال ، حتى أن الأحناف - أصحاب الاتجاه الأول - يوافقون جمهور الفقهاء - في هذا الصدد على استحياء حينما قرروا - على ما سبق أن ذكرنا - أن الرجوع فيما يهبه الوالد لولده يجور بدون قضاء أو رضاء الموهوب له - أي بالإرادة المنفردة - في حالة احتياج الأب للانفاق على نفسه أو عند الحاجة إليه[1] ، ألا ترى أن هذا التعليل لجواز رجوع الوالد فيما يهبه لولده لا يخرج في جوهره عما قرره جمهور الفقهاء من علة جواز رجوع الأب في هبته لابنه بإرادته المنفردة وهي " أن الأب لا يتهم في رجوعه لأنه لا يرجع إلا لضرورة أو لإصلاح الولد .. " [2] ؟

ومن ثم فإنه بتمحيص آراء العلماء في هبة الوالد لولده ينتهي بنا القول إلى أن - جمهورهم قد اتفق على : جواز رجوع الوالد فيما يهبه لابنه بإرادته المنفردة ودون توقف على رضاء الموهوب له أو قضاء القاضي؛ لأنه " لا يحتاج في الرجوع - هنا - إلى حكم؛ بل يكفي قوله

١- بدائع الصنائع ج٨ ص٣٧٠٠ .

٢- المهذب للشيرازي ج١ ص٤٥٤ والمغني ج٦ ص٢٧١ وشرح منتهى الإرادات للبهوتي ج٢ ص٥٢٧ والبحر الزخار ج٤ ص١٣٩.

رجعت كخيار الشرط والرؤية .. فقد قال صلى الله عليه وسلم "إلا الوالد" ولم يعتبر الحكم .. " [1] كما أن المتفق عليه والمسلم به أن الولد ملك أبيه وماله مال أبيه ، ألا ترى أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال للولد الذي رفع أمر أبيه إليه " أنت ومالك لأبيك " [2] ورواه الطبراني في معجمه مطولا ، ومن ثم فما دام المال مملوكا للولد فإنه مملوك للأب تبعا ولذلك صح له استرجاعه من ولده بإرادته المنفردة البحتة . [3]

يبقى بعد ذلك مسألة " الرجوع في الهبة لأجنبي (ويأخذ حكمه الرحم غير المحرم ومن كان محرما ليس بذي رحم) وما يتعلق بها من كون الرجوع - إذا قلنا بجوازه - يقع بالإرادة المنفردة أم لابد من رضاء الموهوب له أو قضاء القاضي ؟

قد علمنا أن جمهور الفقهاء - وهم أصحاب الاتجاه الثاني - قد منعوا هذا الرجوع مطلقا سواء أكانت وسيلة الرجوع هي الإرادة المنفردة أم رضاء الموهوب له أم قضاء القاضي ، بينما ذهب الأحناف ومن وافقهم - إلى جواز الرجوع إذا كانت الهبة لأجنبي بشرط أن يرضى الموهوب له بهذا الرجوع؛ أو يقضي به القاضي إذا لم يرضى الموهوب له .

والأرجح في رأينا هو رأي الأحناف ومن وفقهم في الشطر الأول من رأيهم وهو جواز الرجوع ، وذلك بما استدلوا به من كتاب وسنة وإجماع - حسبما قررنا آنذاك عند عرض تلك الأدلة [4] - والتي لم ترقى أدلة وحجج أصحاب الاتجاه الثاني - الذي يمنعون الرجوع في الهبة إذا كانت لأجنبي - إلى نفيها بصورة قاطعة أو دحضها بأدلة أقوى

١- البحر الزخار ج٤ ص١٤٠ .

٢- مسند الإمام أحمد ج٢ ص١٧٩ .

٣- انظر د/ أحمد طه - المرجع السابق ص١٢١ ، د/ علي مرعي - المرجع السابق ص٧٥٠ .

٤- انظر آنفا بند ٥٣- ص ٩٣-٩٥.

كانت لأجنبي - إلى نفيها بصورة قاطعة أو دحضها بأدلة أقوى منها؛ غير أن ما ذهب إليه الأحناف ومن وافقهم من ضرورة توقف الرجوع على رضاء الموهوب له - الأجنبي - أو قضاء القاضي؛ هو أمر ورأي محل نظر - في رأينا - وكان أحرى بهم أن يطلقوا حق الرجوع في الهبة لأجنبي من كل قيد؛ حتى يكون رأيهم قد بلغ مداه في السداد والصواب ، لأننا نرى أن الأولى بالقبول هو القول : بجواز حق الرجوع في الهبة إذا كانت لأجنبي بالإرادة المنفردة للواهب وذلك لما يلي :

أولا : حينما استدل الأحناف على ما ذهبوا إليه: استدلوا - كما رأينا - بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول ، وبمطالعة هذه الأدلة نجد أنها لا تشير من قريب أو بعيد - بمقتضى مصدر شرعي - على ضرورة رضاء الموهوب له بالرجوع أو قضاء القاضي به ، ومن ثم حق لنا أن نتساءل عن مصدر الوسيلة المقررة لدى الأحناف ومن وافقهم للرجوع على النحو المذكور عندهم ؟ نقول إنه لا يوجد نص واحد في كتب الأحناف - أو غيرهم - أو مصادر الشريعة الإسلامية الصحيحة يقرر ضرورة رضاء الموهوب له أو قضاء القاضي بالرجوع؛ ومن ثم وجب طرح هذا القيد - رضاء الموهوب له أو حكم القاضي - لأن هذا القول يعوزه الدليل ولا دليل فيعتبر كأن لم يكن .

ثانيا : إذا كان أصحاب هذا الاتجاه يرون ضرورة رضاء الموهوب له أو قضاء القاضي حتى يقع الرجوع : فإن هذه المقولة تتناقض مع الأساس الفني للرجوع ، ذلك أن الرجوع لو تم برضاء الموهوب له فإن ذلك يكون"إقالة"من الهبة باتفاق طرفيها؛ إذ هي"اتفاق المتعاقدين أو من

يقوم مقامهما على نقض حكم العقد الواقع بينهما بشروط مخصوصة [1] وثمة فرق شاسع بين " الإقالة " و " الرجوع " من حيث الماهية والأساس والنطاق والآثار .. الخ .

كما أن منطق البحث العلمي الصحيح يستوجب وضع الألفاظ لمسمياتها؛ حتى لا تختلط المفاهيم العلمية والفقهية للاصطلاحات مع ما يترتب على ذلك من آثار خطيرة ، ولهذا كان الرأي الذي ذهب إلى أن " الرجوع في الهبة بالتراضي في الفقه الإسلامي نوع من الإقالة " [2] – أي رأيا أقرب إلى الصحة في التكييف الشرعي له .

وإذا تم الرجوع بحكم القاضي فإن ذلك يكون " فسخا قضائيا " وليس رجوعا؛ وثمة فرق كبير بين كلاهما من نواح عديدة ليس هذا مجال سردها .

فإذا ثبت ذلك : كان القول بضرورة وقوع الرجوع في الهبة لأجنبي بالتراضي أو التقاضي أمر غير مسلم؛ وثبت وهنه وضعفه؛ ومن ثم وجب طرحه والقول بعدم اشتراط هذا القيد للرجوع ، وتقرير حق الرجوع للواهب بإرادته المنفردة دون تثريب عليها بأي قيد من القيود من حيث الوسيلة؛ اللهم إلا إذا وجد قيد (مانع) من قيود الرجوع الموضوعية التي سنذكرها تفصيلا في المبحث التالي إن شاء الله تعالى .

ثالثا : أن الرجوع في الهبة بالإرادة المنفردة – سواء كانت لأجنبي أم لولد الواهب – أمر تقتضيه طبيعة عقد الهبة لأن الواهب قد يهب – وهذا هو الغالب الأعم – وله في ذلك غرض من انتظار مكافأة على ما أعطى؛ أو لأجل التودد والمجاملة؛ أو لأي غرض دنيوي آخر ، وقد

١– د/ علي مرعي – المرجع السابق ص٤٦٧ ؛ وانظر مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ج٢ ص٧١ ؛ والمجموع للنووي ج٢ ص٢٦٥ ط مطبعة الإمام ، نهاية المحتاج ج٣ ص١٤٧ ، المغني ج٤ ص١٢٣ ط١٩٤٧هـ .

٢– د/ عبد الرزاق السنهوري – مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج٦ ص٢٥٠ ط١٩٦٨م .

يعطيها لإرادة وجه الله تعالى ، ولا يعلم غرضه وقت الإعطاء ، ومن ثم يكون في تملك الموهوب له لمحل الهبة خلل في الجملة يظهر برجوع الواهب في هبته إذا لم يتحقق غرضه ، ولتدارك هذا الخلل جاز له الرجوع في هبته [1] فإذا قيدنا حق الرجوع بضرورة رضاء الموهوب له أو قضاء القاضي : فماذا تكون النتيجة لو لم يرضى الموهوب له ؟ يتطلب الأمر اللجوء إلى القاضي : فماذا تكون النتيجة لو لم يستجب القضاء لطلب الواهب ارجاع الموهوب له لاعتبارات كثيرة؛ لعل أكثرها أهمية : هي أن الحكم بالرجوع هو أمر تحكمي من القاضي؛ لأن فقهاء المسلمين لم يذكروا معيار الرجوع بحكم الحاكم ، ومن ثم فإن الحكم بالرجوع سيخضع للسلطة التقديرية البحتة للقاضي؛وهذه السلطة تختلف من شخص إلى آخر ومن ظرف إلى آخر ، وليس ذلك - ولن يكون على مر الأزمان - من منهج الفقه الإسلامي في شيء ، فإذا أضفنا إلى ذلك أن الموهوب له قد يكون الحن حجة لدى القضاء من الواهب مما يستوجب رفض الحكم بالرجوع؛ أو كانت الأعذار التي يبديها الواهب لا ترقى إلى مبلغ حجة الموهوب له مما يستوجب عدم الاستجابة إلى الحكم بالرجوع.

إذا كان ذلك فإن القول بضرورة تراضي الطرفين أو قضاء القاضي بالرجوع أمر محل نظر؛ مما يستوجب القول بأن الرجوع في الهبة يقع بالإرادة المنفردة للواهب؛ سواء كانت لأجنبي أم كانت لولد الواهب ، ونرجو من الله الصواب فيما ذهبنا إليه وإن أخطأنا فنرجو منه المغفرة .

١- الشيخ / أحمد إبراهيم - المعاملات الشرعية المالية ص٢٦١ - ٢٦٢ ط١٣٥٥هـ - ١٩٣٦م .

وأخير فإننا نود الإجابة على سؤال يمكن تصوره ألا وهـــو : مـــا الحكم فيما لو كان الواهب غير قادر على استرجاع الشيء الموهوب؛ ولم يرضى الموهوب له بالرجوع ؟

نقول : أن الواهب إذا كان غير قادر على استرجاع الموهوب ولـــم يرضى الموهوب له بالرجوع : فإن على الواهب أن يلجأ إلى القـــاضي ليحكم له برد الشيء الموهوب ، أي أن دور القاضي سينحصر في جـبر الموهوب له على رد الشيء الموهوب إلى الواهب؛ ولا يبحث في مـــدى أحقية الواهب في الرجوع - إلا إذا وجد مانع من الرجوع؛ كما لا شـــأن له في بحث الأعذار التي تستوجب الرجوع ، ومن ثـــم يكـــون قضـــاء القاضي هو مجرد " ترخيص " بالرجوع جبرا على الموهوب له ، ولعـل ذلك كان مقصد الأحناف فيما ذهبوا إليه .

المبحث الثاني

" انقضاء عقد الهبة بالرجوع في القانون الوضعي "

٥٨- أولا : في القانون الفرنسي :

القاعدة العامة في القانون الفرنسي أن العقد - أيا كان نوعه - إذا تم صحيحا : أصبح ملزما ولا يجوز لأحد عاقديه أن يستقل بالرجوع فيه ، بل يجب أن يتفق مع المتعاقد الآخر على هذا الرجوع، والحكمة من هذا :أن الهبة فيه عقد لازم، ولزومه يتنافى مع جواز الرجوع فيه، بل أن للزوم الهبة فيه قوة تفوق قوة الأثر الملزم للعقود على العموم ، ومن ثم فإن عقد الهبة عقد لازم لا يجوز لأحد طرفيه أن ينقض حكمه أو يعدل من آثاره دون موافقة الطرف الآخر؛[1] وإلى هذه الأحكام أشارت المادة : ٨٩٤ مدني فرنسي حين عرفت عقد الهبة بقولها :

" Le donatin entr-vifs est un act par lequel le donateur ae depouille actuelleement et irrevocablement de la chose dnnee en faueur du donatair qui L'accepte ".

أي أن عقد الهبة هو : عقد به يتجرد الواهب عن الشيء الموهوب في الحال (فعلا) وبلا رجوع لمصلحة الموهوب الذي يقبله ، ومن ثم فإنه لا يجوز أن يدرج فيها ما يحفظ للواهب حق الرجوع أو يمنع الموهوب له من نيل حق حال وبات؛ ومن أجل ذلك " يعتبر باطلا لمخالفته هذا المبدأ هبة ما يتركه الواهب عند موته حيث يكون له مكنة الرجوع فعلا فيها بالتصرف في أمواله حال حياته ، ويلحق بهذه الهبة تلك التي يحتفظ فيها الواهب بحق التصرف في كل الموهوب أو بعضه والهبة المعلقة على شرط إرادي - عادي ، والهبة المقترنة بالتزام

١- انظر : د/ عبد الرزاق السنهوري - نظرية العقد ص٧٢٣ بند ٦٧٩ ط الأولى ، د/ محمود جمال الدين زكي - المرجع السابق ص١٥٨.

الموهوب له بوفاء الديون المستقبلة للواهب حيث يستطيع هـذا الأخير إعدام أثرها بالاستدانة " [1] .

وقد سبق أن أشرنا إلى أن قاعدة عدم الرجوع في الهبة في القانون الفرنسي ترجع إلى مبدأ القانون الفرنسي القديم بأن " الإعطاء والمنع لا يجتمعان Donner et retenir .

وهذا المبدأ وإن لم ينقل حرفيا في القانون الفرنسي الحالي؛ إلا أنه توجد له تطبيقات ظاهرة في المواد من ٩٤٣ - ٩٤٦ مدني فرنسي ، ويرجع أساس هذا المبدأ إلى القانون الروماني قبل عهد حستنيان ، حيث أن الهبة فيه لم تكن لها قوة ملزمة إلا إذا نفذت ، ومن ثم فإن الوعد بالهبة لم يكن له أية قوة ملزمة ، ، فلم تكن الهبة تتم إلا من الوقت الذي يتخلى فيه الواهب عن المال الذي يهبه بتسليمه إلى الموهوب له .

ولعله جدير بالذكر هنا أن نشير إلى أن هذا المبدأ بالمعنى السالف والمنصوص عليه في القانون الروماني هو نفس ما قررته الشريعة الإسلامية تماما في هذا الصدد ، حيث أن الهبة فيها لا تتم إلا بالقبض ، أي التسليم عند بعض فقهاء المذاهب كما سبق أن بينا .

غير أن القانون الفرنسي الحالي أعطى لهذه العبارة " الإعطاء والمنع لا يجتمعان " مدلولا يختلف عن المدلول المراد لها في القانون الروماني حيث صار يقصد بها فيه : أن الواهب يتخلى عن ماله في الحال للموهوب له في أثناء حياته وبصفة نهائية؛ ومن ثم لا يجوز له أن يحتفظ لنفسه بحق الرجوع فيما وهبه أو في بعضه باشتراط هذا الحق له في عقد الهبة ذاته[2]؛ على النحو السابق بيانه .

١- د/ جمال الدين زكي – المرجع السابق ص١٥٨ ، د/ كامل مرسي – المرجع السابق ص١٧١ .

٢- د/ محمد كامل مرسي – المرجع السابق ص١٧١ .

٥٩- الهبة بين الأزواج هي الاستثناء الوحيد في القانون الفرنسي الذي يجيز حق الرجوع :

إذا كانت الهبة في القانون الفرنسي هي عقد لازم لا يجوز الرجوع فيه إلا باتفاق الطرفين كقاعدة عامة : إلا أن هناك استثناءا وحيدا على هذا المبدأ وهو " الهبة بين الأزواج " فهي هبة غير لازمة في جميع الأحوال؛ حيث يجوز للواهب فيها الرجوع فيما وهبه للآخر دون قيد ، والحكمة في إباحة الرجوع في الهبة بين الأزواج هو " الخوف من أن تكون الهبة نتيجة تأثير الزوج الموهوب له على الزوج الواهب مما يقتضي تقرير حق الرجوع لهذا الأخير طيلة حياته " [١] .

٦٠- الأسباب الخاصة للرجوع في عقد الهبة في القانون الفرنسي :

هناك ثلاثة أسباب خاصة للرجوع في الهبة نص عليها القانون الفرنسي وهي :

أ- طرو ولد للواهب بعد حدوث الهبة .

ب- جحود الموهوب له ونكرانه لجميل الواهب .

ت- امتناع الموهوب له عن تنفيذ ما يثقل الهبة من أعباء وتكاليف .

وهذه الأسباب الثلاثة للرجوع في الهبة لا تعتبر استثناءا من مبدأ لزوم الهبة . " لأنها لا تتوقف على إرادة الواهب بل ترجع إلى أسباب خارجة عنها " [٢] .

فبالنسبة للسبب الأول " طرو ولد للواهب بعد الهبة " نصت المادة : ٩٦٠ مدني فرنسي على: " كل الهبات الحاصلة من أشخاص ليس لهم

١- د/ جمال زكي – المرجع السابق ص١٦٣ .

٢- د/ جمال زكي – المرجع السابق ص١٥٨ – ١٥٩ .

أولاد ولا ذرية على قيد الحياة وقت الهبة من أية قيمة كانت هذه الهبات وبأية صورة حصلت ، سواء أكانت متبادلة أم من هبات المجازاة ولو كانت قد حصلت في شأن الأزواج إلا ما كانت من الأصول للزوجين أو من أحد الزوجين للآخر ، كل هذه الهبات تبطل من نفسها بطرو ولد شرعي للواهب أو بالاعتراف بولد غير شرعي بزواج لاحق بشرط أن يكون مولودا بعد الهبة . "

ويستبين من نص هذه المادة : أن الواهب إذا رزق بولد بعد الهبة فإن هبته تصبح باطلة ويصح له الرجوع فيها واسترداد المال الموهوب؛ وسواء أكان الولد شرعيا أم غير شرعي؛ أتى من زواج لاحق أولا؛ ولم يحد من حق الرجوع في هذه الحالة إلا أن يكون حدوث الولد لاحقا للهبة.

ولاشك أن نص هذه المادة : مبني على قرينة مستمدة من إرادة الواهب وعلى فكرة الحماية والرعاية المادية الواجبة للأولاد على أبيهم . [1]

وبالنسبة للسبب الثاني " جحود الموهوب له " فإن التزام الاعتراف بالجميل abligation de reconnaissance في القانون الفرنسي أمر واجب ولو من الناحية الأدبية ، وقد نصت المادة : ٩٥٥ مدني فرنسي على هذا السبب للرجوع في الهبة وإبطالها به؛ وبينت الأحوال التي تبطل فيها الهبة فقالت: " لا يصح الرجوع في الهبة بسبب جحود الواهب إلا في الحالات الآتية :

أ- إذا تعدى الموهوب له على حياة الواهب .

١- د/ محمد كامل مرسي – المرجع السابق ص١٧٥ ، د/ جمال زكي – المرجع السابق ص١٥٨ .

ب- إذا أساء الموهوب له في معاملة الواهب إساءة جسيمة (وهي تشمل الإساءات الجسمانية) أو ارتكب نحوه جريمة جسيمة (مثل السرقة والنصب وخيانة الأمانة) أو إهانته إهانة جسيمة .

ت- إذا امتنع عن الانفاق عليه .

وقد وردت هذه الحالات في القانون الفرنسي على سبيل الحصر؛ وبتوافرها أو توافر أحداها يكون الموهوب له جاحدا وناكرا للجميل ، ويستبين من نص المادة المذكورة : أن التزام الاعتراف بالجميل هو التزام سلبي يقع على عاتق الموهوب له ، وهو مبني على فكرة وجود واجب أدبي على كاهله " لأن الذي يكون محلا لتبرع الغير يجب عليه للمتبرع له الاعتراف بفضله وأن يظهره له متى اقتضى الحال ذلك ، فهذا الالتزام شخصي محض ومصدره - أيضا - القانون الروماني وكان يوجد أيضا في القانون الفرنسي القديم ، أما القانون المدني فلم يعرفه صراحة؛ ولكنه نوه عنه بطريقة غير مباشرة ، إذ أوضح الحالات التي يكون فيها الموهوب له جاحدا للجميل " [1] واقتراف أحدهما يكون سببا للرجوع في الهبة .

وجدير بالذكر أن بطلان الهبة بسبب الجحود لا يقع بقوة القانون؛ de blein droit (م ٩٥٦ مدني فرنسي) بل لابد من حكم القضاء به حيث يقدر القاضي صحة الأفعال المنسوبة إلى الموهوب له وتقييمها وجسامتها [2] .

وبالنسبة للسبب الثالث : " امتناع الموهوب له عن دفع التكاليف " فإن الموهوب له يلتزم بتنفيذ الالتزامات والتكاليف التي تثقل الهبة

١- د/ محمد كامل مرسي - المرجع السابق ص١٤٨ ، د/ جمال زكي - المرجع السابق ص١٥٨ .

٢- د/ محمد كامل مرسي - المرجع السابق ص١٧٢ .

كالالتزام بدفع ديون الواهب ، وعدم تنفيذ مثل هذه التكاليف يترتب عليه - إذا أراد الواهب - رفع دعوى قضائية بطلب التنفيذ أو إبطال الهبة ، وبما أن الهبة تخضع لمبدأ الرسمية فإن إثبات التكليف لا يكون إلا في سند الهبة نفسه ، ومن ثم فإن التكاليف التي لا توجد في العقد الرسمي لا يمكن إثباتها ، وسواء بعد ذلك أذكر التكليف صراحة في السند ، أم ظهر دلالة من مشتملاته [1] فكلاهما سواء في الإثبات ، أما الهبات غير الخاضعة للرسمية فيجوز إثبات التكليف بشأنها بكل طرق الإثبات العادية كمبدأ الثبوت بالكتابة ، وشهادة الشهود ، وذلك مالم يكن التكليف ثابتا في سند الهبة .

وأخيرا فإنه يجوز للواهب - بداهة - أن ينزل صراحة أو دلالة عن التكليف المقرر لمصلحته ، لأن الالتزام بتنفيذ التكاليف abligation d'executer charges de la donations قد وضع لمصلحته ، ويكون لقاضي الموضوع السلطة التقديرية في تقييم النزول الضمني [2] " وإذا كان التكليف مشترطا لمصلحة الغير ، وقبل ذلك الغير فلا يجوز للواهب أن ينزل عن التكليف من غير رضاء ذلك الغير؛ أو على الأقل لا يكون للنزول أثر إلا بالنسبة إلى الواهب لا بالنسبة للغير ، ويكون الحكم كذلك إذا كان التكليف مشترطا لمصلحة الموهوب له " [3] .

١- نقض مدني فرنسي في ١٤ مايو سنة ١٩٣٨ - سيري - ٣٨-١-٨٤٩ ، نقض فرنسي في ٦ يونية سنة ١٨٥٥ داللوز -٥٥-١-٢٤٣ ونقض مدني فرنسي في ١٦ أبريل سنة ١٨٧٧ - داللوز -٧٨-١-١٦٥ .

٢- نقض مدني فرنسي في : ٢١ يوليه ١٨٦٨ - سيري - ٦٩-١-٣٤ .

٣- د/ محمد كامل مرسي - المرجع السابق ص١٥١ ،د/ جمال زكي - المرجع السابق ص١٥٨ .

ونود التنبيه في النهاية إلى أن مطالعة الأسباب الخاصة الثلاثة للرجوع في الهبة: تبين أن " الرجوع - فيها - كما ذهب بعض الفقه لا يجوز إلا لمسوغ ولا يفيد فسخا بل إلغاء ليس له أثر رجعي " [1] .

ونحن من جانبنا لا نميل إلى هذا الرأي - ونرى أن القول بأن الرجوع في الهبة في القانون الفرنسي يكون ذا أثر رجعي هو القول الأمثل ، لأن الحكم ببطلان الهبة والرجوع فيها لتوافر أحد أسباب الرجوع لا يكون إلا بحكم قضائي كالقانون المدني المصري، وضرورة توافر الحكم ، يستوجب القول أن يكون الرجوع في الهبة " فسخا قضائيا" ومن المسلم به أن للفسخ دائما أثرا رجعيا مالم ينص القانون على انعدام الأثر الرجعي ، ومن ثم فإن القول بعدم اعتبار الرجوع فسخا قول لا سند له ، هذا فضلا عن أن نصوص القانون المدني الفرنسي صرحية في النص على أن إنهاء الهبة بالقضاء أو التراضي هو " رجوع " وثمة فرق كبير بين " الرجوع " و " الإلغاء " إذ أن الأخير لا أثر رجعي له عكس الأول الذي يستند أثره إلى الماضي كخصيصة أساسية له تميزه عن غيره من أسباب إنهاء الرابطة العقدية ومن بينها الإلغاء .

٦١- ثانيا : في القانون المدني المصري القديم :

لم يرد في التقنين المدني المصري الملغي نص يبين صفة الملك الذي ينتقل إلى الموهوب له ومن ثم لم يبين جواز الرجوع في الهبة من عدمه ، ولذلك جرى البحث فيما إذا كان يستفاد من نصوص التقنين القديم عدم جواز الرجوع في الهبة أم لا ؟ أم أن - موضوع الرجوع في الهبة من صميم المسائل الشرعية التي ينطبق عليها قانون الأحوال الشخصية ؟

١- د/ عبد الرزاق السنهوري - نظرية العقد - بند ٦٧٩ .

فذهب بعض فقهاء القانون وبعض الأحكام القضائية، إلى أن الرجوع في الهبة لا يجوز بتاتا على أساس أن المقنن المصري سلك مسلك المقنن الفرنسي؛ فطرح جانبا موضوع الرجوع في الهبة؛ ومن ثم لا يجوز الرجوع فيها بالإرادة المنفردة للواهب، على أساس أنها عقد لازم لا يجوز أن يستقل أحد طرفيه بإنهائه ، لأن ظاهر القانون وروح التشريع يقضيان بعدم جواز الرجوع في الهبة متى اتصفت بصفة الرسمية ، أما إذا اتصفت الهبة بعقد آخر فإنها تنطبق عليها قواعد العقد المسمى ، وهذه القواعد تقضي بأن إنهاء العقد بإرادة واحدة غير جائز ، ولا مشاحة في ذلك لتصريح القانون بانتقال الملكية في العقار الموهوب إلى الموهوب له بمجرد الإيجاب والقبول وعدم تمامها إلا بالقبض في المنقول " [1] .

وإلى هذا ذهبت بعض أحكام القضاء المصري القديم حيث جاء في حكم لمحكمة ميت غمر الجزئية " أن مسألة الرجوع في الهبة التي اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية من حيث جوازها وعدمه قد طرحها المشرع (المقنن) المصري جانبا ، وسار في هذا الصدد وراء أحكام القانون الفرنسي[2] " أي أنه لا يجوز لأحد المتعاقدين أن يستقل بفسخ العقد بمحض هواه وبناء على ذلك لا يجوز الرجوع في الهبة بالإرادة المنفردة في القانون المدني القديم .

غير أن بعض الفقه ذهب - بحق - إلى أن مسألة الرجوع في الهبة يجب الرجوع فيها إلى قانون الأحوال الشخصية؛ وتطبيق أحكام الأخير عليها؛ ما دام لم يرد بشأنها نص في التقنين وهي أقرب إلى مسائل

١- انظر : د/ محمد كامل مرسي - المرجع السابق ص١٧٩ وعرضه المفصل لهذا الرأي .

٢- محكمة ميت غمر الجزئية : في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ - الجريدة القضائية ١٠٨ ص٢٣ مرجع القضاء ص٤٥٨٥ .

الشريعة منها إلى مسائل القانون المدني " وأنه لا تعارض بين أحكام الشريعة الإسلامية وما تنص عليه المادة : ٧٠/٤٨ من انتقال ملكية الأموال الموهوبة من الواهب إلى الموهوب له بمجرد الإيجاب والقبول فإن ذلك لا يستتبع ضرورة القول بعدم جواز الرجوع في الهبة ، إذ ليس - هناك - ما يمنع قانونا من أن يتم العقد بإيجاب وقبول من الطرفين ، ويكون لأحدهما حق فسخه ، وأن الشارع (المقنن) المصري لم يضع نص المادة : ٧٠/٤٨ إلا لغرض ظاهر وهو مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بشرط القبض لتمام الهبة، علاوة على الإيجاب والقبول ، فلم يشترط هو القبض ، ومن جهة أخرى اشترط لتمام الهبة شرطا غير معروف في الشريعة الإسلامية وهو رسمية عقد الهبة مالم يكن موصوفا بصفة عقد آخر؛ وقد أتى بهذا الشرط من القانون الفرنسي، ولا يوجد ما يدل على أن غرض الشارع (المقنن) من الأحكام التي أوردوها في المادة : ٧٠/٤٨ هو عدم جواز الرجوع " [١] .

ولا شك أن هذا رأي سديد؛ وهو الأولى بالقبول لدينا؛ لأنه يتفق - إلى حد كبير - مع أحكام الشريعة الإسلامية - على ما سبق أن رأينا - فضلا عن اتساقه مع القواعد القانونية العامة والمنطق القانوني الصحيح .

وقد ساير القضاء المصري - في معظمه - هذا الرأي؛ حيث جاء في أحد الأحكام " وحيث أنه ليس للمحاكم الأهلية أن تنظر في مسائل الأنكحة وما يتعلق بها من قضايا المهر والنفقة والهبة وغيرها مما يتعلق بالأحوال الشخصية طبقا لنص المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية .

١- د/ محمد كامل مرسي - المرجع السابق ص١٧٩ - ١٨٠ .

وحيث أن الطرفين متفقان على أن المستأنف عليه خطب كريمة المستأنف وقدم لها هدية وقت وبعد تحرير الخطوبة رسميا أمام رئيس بطركخانة الموارنة في فبراير سنة ١٩١٢ وغير متفقين على جواز الرجوع في الهبة المذكورة بسبب عدول أحدهما عن إتمام تنفيذ العقد المذكور .

وحيث إنه ظاهر من فتوى رئيس البطركخانة في ٢٩ مارس سنة ١٩١٤ أنه ليس للشاب أن يسترد ما قدمه لخطيبته بعد فسخه عهد الخطوبة الكنائسية التي ارتبط بها معها بحضور خادم الكنسية الذهبي بدون سبب شرعي .

وحيث إن الحكم في هذه القضية يتوقف على معرفة المسؤول عن فسخ هذه الخطوبة الكنائسية حتى يسوغ النظر في جواز الرجوع في الهبة من عدمه .

وحيث إن هذا الطلب مرتبط بدعوى الخطوبة ارتباطا لا يقبل التجزئة؛ فيجب الحكم بعدم اختصاص المحاكم الأهلية بسماع هذه الدعوى " (١) .

أي أن الحكم فيها للشريعة السماوية التي يعتنقها طرفي الخصومة ، ومن ثم فإن الرجوع في الهبة – على هذا الرأي الراجح لدينا – يكون جائزا طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية – وعلى الرأي الراجح فيها – يكون بحكم قضائي ولعذر يقبله القاضي ودون أن يكون هنالك مانع من موانع الرجوع .

١- بني سويف استئنافي في ١٧ ديسمبر سنة ١٩١٣ – الشرائع ٣ رقم ٢٣ ص١٠٥ – وانظر محكمة الموسكي الجزئية في ١٣ مايو سنة ١٩١٩ – المجموعة ٢١ رقم ٥٠ ص٨٠ .

٦٢- ثالثا : الرجوع في الهبة في التقنين المدني المصري الحالي :

كيف عالج القانون المدني المصري أحكام الرجوع في الهبة :

كانت الشريعة الإسلامية وعلى أرجح الأقوال في مذهب الإمام أبي حنيفة هي المرجع في أحكام الرجوع في الهبة في القانون المدني المصري ، بل كانت هي مصدر القانون في أحكام الهبة بوجه عام ، حتى لا يغير واضعوا التقنين الحالي من الأحكام التي استقرت في عهد التقنين القديم . [١]

وإزاء معالجة التقنين المدني المصري الحالي لأحكام الرجوع في الهبة، لم يقنع المقنن المصري بتقنين القواعد الشرعية ، بل أدخل تغييرا جوهريا على أحكام الرجوع في الهبة اقتبسه من القوانين الغربية؛ وقيده بوجود " عذر مقبول " فيه ، " وأورد أمثلة من العذر المقبول، مما يقرب الشريعة الإسلامية من القوانين الأجنبية " [٢] وأبقى في ذات الوقت على موانع الرجوع الواردة في مذهب الأحناف تماما اعتقادا من هؤلاء المقننين أنهم بذلك أكسبوا " عقد الهبة صلابة وقوة في الإلزام على النحو الذي ينبغي أن يكون لعقد هو ملزم للمتعاقدين كسائر العقود " [٣] .

ونحن لا يسعنا إلا أن نحي في إعزاز موقف بعض الفقه المصري الذي يرى - ونحن نؤيده تماما - أنه لم يكن ثمة داع " لإقحام مبادئ من القوانين الغربية في قواعد مستقرة في بلادنا منذ قرون .. ولا نجد في ذلك مصلحة واضحة أو غير واضحة ، فضلا عن أن تقييد الرجوع (بقيام عذر مقبول) يجعل لزوم العقد تحت رحمة القاضي بدل أن كان

١- د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط ج٥ ص١٨٠ ط٥٢ ، د/ جمال زكي - المرجع السابق ص١٥٩ .

٢- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج٤ ص٢٤٢ .

٣- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج٤ ص٢٤٢ .

مرتبطا بإرادة الواهب ، ويكون ما أكسب التقنين عقد الهبة من قوة في الإلزام ضئيل القدر عكس ما توهمه واضعوه " [1] .

وعلى هذا فإن موقف المقنن المصري من الرجوع في الهبة هو موقف وسط بين القوانين الغربية من جهة – وأهمها القانون الفرنسي الذي يجعل للهبة قوة ملزمة تفوق مثيلاتها في سائر العقود ، ولا يبيح الرجوع إلا في أحوال استثنائية محددة – وبين الشريعة الإسلامية من جهة أخرى وهي التي تعترف للواهب بحق الرجوع إلا إذ ورد قيد مانع من الرجوع [2] .

٦٣- وسيلة الرجوع في الهبة في القانون المدني المصري :

تنص المادة : ٥٠٠ من القانون المدني المصري على أنه :

١- "يجوز للواهب أن يرجع في الهبة إذا قبل الموهوب له ذلك .

٢- فإذا لم يقبل الموهوب له جاز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له في الرجوع متى كان يستند في ذلك إلى عذر مقبول ولم يوجد مانع من الرجوع". [3]

ويستبين من هذه المادة أن الرجوع في الهبة لا يقع في القانون المدني المصري إلا بتراضي طرفي عقد الهبة على الرجوع فيها ، أو بالتقاضي ، حيث يلجأ الواهب عند عدم رضاء الموهوب له بالرجوع إلى

١- د/ جمال زكي – المرجع السابق ص١٦٠ .

٢- د/ أكثم الخولي – المرجع السابق ص١٦٦ .

٣- يقابل هذه المادة في التقنينات العربية المادة : ٤٨٩ من التقنين المدني الليبي؛ المادة : ٤٦٨ من التقنين المدني السوري ، المادة : ٦٢٠ من القانون المدني العراقي ، المادة ٢/٥٣٧ من التقنين المدني الكويتي .

القضاء طالبا الترخيص له في الرجوع في الهبة واستردادها متى كان يستند في ذلك إلى عذر يقبله القاضي ولم يوجد مانع من موانع الرجوع .

وسنتناول وسيلتي الرجوع السابقتين بشيء من التفصيل فيما يلي :

٦٤- الرجوع في الهبة بالتراضي في القانون المدني المصري :

يقع الرجوع في الهبة " وينتج آثاره إذا تراضيا طرفي عقد الهبة عليه، وقد أطلق المقنن المصري الرجوع بالتراضي من كل قيد، حيث يعتبر اتفاق الواهب والموهوب له على الرجوع في الهبة صحيحا لا فرق في ذلك بين الهبات اللازمة والهبات غير اللازمة، طبقا لنص المادة : ١/٥٠٠ مدني مصري ، وليس هذا في الواقع إلا تطبيقا للقواعد العامة[١]، التي تجعل اتفاق المتعاقدين صحيحا مادام يقع في حدود المشروعية القانونية .

والرجوع في الهبة على النحو السابق يكون " إقالة من الهبة " لأنها تتم بتراضي الطرفين - وهذه هي ماهية الإقالة - كما أنها تتم بإيجاب وقبول جديدين شأن الإقالة من أي عقد آخر ، وإن كانت تتميز هنا طبقا لنص المادة : ٥٠٣ مدني مصري بأن لها أثرا رجعيا؛ فتعتبر كأن لم تكن[٢]؛ كما سنعرفه عند بحث آثار الرجوع .

ويلاحظ أن التراضي على الرجوع في الهبة باتفاق الطرفين يقع صحيحا سواء وجد عند الواهب عذر أم لا ، وسواء أكان هنالك مانع من الرجوع أم لا؛ بخلاف الرجوع بالتقاضي - الآتي تفصيل أحكامه في البند

١- انظر د/ أكثم الخولي - المرجع السابق ص١٧ ، د/ جمال زكي - المرجع السابق ص١٦٠ ، د/ محمد كامل مرسي - المرجع السابق ص١٨٣ .

٢- د/ عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق ص١٨٢ ، د/ جمال زكي - المرجع السابق ص١٦١ .

التالي - فلابد من الرجوع بمقتضاه : أن يوجد عذر مقبول وألا يكون هنالك مانع من موانع الرجوع؛ حيث " أنه إذا طلب الواهب الفسخ وقدم لذلك عذرا مقبولا فإن القاضي بالرغم من ذلك لا يحكم بالفسخ إذ وجد مانع من موانع الرجوع في الهبة ، بخلاف الفسخ بالتراضي فلا يحول بالبداهة دونه مانع " [1] .

٦٥- الرجوع في الهبة بالتقاضي في التقنين المدني المصري :

إذا لم يرضى الموهوب له بالرجوع في الهبة ، فلا مناص للواهب من أن يطلب من القضاء الحكم له بالرجوع طبقا لنص المادة : ٢/٥٠٠ من القانون المدني المصري؛ ومن ثم فإن رجوع الواهب في الهبة ليس أمر تحكميا يقع بإرادته المنفردة؛ سواء رضي الموهوب له أم لا ، إذ لو لم يرض الأخير بالرجوع فإن الواهب متقيد بقيود ثلاثة لا محيص له من مراعاتها :

القيد الأول: لابد من رضاء الموهوب له بالرجوع كوسيلة وحيدة لا يوجد سواها في نوع معين من الهبات : وهي الهبات اللازمة والهبات اللازمة في القانون المدني المصري هي الهبات التي يقترن بها مانع من موانع الرجوع المنصوص عليها في المادة ٥٠٢من التقنين المدني المصري؛ وفي هذا النوع من الهبات لا يجوز بغير التراضي أن يرجع الواهب في الهبة بإرادته المنفردة، كما لا يجوز له اللجوء إلى القضاء للحكم له بالرجوع،ولا يجوز للقضاء ذاته قبول الدعوى المتعلقة بذلك(وسيأتي ذكر هذه الموانع)

١- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج٤ ص٢٩١ .

القيد الثاني :ـ

إذا لم يرضى الموهوب له بالرجوع في الهبات غير اللازمة - وهي الهبات التي لا تقترن بمانع من موانع الرجوع - فالواهب لا يستطيع الرجوع إلا بمقتضى عذر مقبول للرجوع ، ومن ثم فلا ترقى إرادة المواهب المنفردة - هنا أيضاً - إلى إعمال حق الرجوع دون هذا العذر المقبول .

القيد الثالث :ـ

يخضع تقدير " العذر المقبول " إلى مراقبة القضاء ، فإذا رأى القاضي أن العذر الذي يقدمه الواهب للرجوع في هبته عذر مقبول : أجابه إلى طلبه ، وقضى " بفسخ " الهبة ، وإلا امتنع من إجابة طلبة ، ومن ثم فإن الرجوع في الهبة بالتقاضي على هذا النحو ليس في الواقع " رجوعاً " وإنما هو " فسخ قضائي " لها بناء على طلب الواهب يسوغه عذر مقبول متروك إلى تقدير القاضي كما هو الأمر في فسخ العقد بوجه عام"[١].

ومن ثم فإن "حكم القضاء" بالرجوع ليس مجرد " ترخيص" منه بها ، كما هو الشأن في فقه الأحناف ، حينما جعل الحكم بالرجوع هو مجرد " ترخيص" به فقط ، حيث يستقل الواهب وحده بتقدير العذر دون تمحيص من القضاء لمدى جدية هذا العذر من عدمه فيه ، ولم يشأ القانون المدني أن يجعل الواهب يستقل بتقدير هذا العذر، ومن ثم جعل القضاء رقيباً عليه في ذلك ، إذ قد يجيبه إلى طلبه وقد يرفض هذا الطلب بناء على مدى تقديره للعذر المسوغ للرجوع. [٢]

وخلاصة القول أن فقه القانون المصري [٣] على أن الرجوع في الهبات غير اللازمة لا يجوز إلا بتراضي الطرفين عليه ، أو بحكم القضاء ، لعذر مقبول

١- د/ السنهوري – المرجع السابق ص ١٨٥ وانظر د/ محمد كامل مرسي – المرجع السابق ص ١٨٣ ، د/ جمال زكي – المرجع السابق ص ١٦١ – ١٦٤ ، د/ أكثم الخولي – المرجع السابق ص ١٧٠ .

٢- السنهوري – الوسيط ج ٥ ص ١٨٥.

٣- السنهوري – المرجع السابق ص ١٨٢- ١٨٦ ، د/ محمد كامل مرسي المرجع السابق ص ١٨١ – ١٨٣ ، د/ جمال زكي – المرجع السابق ص ١٦٠ – ١٦٦ ، د/ أكثم الخولي – المرجع السابق ص ١٧٠ – ١٧٦ ، د/ السنهوري – نظرية العقد – بند ٦٨٠ ط ١٩٣٤م ، د/ عبد المنعم الصدة – نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ص ١١٢ – ،ط ١٩٦٠ ، د/ أنور سلطان – النظرية العامة للالتزام ج ١ ص ٤٠٧ ط ١٩٦٢ .

لديه حيث " تشترط المادة : ٥٠٠ من القانون المدني للرجوع في الهبة في حالة عدم قبول الموهوب له ، أن يستند الواهب في الرجوع في الهبة إلى عذر يقبله القاضي ، فإذا كان ما تعلل به الطاعن لتبرير حقه في الرجوع عن تنازله عن الأجرة من وقوعه في غلط قد ثبت فساده ، كما أن ما يدعيه من دين الأجرة غير قابل للانقسام غير صحيح في القانون ، لأن دين الأجرة وإن كان أصيلاً للمورث إلا أنه ما دام تطبيقه قابلاً للانقسام فهو ينقسم بعد وفاته على الورثة كل بقدر حصته الميراثيه ، إذا كان ذلك فإن العذر الذي استند إليه الطاعن لتبرير حقه في الرجوع في اقراره بالتنازل يكون منتفياً"[1].

ويستبين من هذا أن القضاء المصري قد شايع التقنين والفقه في تقدير العذر المقبول للحكم بالرجوع على النحو السالف بيانه.

ونحن سنرجئ الحديث عن الهبات اللازمة – وهي التي تقترن بمانع من موانع الرجوع – لأننا سنتحدث عنها في مبحث مستقل من الفصل التالي ، ونتحدث عن الأعذار المقبولة للرجوع كما أوردها التقنين المدني المصري بشئ من التفصيل في البند التالي :-

٦٦- الأعذار المسوغة للرجوع في الهبة في التقنين المدني المصري :ـ

تنص المادة : ٥٠١ من القانون المدني المصري على أنه " يعتبر بنوع خاص عذراً مقبولاً للرجوع في الهبة :ـ

(أ) أن يخل الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب ، أو نحو أحد من أقاربه بحيث يكون هذا الإخلال جحوداً كبيراً من جانبه.

١- نقض مدني في ١٩٦٥/١٢/١٦ م طعن رقم ٤١٣ السنة ٣٠ قضائية ، قاعدة رقم ٢٠١ ع٣ ص ١٢٧٨ ، وانظر نقض مدني في ٢٦ مايو سنة ١٩٧٤ – مجموعة أحكام النقض المدني السنة ٢٥ قاعدة رقم ١٥٦ ص ٩٤٨ .

(ب) أن يصبح الواهب عاجزاً عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية أو أن يصبح غير قادر على الوفاء بما يفرضه عليه القانون من المنفعة على الغير .

(ت) أن يرزق الواهب بعد الهبة ولداً يظل حياً إلى وقت الرجوع، أو أن يكون للواهب ولداً يظنه ميتاً وقت الهبة فإذا به حي"[1] ويستبين من هذه المادة : أنها أوردت أمثلة للعذر المقبول لدى القضاء للحكم بالرجوع في الهبة ، ومن ثم فهي لم تعدد هذه الأعذار المسوغة للرجوع على سبيل الحصر ، لأنها "تعتبر أمثلة للعذر المقبول فقط. "[2] إذ لم يضع المشرع " للعذر المقبول "معيارا أو ضابطاً محدداً.

ويلاحظ أن المقنن المصري قد استقى أحكام هذه المادة من أحكام القانون الفرنسي ، ولكن خاب ظنه حينما أراد التوفيق بين ما أراد اقتباسه من القانون الفرنسي والألماني وبين محاولته تقريب أحكام الشريعة الإسلامية من هذه القوانين الأجنبية ، على ما سيتضح من خلال حديثنا عن هذه الأعذار الثلاثة التي تناولها النص السابق.

العذر الأول: جحود الموهوب له :ـ

نصت المادة : (٥٠١أ) على أن إخلال الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب أو نحو أحد من أقاربه بحيث يكون هذا الإخلال جحوداً من جانبه : عذراً مسوغاً للرجوع في الهبة قضاءً ، وأساس هذا القول:أن الهبة لما كانت تبرعاً من الواهب للموهوب له ، فإنها بذلك تعتبر جميلاً ومعروفاً ينتظر الواهب - على الأقل - اعترافاً به من قبل الموهوب له ، فإذا ما جحد الموهوب له هذا الجميل نحو الواهب : :كان ذلك إخلالاً وجحوداً له من قبل الموهوب له يستحق عليه الجزاء ، ألا وهو الرجوع فيها بموجب هذا الجحود وذاك النكران للجميل.

١- يقابل هذا النص في التقنينات العربية : التقنين المدني الليبي م ٤٩٠ ، والتقنين المدني السوري م ٤٤٩ ، والتقنين المدني العراقي م٦٢١، وتقنين الموجبات والعقود اللبناني م٥٢٤، المادة ٥٣٨ من التقنين المدني الكويتي .

٢- د/جمال زكي- المرجع السابق ص ١٦٤ ، د/ أكثم الخولي – المرجع السابق ص ١٧٣ والسنهوري – الوسيط ج ٥ ص ١٩٩ .

وإذا كان النص لم يحدد حالات الجحود ، عكس القانون الفرنسي الـــذي حدد هذه الحالات في المادة : ٩٥٥ منه على سبيل الحصـــر ، فقـد حـاولت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني أن تتلاشى هذا القصور حينما مثلت للجحـود الكبير بارتكاب الموهوب له " جريمة لا عذر له فيها ضد أحد هؤلاء"[١].

غير أن هذه محاولة غير مقبولة أيضا ، لأنه نص غايـــة فـي الإبـهام والغموض ، إذ يثور التساؤل عن الواجب الملقى على عاتق الموهوب له نحـو الواهب ونحو أقاربه ؟ وما هو معيار تحديد أقارب الواهب ، وما هـي ماهيـة الجحود الكبير؟

وإزاء هذه التساؤلات ، فإن غالب الفقه[٢] المصري ينتقد مسلك المقنن المصري في هذا النص الذي اقتبسه حرفيا من نص حكم المادة : ٥٣٠ من التقنين المدني الألماني دون تعديل ، وكان أحرى بالمقنن المصري أن ينـهج علـى منـوال المقنن الفرنسي فيحدد حالات الرجوع لعقوق الواهب بدقة ، - وإن كان منها ما يقبل التوسع الكبير - وهذه الحالات هي " الاعتـــداء علـى حيـاة الواهـب ، والاعتداء عليه بالضرب ، أو بإساءة بالغة ، أو إهانته إهانة جسـيمة ، ijinjures graves ورفض الانفاق عليه إذا وقع في الحاجة "[٣].

وعلى كل حال فإنه في ضوء النص الحالي - على ما هو عليه : فإنه يجـب أن يفسر بدقة وحذر من قبل الفقه والقضاء لما شابه من قصـــور ، فيعتـبر مـن الأعمال التي تكون جحودا من الموهوب له للواهب ، أن يعتـــدي الأول علـى الأخير اعتداء بالغا أو يسئ إلى الواهب إساءة جسيمة ، كالاعتداء على مالـه أو عرضه ، كما لا يجب التوسع في تفسير لفظ الأقارب ، خلافا لما ذهـــب إليـه بعض الفقه[٤] الذي يرى ضرورة التوسع في تفسير هذا اللفظ ، لأن عدم التوسع أدعى إلى عدم الزلل ، كما أن هذا التوسع يجعل من هؤلاء الأقارب سيفا مسلطا

١- مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٢٩١ .

٢- د/ أكثم الخولي – المرجع السابق ص ١٧٤ و د/ جمال زكي – المرجع السابق ص ١٦٥ .

٣- د/ أكثم الخولي – المرجع السابق هامش ١ ص ١٧٤ .

٤- السنهوري ج٥ – هامش ٣ ص ٢٠٠

على "الموهوب له" طيلة حياته وهو لا تربطه بهم علاقة ما ، فمن الظلم أن يتحمل ما قد يبدر منهم على سبيل الاستفزاز له ليكون ذلك حجة وذريعة للواهب للرجوع باعتبار ذلك عذرا مقبولا ، ومن ثم فنحن نرى أن لفظ "الأقارب" الوارد في النص يجب أن يفسر بأنه "الأقارب حتى الدرجة الرابعة " للواهب.

وأخيرا فإننا نود أن نشير إلى أن اساس الرجوع بهذا العذر - كما سبق أن أشرنا - هو فكرة الجزاء والعقوبة على الموهوب له ، لجحوده لفضل وجميل الواهب ، أي أن الرجوع هنا هو بمثابة العقوبة المدنية أو الخاصة ، pein civille ou priv e'e سواء أكان هنالك تعادل بين الضرر الذي أصاب الواهب من جراء جحود الموهوب له لجميل الواهب ، أم لم يكن هنالك تعادل ، بل ويمكن توقيع هذه العقوبة (الرجوع في الهبة) حتى ولو لم يلحق الواهب ضرر ما [١].

العذر الثاني : عجز الواهب عن الإنفاق على نفسه أو عمن تجب عليه نفقتهم:

من الأعذار المسوغة للرجوع في الهبة : أن يصبح الواهب بعد الهبة عاجزا عن أن يوفر لنفسه أو لمن تجب عليه نفقتهم أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية اللائقة به ، سواء كان هذا العجز راجعا لسبب يتصل بالهبة نفسها أم لا طبقا ، لإطلاق نص المادة ٥٠١ ب ، وعلى ذلك فليس بلازم أن يقع الواهب في فقر شديد حتى يتسنى له طلب الرجوع ، بل " يكفي أن ينزل عن المستوى اللائق لمكانته"[٢] كما يدخل في هذه الحالة عجز الواهب عن الانفاق عمن تجب عليه نفقتهم قانونا ، (شرعا) كالزوجة والأولاد والأم والأب ، "ولا يمنع الرجوع في هذه الحالة أن يظهر الموهوب له استعداده أن ينفق على الواهب أو أن يقدم له مساعدة مالية ... إلا إذا قبل من الموهوب له مساعدته المالية ونزل بذلك عن حقه في الرجوع بعد أن قام العذر" [٣] .

أنظر -1Louis Hugueney, L`idee' de peine privee' on droit contemporain, these' Degon. 1904. P. 104 ets.

٢- مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٢٩١ .

٣- د/ السنهوري – المرجع السابق ص ٢٠٣ ، وانظر د/ محمد كامل مرسي – المرجع السابق ص ١٨٥ ، د/ جمال زكي – المرجع السابق ص ١٦٥ ، د/ جمال العاقل المرجع السابق ص ٢٣٢ .

وغني عن البيان أن نص هذه الفقرة التي تحكم هذا العذر ليس أحسن حظاً من سابقه ، إذ ليس من الميسور تحديد " المكانة الاجتماعية اللائقة بالواهب" ، وهي تختلف من ظرف إلى آخر تبعاً للظروف الاقتصادية السائدة في المجتمع ، وتبعاً لما إذا كان ما ألم بالواهب من سوء الأحوال يرجع إلى إسرافه وتبذيره أم لا ، ومن ثم فان تطبيق النص المذكور يتوقف على مدى حصافة القاضي وحسن تطبيقه له ، كما أن غالب الفقه ينتقد مسلك المقنن في النص على حالة عجز الواهب عن الإنفاق عمن تجب عليه إعالتهم شرعاً ، إذ لم يكن ثمة داع للنص على مثل هذه الحالة ، لأنها تدخل تبعاً في حالة عجز الواهب عن الإنفاق على نفسه[1] ، ولعل خطأ المقنن المصري يرجع إلى أنه قد أخذ حكم نص المادة : ٥٠٢ ب من المادة ٣٦٤ من التقنين البولوني ، وهو أمر غير مستساغ منطقاً ، لأن لكل مجتمع ظروفه الاجتماعية التي تتطلب موائمة خاصة للنصوص القانونية التي تحكم الأوضاع والعلاقات الاجتماعية بين أفراده.

العذر الثالث :ـ أن يرزق الواهب ولداً بعد الهبة :ـ

هذا هو العذر المقبول الثالث التي نصت عليه المادة ٥٠٢ ب ، وهو أن يمن الله على الواهب بعد الهبة بولد حي ويظل كذلك إلى وقت الرجوع في الهبة ، أو كان للواهب ولداً يظنه ميتاً فإذا به حي، " والمفروض في ذلك أن الواهب لم يكن لديه ولد قبل الهبة ثم رزق الولد بعدها .. اما إذا كان له ولد قبل الهبة ثم رزق ولداً بعد ذلك فليس له الرجوع" [2] وسواء أكان الولد ذكراً أم أنثى لأن الواهب قد وهب ماله مدفوعاً في ذلك إلى أنه ليس له ولد يرث هذا المال ، وليست العبرة بألا يكون للواهب ولد وقت الهبة ، بل العبرة بأن يعتقد أن ليس له ولد أو جنين لم يولد[3] ، كما لو كانت زوجته حاملاً وقت الهبة وهو لا يعلم

١- أنظر د/ أكثم الخولي المرجع السابق ص ١٧٥ ، د/ جمال زكي المرجع السابق ص ١٦٥ .

٢- مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٢٩١ .

٣- السنهوري – المرجع السابق ص ٢٠٣ وهامش ٢ بذات الصحيفة .

أو يعتقد أنها عاقر وغير قابلة للإنجاب ، فإذا بجنين يموج في أحشائها[1] فله بذلك حق الرجوع عند علمه بهذا الولد .

وعلى ذلك فإذا رزق الواهب ولداً بعد الهبة ، أو تبين أن الولد الذي ظنه قد مات ، أو كان جنيناً لم يعتقده ولم يعلم به - لا يزال حياً : فإن هذا يكون عذراً مقبولاً للرجوع في الهبة ، لأن الباعث عليها قد انعدم ، وولد الواهب الذي طرأ أو ظهر حياً أولى من الموهوب له بالموهوب ، وعلى القاضي أن يجيب الواهب إلى طلبه بفسخ الهبة متى طلب الواهب الرجوع فيها بمقتضى هذا العذر، بشرط أن يبقى الولد حياً إلى وقت الرجوع في الهبة .

والحكم بالرجوع هنا واجب على القاضي ، وليست له سلطة تقديرية إزاءه كالعذرين السابقين[2] .

والخلاصة :ـ

خلاصة القول أن التقنين المدني المصري جعل الرجوع في الهبات غير اللازمة، – وهي الهبات التي لا يقترن بها مانع من موانع الرجوع الآتي بيانها - لا يتم إلا بالتراضي أو التقاضي ، ويقع الأخير إذا لم يرضى الموهوب له بالرجوع ، وكان الواهب يستند إلى عذر مقبول ، وقد أورد التقنين المدني المصري أمثلة ثلاثة للعذر المقبول وهي :ـ

أ- جحود الموهوب له .

ب- عجز الواهب عن أن يوفر لنفسه ولمن تلزمه نفقتهم أسباب العيش بما يتفق ومكانته الاجتماعية .

ج- طرو ولد للواهب بعد الهبة ويظل حيا إلى وقت الرجوع منها .

١- انظر د/ السنهوري – المرجع السابق ص ٢٠٣ ، ٢٠٤ ، د/ محمد كامل مرسي المرجع السابق ص ١٨٥ ، د/ أكثم الخولي المرجع السابق ص ١٧٦ ، د/ جمال زكي المرجع السابق ص ١٦٦ وانظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٢٩١ .

٢- د/ أكثم الخولي – المرجع السابق ص ١٧٦ .

وظاهر من هذه الأمثلة أنه يصعب ردها إلى جامع واحد يصلح أساسا للقياس عليها ، فمنها ما يقوم على عقاب الموهوب له ، ومنها ما يقوم على حماية الواهب إثر واقعة لاحقة على الهبة الخاصة ، أو طرو ولد له .

٦٧ - الرجوع في الهبة في التقنين المدني الكويتي :ـ

يختلف الحكم بالنسبة للرجوع في القانون الكويتي بين ما إذا كان الواهب من الأبوين أو من غيرهما ،فإذا كان الواهب أحد الأبوين أجاز له الرجوع فيما وهباه لولدهما - كما هو مقرر عند جمهور فقهاء المسلمين - دون قيد ، أما إذا كان الواهب من غير الأبوين فلا بد أن يستند في طلب الرجوع إلى عذر مقبول وأن يصدر إذن من القضاء بهذا الرجوع .

(أ)- رجوع الأبوين في الهبة :ـ

تنص المادة ١/٥٣٧ من القانون المدني الكويتي على أنه "لا يجوز للواهب الرجوع في هبته إلا الأبوين فيما وهباه لولدهما" .

ويستبين من هذا النص أن المقنن الكويتي اعتنق رأي جمهور فقهاء المسلمين - مخالفا بذلك رأي الأحناف - من حيث عدم جواز الرجوع في الهبة كأصل عام إلا للأبوين فيما وهباه لولدهما. [١] ، لأنه ارتأى أن عقد الهبة " عقد تمليك منجز كالبيع فلا يجوز الرجوع فيها"[٢] . ويقصد بالأب الذي يجوز له الرجوع في هبته لولده : الأب المباشر ، فلا يدخل في مدلوله الجد ، لأن رجوع الأب استثناء يجب عدم التوسع فيه[٣] ويقصد بالأم كذلك ، الأم المباشرة ، ويقتصر لفظ " الولد " على الإبن المباشر ، فلا يتعداه إلى ابن الإبن وما سفل[٤].

١- انظر : د/ بدر جاسم اليعقوب – المرجع السابق ص ٤٢٥ .

٢- المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي – ص ٤٠٢ .

٣- ذكرا كان الولد أم أنثى ، صغيرا أم كبيرا أم سفيها أم رشيدا.

٤- انظر : د/ بدر جاسم اليعقوب – السابق ص ٤٢٧ .

(ب) - رجوع غير الأبوين في الهبة : لا بد من وجود عذر مقبول للرجوع وأن يصدر بهذا الرجوع إذن من القاضي ، وسنتناول هذا النوع من الرجوع بشيء من التفصيل فيما يلي :

أولا : الأسباب المسوغة للرجوع إذا كان الواهب من غير الوالدين في القانون الكويتي .

أجاز المقنن الكويتي في المادة ٢/٥٣٧ من القانون المدني لغير الأبوين الرجوع في الهبة إذا استند الواهب في ذلك إلى عذر مقبول ، وأوردت المادة ٥٣٨ بعض صور الأعذار المجيزة للرجوع ، فقالت :ـ

" يعتبر على وجه الخصوص عذراً مقبولاً للرجوع في الهبة :ـ

(أ) أن يخل الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب إخلالاً يعتبر جحوداً كبيراً من جانبه .

(ب) أن يصبح الواهب عاجزاً عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية ، أو أن يصبح غير قادر على الوفاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة على الغير .

(ت) أن يرزق الواهب بعد الهبة ولداً يظل حياً إلى وقت الرجوع" .

ويستبين من النص السابق ، أن الأعذار التي ذكرها المقنن الكويتي للرجوع في الهبة لم ترد على سبيل الحصر ، وإنما ذكرت لكونها هي الأعذار الغالبة التي تبرر الرجوع في الهبة ، ومن ثم لو قام عذر غير ما ورد في المادة المذكورة وقبله القاضي كمسوغ للرجوع ، جاز الحكم بالرجوع بمقتضى ذلك المسوغ. [1] ونود الإشارة إلى أن الأعذار المسوغة للرجوع في المادة ٥٣٨ مدني كويتي هي نفس الأعذار المسوغة للرجوع في نص المادة ٥٠١ من التقنين المدني المصري ، ويكاد يكون النصان متطابقين ، ومن ثم فإننا نحيل

١- انظر في ذلك : د/ بدر جاسم اليعقوب – المرجع السابق ص ٤٣٠ ، ومجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني الكويتي ص ٤٠٢ .

على ما ذكرناه بشأن هذه الأعذار عند حديثنا عنها في القانون المدني المصري ، لأن الحديث هنا عن هذه الأعذار يعتبر ضرباً من اللغو لا مبرر له .

ثانيا : ضرورة صدور إذن من القضاء بهذا الرجوع :ـ

لا يترك العذر المقبول في القانون الكويتي - شأنه شأن القانون المصري - إلى تقدير الواهب وحده ، وإنما يخضع تقدير هذا العذر إلى القضاء ، فإذا رآه مقبولاً حكم بالرجوع ، وإذا لم ير قبول العذر أو تبين وجود مانع من موانع الرجوع في الهبة : رفض طلب الرجوع وفقاً لسلطته التقديرية" في جدية العذر الموجب للرجوع في الهبة، باستثناء حالة حصول الواهب على ولد بعد الهبة ، إذ أن القاضي في هذه الحالة تكون سلطته مقيدة في التأكد من أن الواهب رزق بولد ولم يوجد مانع يقف عقبة في طريق رجوعه في هبته " [1]

٦٨ - الموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في أحكام الرجوع في الهبة :ـ

رغم أن أحكام الشريعة الإسلامية وخاصة مذهب الأحناف فيها كانت هي المصدر الرئيسي للقانون المدني المصري والكويتي في تنظيمه لأحكام الهبة : إلا أن القانون الوضعي جاء على النقيض من أحكام الفقه الإسلامي إزاء تنظيمه لأحكام الرجوع في الهبة ، وذلك على النحو التالي :ـ

أولاً: لم يتفق القانون الوضعي - الفرنسي والمدني المصري القديم والجديد - مع الفقه الإسلامي إلا في جزئية وحيدة وهي : أنه وطبقاً لما عليه الأحناف والزيدية أجاز الرجوع في الهبة إذا كانت لأجنبي بشرط أن يتم الرجوع بالتقاضي أو التراضي ، وهذا الأمر وإن كان ظاهره الاتفاق بين ما ذهب إليه الأحناف - ومن وافقهم - وبين أحكام القانون الوضعي : إلا أن جوهره ليس كذلك ، لأن الأحناف حينما ذهبوا إلى ما ذهبوا إليه لم يقيدوا الرجوع "لعذر

١- د/ بدر جاسم اليعقوب – المرجع السابق ص ٤٤٨ .

مقبول يقبله القاضي" كما قرر ذلك فقهاء القانون الوضعي" ومن ثم فإن حكم القضاء بالرجوع لدى فقهاء الأحناف يستند إلى أساس يختلف عن ذلك الذي استند إليه القانون الوضعي ، إذ أن حكم القضاء بالرجوع لدى الأحناف - عند عدم رضاء الموهوب له بالرجوع - هو مجرد "ترخيص" بالرجوع فقط ، أي أن القاضي ليست لديه سلطة تقديرية في إجابة الواهب إلى مطلبه ، كما أن القاضي ليس مقيداً بضرورة أن يستند الواهب لديه إلى عذر يكون مستساغاً شرعا ومبرراً معقولاً للرجوع، وذلك كله عكس أحكام القانون الوضعي في هذا الصدد الذي يشترط ضرورة أن يستند الواهب إلى عذر مقبول يقبله القاضي لإجابته إلى طلبه بالرجوع في الهبة .

ويستبين من ذلك أن مجال الرجوع بالإرادة المنفردة في فقه القانون الوضعي ليس له مجال على الإطلاق ، بينما هو ذو مكانة - مّا - عند الأحناف والزيدية في حالة الرجوع في الهبة لأجنبي .

ثانياً: إذا كان جمهور الفقهاء المسلمين - على ما رأينا - من المالكية والشافعية والحنابلة والشيعة : قد قرروا - عكس الأحناف - أن هبة الوالد لولده يجوز الرجوع فيها بالإرادة المنفردة دون توقف على رضاء الموهوب له أو حكم القاضي : فإن التقنين الوضعي – باستثناء القانون الكويتي الذي عالجها باستفاضة ووفقاً لرأي جمهور فقهاء المسلمين – لم يتناول هذه المسألة على الإطلاق ، ولم يتعرض التقنين ولا الفقه لها أو لمعالجتها في معظم القوانين العربية إلا عرضا[1] ، وعندما أثير الأمر بصددها أمام القضاء المصري أبى بحثها إطلاقاً لعدم النص عليها ، وجعل هبة الوالد لولده والرجوع فيها أمراً مستحيلاً قضاءً– وهو بهذا يشايع مذهب الأحناف في هذا الصدد - وفي هذا تقول محكمة النقض المصرية :ـ

١- د/ جمال العاقل – المرجع السابق ص ٢٦٣ .

" ١-**يجوز للواهب طبقاً للمادة :** ٥٠٠ من القانون المدني الرجوع في الهبة إذا - تراضى على ذلك مع الموهوب له أو استند إلى عذر يقبله القاضي ، إلا إذا وجد مانع من الرجوع في الهبة ، وقد حددت المادة : ٥٠٢ من القانون ذاته موانع الرجوع في الهبة ومن بينها ما نصت عليه الفقرة "هـ" وهو " إذا كانت الهبة لذب محرم " ، ولما كان نص هذه الفقرة قد جاء عاماً بغير تخصيص ، مطلقاً بغير قيد ، فتسري على جميع الهبات التي يرتبط الواهب فيها بالموهوب له قرابة الرحم والمحرومية ، ومنها هبة الوالد لولده ، إذ هي هبات لازمة لتحقيق غرض الواهب منها وهو صلة الرحم بصدور الهبة ذاتها ، فلا يجوز للواهب الرجوع فيها بغير التراضي مع الموهوب له ، أما القول بإخراج هبة الوالد لولده من حكم الفقرة "هـ" سالفة الذكر بحيث يجوز الرجوع فيها طبقاً لقواعد الشريعة الإسلامية التي استمد منها القانون المدني الأحكام الموضوعية في الهبة فإنه يكون تقييداً لمطلق النص بدون قيد وتخصيصاً لعمومه بغير مخصص وهو مالا يجوز. " [١]

ولا ريب أن محكمة النقض المصرية في حكمها المعيب هذا قد جانبها الصواب حينما أخذت بحرفية النص القانوني وطرحت أحكام الشريعة الإسلامية جانباً، وكان أحرى بها أن تطبق أحكام الشريعة الإسلامية أو توقف الدعوى لحين الفصل في دستورية النص المقيد لها - بإحالة منها إلى المحكمة المختصة إن كانت هي - حقاً - حريصة على التطبيق الصحيح للقانون الذي استمد أحكامه في هذا الصدد من الشريعة الإسلامية بإقرارها نفسها لذلك .

وهكذا يستبين لنا أن التقنين الوضعي والقضاء لم يستطع أن يلحق بركب الشريعة الإسلامية في تنظيمه لأحكام رجوع الوالد في هبته لولده مع ما يدعيه القائمون على أمره من تطور بلغ أرقى ما يمكن الوصول إليه صياغة وتنظيماً وأحكاماً.

١- نقض مدني في ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٧٤ – مجموعة أحكام النقض المدني السنة ٢٥ ص ١١٦٥ طعن رقم ١٨١ – قاعدة رقم ١٩٤.

ثالثا: اقتبس التقنين المدني المصري والكويتي - ومعظم القوانين العربية - الأعذار المسوغة للرجوع في الهبة من أحكام التقنين الفرنسي والألماني والبولوني وأبقى على أحكام الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالإبقاء على أصل مبدأ إباحة الرجوع بالتراضي او التقاضي .

وقد وقع المقنن بذلك في هنة بالغة حينما أراد التوفيق بين أحكام القوانين الغربية وأحكام الشريعة الإسلامية ، مما أدى إلى تنافر أحكام الرجوع في الهبة وعدم اتساقها في القانون الوضعي ، ولم يكن ثمة داع لإقحام هذه الأعذار التي أوردها كمسوغ للرجوع حتى تستقيم أحكامه مع أحكام الشريعة الإسلامية .

رابعا : لقد ذهبنا أثناء معالجتنا لأحكام الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي إلى استخلاص رأي اجتهادي منا وخاص بنا : وهو أن الرجوع في الهبة يقع بالإرادة المنفردة للواهب سواء كانت لأجنبي أم كانت لولد الواهب ، استنادا إلى حجج وأدلة من نفس الفقه الإسلامي في مصادره الأصيلة ، وهو ما نقول به أيضا في فقه القانون الوضعي ، أي أننا نرى أن على المقنن الوضعي وفقه القانون الوضعي وقضاءه : أن يعدل عما هو عليه الآن من عدم جواز الرجوع في الهبة لأجنبي إلا بالتراضي أو التقاضي وأن هبة الوالد لولده من الهبات اللازمة التي لا يجوز الرجوع فيها إلا بالتراضي ، وأن على الفقه والقضاء والتشريع - وهو بصدد تقنين الشريعة الإسلامية حاليا - أن يأخذ في الإعتبار ما ارتأينا من جواز الرجوع في الهبة بالإرادة المنفردة للواهب ، سواء كانت لأجنبي أم لولد الواهب ، لنفس الحجج التي سقناها تدليلا على هذا الرأي في موضعه.[1] مع الأخذ في الاعتبار أن القانون الكويتي هو القانون المدني الوحيد الذي أجاز للأبوين الرجوع فيما وهبا لولدهما دون قيد كما هو مذهب جمهور فقهاء المسلمين . ونحن نأسف حينما نطالع الإقتراح بمشروع قانون بإصدار المعاملات المدنية الذي يجري إعداده حاليا لتقنين الشريعة الإسلامية : حينما نجد أن المقنن في هذا المشروع سلك نفس مسلك التقنين الحالي في أحكام الرجوع في الهبة حيث جاء في نص المادتين ٤١٨، ٤١٩ منه نفس الأحكام الموجودة في المادتين ٥٠٠/ ٢ ، ٥٠١ مدني السابق الحديث عنهما ، ونحن نهيب بالمقنن أن يراعى أحكام الفقه الإسلامي في هذا الصدد إن لم يكن على نحو ما ارتأيناه واقترحناه يكون على نحو ما عرضناه وبيناه .

١- أنظر بند ٦٢ ص١١٦ من هذا البحث وما بعدها .

الفصل الثالث
القيود الجبرية الواردة على حق الرجوع في الهبة
في الفقه الإسلامي والقانون المدني

٦٩- تمهيد وتوضيح :ـ

سبق أن ذكرنا أن الفقه الإسلامي ينضوي تحته آراء ثلاثة بالنسبة للرجوع في الهبة : ـ

أولها : أن الرجوع في الهبة غير جائز مطلقا ، سواء كانت لأجنبي أم لولد الواهب ، وعلى هذا الرأي لا تثور مشكلة مدى سلطان الإرادة المنفردة في إحداث الرجوع من عدمه ، لأن اصل المبدأ قد انتفى فارتفع ما يتفرع عنه من مباحث ، وأخصها دور الإرادة المنفردة في إحداث الرجوع .

ثانيها : أنه لا يجوز الرجوع إلا فيما يهبه الوالد لولده ، وفي هذه الحالة فإن الرجوع يقع ويتم بإرادة الواهب المنفردة ودون توقف على رضاء الموهوب له أو حكم الحاكم .

ثالثها: أن الرجوع في الهبة لا يجوز إذا كانت من الوالد لولده إلا إذا احتاجه للإنفاق على نفسه ، بينما يجوز إذا كانت لأجني بشرط أن يتم بتراضي طرفي الهبة أو حكم الحاكم لعذر مقبول .

كما أننا انتهينا إزاء الآراء الثلاثة سالفة البيان إلى عدم قبول إحداها بإطلاقه ، واستخلصنا من مجموعها ما ارتأيناه أولى بالقبول وأكثر اتساقا مع قواعد الشريعة الإسلامية ، وأحكم دقة نحو استقرار المعاملات بين العباد : ألا وهو : أن الرجوع في الهبة يجوز ويقع بالإرادة المنفردة للواهب سواء كانت لأجنبي أم كانت لولد الواهب .

كما سبق أن تحدثنا عن القيود الواردة على حق الرجوع بوجه عام ، وبينا آنذاك أن هذه القيود تتنوع إلى قيود اتفاقية وقيود شرعية (أو قانونية) ، وأشرنا - في إيجاز إلى هذه القيود على وعد منا أن نبحثها تفصيلا في حينها ، ألا وقد آن وقت ومكان هذا التفصيل .

وقد آثرنا أن نعنون لهذا المطلب بـ " القيود الجبرية الواردة على حق الرجوع في الهبة " مع أن الشائع في كتب الفقه ولدى الفقهاء هو تعبير " موانع الرجوع في الهبة " وذلك لأن بعضا من الفقه[1] يعبر عنها بـ " شروط الرجوع" والبعض الآخر[2] يعبر عنها " بموانع الرجوع" ، ومن ثم فقد آثرنا التعبير عنها بهذا التعبير الوارد في صدر المبحث جمعا بين الآراء من ناحية ، ولأنها في الواقع " قيودا " قررها الشارع الحكيم (أو القانون) ولا دخل لإرادة الإنسان فيها ، وبتوافر أحداها أو جلها أو كلها يمتنع الرجوع قسرا من جهة أخرى ولذلك كان من الأنسب - لدينا - التعبير الذي اخترناه لبيان جوهرها وما يتعلق بها ، هذا فضلا عن أننا نقصد بالقيود الجبرية تلك القيود التي تترتب بحكم الشرع أو القانون لتمييزها عن القيود الإتفاقية التي ستعرف أحكامها في المبحث القادم .

١- المغنى ج ٦ ص ٢٧٤ وما بعدها .

٢- البدائع للكاساني ج ٨ ص ٣٧٠١ وما بعدها .

المبحث الأول

القيود الجبرية الواردة على حق الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي

٧٠ - تمهيد :ـ

إذا كان فقهاء المسلمين (الذين اتفقوا على جواز الرجوع بشكل أو بآخر) - على اختلاف مشاربهم :قد اتفقوا على أن هناك قيودا ترد على هذا الحق، إلا أنهم قد اختلفوا على هذه القيود - اتساعا وتضييقا - ومن ثم فإننا سنتحدث عما أجمع عليه الفقهاء ، وما انفرد به بعضهم دون الآخر في كل قيد من القيود ، وذلك على النحو التالي :ـ

٧١- القيد الأول : زيادة العين الموهوبة زيادة متصلة :ـ

وهذا القيد محل اجماع فقهاء المسلمين. [١]، فإذا زاد الشيء الموهوب زيادة متصلة كان ذلك قيدا على حق الرجوع في الهبة يمنع استعماله .

والزيادة المتصلة هي : الزيادة في نفس الشيئ الموهوب بشئ يوجب زيادة القيمة. [٢].

وعلى ذلك فإن الزيادة المانعة من حق الرجوع يشترط فيها شرطان :ـ

الأول : أن تكون الزيادة متصلة : سواء كانت متولدة من الشيء الموهوب كسمن الدابة وكبرها ، وتعلم صنعة ، أم كانت غير متولدة، كالبناء والغراس في الأرض الموهوبة، وغير ذلك مما يستقي به وهو مثبت في الأرض مبنى عليها وداخلا فيها .

١- حاشية بن عابدين ج ٥ ص ٦٩٩ ، والبدائع ج ٨ ص ٣٧٠٢ ، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ج ٢ ص ٣٦ . والمهذب للشيرازي ج١ ص ٤٥٤ ، والمغنى لابن قدامة ج٦ ص ٢٧٨ والبحر الزخار ج٤ ص ١٣٩ والفقه على المذاهب الأربعة – لعبد الرحمن الجزيري ج ٣ (المجلد الثالث) ص ٣٠٣ – ٣١٠ – ط دار الفكر، وانظر الشيخ أحمد ابراهيم – المرجع السابق ص ٢٦٣ ، الشيخ علي الخفيف – المرجع السابق ص ١٨٣ – ١٨٦ .

٢- متن الكنز للزيلعي ج٥ ص ٩٨ ، الفتاوي الهندية ج ٤ ص ٣٨٦ .

والثاني : أن تؤدي هذه الزيادة المتصلة إلى زيادة قيمة الشيء الموهوب، كما إذا كانت دارا فخصصها الموهوب له أو اتخذ فيها مغتسلا، أو زاد فيها بناء، او كانت قميصا فخاطه، أو ثوبا فصبغه بعصفر أو زعفران[1]، فالزيادة المتصلة في الشيء الموهوب والتي تزيد من قيمته : تكون قيدا على حق الرجوع تمنع من استعماله "لأن الزيادة ليست بموهوبة، إذ لم يرد عليها العقد، فلا يجوز أن يرد عليها الفسخ، ولا سبيل إلى الرجوع في الأصل بدون الزيادة؛ لأنه غير ممكن فامتنع الرجوع أصلا" [2].

وعلى ذلك فإن حق الرجوع يعود دون قيود إذا نقص الموهوب؛ لأن المانع من الرجوع هو الزيادة لا النقصان، وذلك كما لو صبغ الثوب بصبغة لم تزد في قيمته بل أنقصت منه ، وكذلك الشأن إذا كانت الزيادة غير متصلة، فإنها لا تمنع الرجوع، سواء كانت متولدة عن الأصل كولد الماشية ولبنها وتمر الزرع أم غير متولدة، كالكسب وغلة الأرض، وآلة ري وضعت في الأرض الموهوبة : فإنه يرجع في الأصل دون الزيادة لإمكان الفصل بينهما، ولأنها لم يرد عليها العقد ، كما أن زيادة سعر الشيء الموهوب في السوق لا يمنع من حق الرجوع؛ لأنها لا تعلق لها بالموهوب، وإنما هي رغبة يحدثها الله تعالى في القلوب فلا تمنع من الرجوع؛ [3]

وأخيرا فإن هنالك حالة واحدة تمنع الرجوع مع أن الشيء الموهوب فيها لم يزد زيادة متصلة - بل قد ينقص - ولم تزد قيمته : ألا وهي حالة تغير "إسم وصفة" الموهوب، كما لو كانت حنطة فطحنت وجعلت دقيقا ، أو كان الموهوب حديدا فضرب منه الموهوب سيفا ، أو كان غزلا فنسجه: ففي هذه الحالات وأمثالها لا يجوز الرجوع[4] لتغير اسم وصفة العين الموهوبة.

١- أنظر : المبسوط للسرخسي ج١٢ ص ٥٦ ، ٨٣ ، ٨٦ ، ٨٨ ، الفتاوي الهندية ج٤ ص ٣٨٦ ، والبدائع ج ٨ ص ٣٧٠٢.

٢- البدائع ج٨ ص ٣٧٠٢ ، حاشية بن عابدين ج ٥ ص ٦٩٩ ، والمغنى ج٦ ص ٢٧٨ ، والبحر الزخار ج ٤ ص ١٣٩ .

٣- البدائع ج٨ ص ٣٧٠٢ ، ٣٧٠٣ ، والفتاوي الهندية ج ٤ ص ٣٨٧ - ٣٩٠ والمغنى ج٦ ص ٢٧٩ ، البحر الزخار ج ٤ ص ١٤١ .

٤- الفتاوي الهندية ج ٤ ص ٣٩ .

٧٢ - القيد الثاني : موت أحد المتعاقدين :ـ

وهذا القيد محل إجماع الفقهاء. [١] أيضا : فإذا مات الواهب أو الموهوب لـه، امتنع الرجوع؛ لأن موت الموهوب له يؤدي إلى انتقال الملك لورثته؛ وهؤلاء لم يكتسبوا الملك من جهة الواهب ، فكيف يرجع الواهب في ملك لم يوجبه ؟ كما أن تبدل الملك كتبدل العين تماما فصار كعين أخرى ، ومن ثم امتنع الرجوع؛ كما أن وفاة الواهب تمنع من الرجوع لأن الشارع نص على أن حق الرجوع هو للواهب ، فكيف يجوز للوارث أن يرجع وهو ليس بواهب ؟ .

وإذا كان فقهاء الأحناف أكثر صراحة في ذكر هذا القيد صريحا، فإن معظم الفقهاء قد أوردوه بصيغ أخرى، فالحنابلة وهم في معرض شروط الرجوع يقولون " وللرجوع في هبة الولد شروط أربعة (أحدها) أن تكون (العين) باقية في ملك الإبن، فإن خرجت عن ملكه ببيع أو هبة أو وقف أو أرث، لم يكن لـه الرجوع فيها لأنه إبطال لملك غير الوالد." [٢] ألا ترى أن خروج العين من ملك الموهوب له (الإبن) بالإرث يعني وفاته ؟ ويقاس عليه من باب أولى وفاة الواهب لأن ورثته لم يهبوا شيئا حتى يطلبوا حق الرجوع ؟

وإلى هذه الأحكام السابقة أشارت المادة : ٨٧٢ من مجلة الأحكام العدلية بقولها "وفاة كل من الواهب والموهوب له مانعة من الرجوع ، بناء عليه ليس للواهب الرجوع عن الهبة إذا توفى الموهوب له ، كذلك ليس للورثة استرداد الموهوب إذا توفى الواهب". كما نصت المادة ٤/٤٢٠ من الإقتراح بمشروع قانون باصدار المعاملات المدنية المصري على أنه يعتبر مانعا من الرجوع في الهبة "إذا مات أحد طرفي العقد بعد قبضها".

١- البدائع ج٨ ص ٣٧٠٢ ، حاشية ابن عابدين ج٥ ص ٧٠١ ، والميزان الكبرى للشعراني ج٢ ص ٩٩ ط الأولى – البابي الحلبي ،والمغنى ج٦ ص ٢٧٤ .

٢- متن الكنز للزيلعي ج ٥ ص ٩٩ .

ولم يشذ عن الإجماع السابق إلا فقهاء الأباضية، حيث ورد عنهم روايتان: إحداهما تجعل موت أحد الطرفين قيدا يمنع من الرجوع ، والأخرى لا تجعل هذا الموت قيدا عليه، حيث قالوا أنه " من طلب إلى رجل قورة شجر أو صرمة نخل فقال له هي في كذا فخذها ثم مات السائل أو غاب وقد رجع المسؤول في عطيته فهي في ماله، وإن مات المسئول أو غاب انتفع السائل بها حتى يعلم الرجوع ، وقيل موت المعطى رجوع فعليه أن قال : خذ كذا فما له أخذه إلا في حياته وقيل له بعد الموت" ...[١].

غير أن رأي جمهور الفقهاء في هذا الشأن - وهو احدى الروايتين عن الأباضية - هو الرأي المعول عليه والأولى بالقبول نظرا لقوة أدلته وسلامتها من المناقشة، ومن ثم فإن موت أحد العاقدين يكون قيدا شرعيا يمنع استعمال حق الرجوع في الهبة التامة.

٧٣ - القيد الثالث : أن تكون الهبة على سبيل الصدقة :ـ

هذا النوع من الهبات هو هدية لازمة ، وقد اتفق الفقهاء على أن الصدقة إذا كانت لأجنبي فلا يجوز الرجوع فيها، سواء كانت الصدقة لغني أم فقير[٢] إذ " لا يجوز للمتصدق الرجوع في صدقته في قولهم جميعا لأن عمر قال في حديثه من وهب هبة على وجه صدقة فإنه لا يرجع فيها"[٣] . أما الرجوع في الهبة إذا كانت على سبيل الصدقة أو عملا من أعمال البر وكانت من الوالد لولده، فإن المالكية والزيدية وقول عند الشافعية[٤]؛ لا يجيزون الرجوع فيها، بينما ذهب الأحناف والحنابلة والقول الثاني للشافعية[٥]؛ (وهو الراجح عندهم) إلى جواز رجوع الوالد لولده إذا كانت الهبة على سبيل الصدقة.

١- شرح النيل وشفاء العليل للشيخ محمد أطفيش ج ٢ هامش ص ٥٤ الطبعة الثانية ط بيروت ١٣٩٢ هـ - ١٩٧٢م.

٢- انظر البدائع ج ٨ ص ٣٧١٢ والمهذب ج١ ص ٤٥٤ والمغنى ج ٦ ص ٢٩٨ والبحر الزخار ج٤ ص ١٤٠ .

٣- المغنى ج ٦ ص ٢٩٨.

٤- شرح الخرشي ج ٧ ص ١١٣ ط ١٣١٧هـ والبحر الزخار ج٤ ص ١٣٩ ، المهذب ج١ ص ٤٥٤ نهاية المحتاج ج ٤ ص ٣٠٣

٥- البدائع ج ٨ ص ٣٧٠٩ والمغنى ج ٦ ص ٢٩٨ - ٣٠٢ والمهذب ج١ ص ٤٥٤ نهاية المحتاج ج ٤ ص ٣٠٣ .

غير أن الراجح لدى الفقهاء هو أن الهبة إذا كانت على سبيل الصدقة فإنه لا يجوز الرجوع فيها حتى ولو كانت من الوالد لولده[1]؛ وذلك لما روي عن عمر رضي الله عنه قال " من وهب هبة وأراد به صلة رحم أو على وجه صدقة فلا يرجع"[2] ووجه الاستدلال من الأثر : أنه نص في المطلوب، حيث لا يجوز بمقتضاه الرجوع في الصدقة ، وهذا القول لا يصدر عن عمر إلا عن توقيف فثبت عدم الرجوع في الصدقة حتى ولو كانت من الوالد لولده .

كما أن القصد من الصدقة طلب الثواب من الله عز وجل وسبب عدم الرجوع فيها: هو عدم اشتباه الغرض منها فانتفى عنها الخلل الذي يكون في الهبة، ومن ثم فليس لها إلا غرض واحد وهو ابتغاء ثواب الآخرة والتقرب من الله عز وجل[3] .

وإلى هذا الرأي ذهبت مجلة الأحكام العدلية حيث نص في المادة : ٨٧٤ منها على أنه " لا يصح الرجوع عن الصدقة بعد القبض بوجه من الوجوه " أي سواء كانت لغني أم لفقير ، وسواء كانت لأجنبي أم لولد الواهب ، وأن كان عدم الرجوع في الهبة إذا كانت لغني إنما ورد استحسانا لا قياسا ، لأن الأخير يقتضي جواز الرجوع لعدم الحاجة، ولكنه منع استحسانا؛ لأن الثواب يطلب بالصدقة على الأغنياء أيضا، ومن ثم فإن الصدقة قيد مانع من الرجوع فيها على أي وجه .

١- عكس هذا د/ أحمد طه – المرجع السابق ص ١٨٨ .

٢- الموطأ بشرح تنوير الحوالك ج ٢ ص ٢٢٤ ط ١٣٣٢هـ.

٣- انظر الشيخ / أحمد إبراهيم – المرجع السابق ص ٢٦٤ والشيخ علي الخفيف الرجع السابق ص ١٨٦.

٧٤ - القيد الرابع : خروج الموهوب عن ملك الواهب:ـ

ذهب جمهور الفقهاء [١] إلى أن خروج الشيء الموهوب عن ملك الواهب بأي سبب من أسباب الملك كالبيع أو الوقف أو الاعتاق أو الهبة .. الخ، يعد قيدا مانعا من طلب الرجوع لتعلق حق الغير به، فالواهب لا يستطيع الرجوع على الموهوب له لعدم وجود الشيء في ملكه ، كما أن الواهب لا يجوز له أن يرجع على من انتقلت إليه العين الموهوبة لأنه لم يتعاقد معه ، وملك الغير للعين الموهوبة مستمد من غير الواهب فلا يمكن للواهب نقض ما تم من غير جهته.

فإن خرج الشيء الموهوب عن ملك الموهوب له على النحو السابق ثم عاد إليه بأي سبب من أسباب العود كفسخ المبيع للعيب ، وكالإقالة وكفلس المشتري وكالشراء : فللفقهاء في هذا الصدد اتجاهان:ـ

أولهما: وهو ما ذهب إليه الأحناف والراجح عند الشافعية وأحد الوجهين عند الحنابلة والظاهر من أقوال الشيعة[٢] : أن الواهب (الأول) لا يملك الرجوع "لأن الملك عاد إليه بعد استقرار ملك من انتقل إليه فأشبه ما لو عاد إليه بهبة"...[٣] ؟

ثانيهما : أن الواهب يملك حق الرجوع ولا يعتبر خروج الموهوب المؤقت قيدا على حق الرجوع ، وهذا ما ذهب إليه الشافعية في رأي مرجوح لديهم وأحد الوجهين عند الحنابلة[٤] لأن السبب المزيل ارتفع وعاد الملك بالسبب الأول "فأشبه ما لو فسخ البيع بخيار المجلس أو خيار الشرط"[٥].

١- حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٧٠٣ ،البدائع ج٨ ص ٣٧٠١، والمهذب ج ١ ص ٤٥٤، والمغنى ج٦ ص ٢٧٤، البحر الزخار ج٤ ص ١٤١.

٢- مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ج ٢ ص ٣٦٣ ، حاشية بن عابدين ج٥ ص ٧٠٣ ، المهذب ج ١ ص ٤٥٤ والمغنى ج٦ ص ٢٧٥ والبحر الزخار ج٤ ص ١٤١ .

٣- المغنى ج٦ ص ٢٧٤ .

٤- المهذب ج١ ص ٤٥٤ ، المغنى ج٦ ص ٢٧٥ .

٥- المغنى ج٦ ص ٢٧٥ .

وجدير بالذكر أن الخلاف السابق بين الفقهاء متعلق بما لو خرج الموهوب عن ملك الموهوب له بأي سبب شرعي من أسباب خروج الملك، كالموت والارث أو ما شابه ذلك؛

ولا ريب ان رأى ذوي الإتجاه الأول الذي يعتبر خروج الموهوب عن ملك الموهوب له بأي سبب من أسباب الملك مانعا من الرجوع هو الرأي الراجح تمشيا واتساقا مع المنطق العام، الذي يعتبر هذا الخروج قيدا على حق الرجوع ولأن "كل من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه"[1] ولأن تبدل الملك كتبدل العين فصار كعين أخرى كما سبق الإشارة إليه.

وأخيرا فإن قولنا أن خروج الموهوب عن ملك الموهوب له يعد قيدا يمنع الواهب من الرجوع لا يؤدي بالضرورة إلى هذه النتيجة على إطلاقها ، بمعنى أنه إذا خرج نصف الشيء الموهوب أو بعضه عن ملك الموهوب له : فإن الواهب يستطيع أن يرجع في الباقي الذي لم يخرج عن ملك الموهوب له " لأن المانع من الرجوع وهو الخروج عن ملكه لم يوجد إلا في النصف (أو البعض) فيقدر الامتناع بقدره ولأن له الرجوع في كل الهبة، ففي النصف (أو البعض) أولى ...."[2]

٧٥ - القيد الخامس : هلاك العين الموهوبة:ـ

إذا هلكت العين الموهوبة كلها امتنع الرجوع فيها لفوات محلها ، أما إذا هلك البعض دون الآخر، فللواهب الرجوع في الباقي ما لم يوجد قيد آخر من قيود الرجوع، قياسا على حالة خروج بعض الموهوب عن ملك الموهوب له السابقة، حيث ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز الرجوع في الباقي، لأن عدم الرجوع كان لضرورة، والضرورة تقدر بقدرها ، فكذلك هنا، فإن ضرورة عدم

١- مادة : ٨٧٠ من مجلة الأحكام العدلية .

٢- مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ج ٢ ص ٣٦٣ وحاشية بن عابدين ج٥ ص ٧٠٣ .

جواز الرجوع هو فوات محل الهبة بهلاكها، فإذا انتفت هذه الضرورة أو بعضها ارتفع المانع، ومن ثم جاز الرجوع في الباقي الذي لم يهلك ، وإذا هلكت العين الموهوبة امتنع الرجوع ولا ضمان على الموهوب؛ لأن الهبة هلكت وهي في ملكه ، والحكمة في هذا القيد كما قال الفقهاء أنه " لا سبيل إلى الرجوع في الهالك ولا سبيل إلى الرجوع في قيمته لأنها ليست بموهوبة لانعدام ورود العقد عليها"[١].

وإذا كان ما ذهبنا إليه في هذا القيد يرجع الفضل فيه إلى فقهاء الحنفية بصفة خاصة حيث أظهروه بنصوص واضحة لا لبس فيها ولا غموض دون بقية فقهاء المسلمين؛ إلا أن هذا القيد هو محل إجماع الفقهاء جميعا لوضوحه وبيانه ، بل قد يرجع إهمال غير الأحناف له إلى أنه يعتبر شطرا من القيد الرابع (خروج الموهوب عن ملك الواهب) [٢]

٧٦ - القيد السادس : إذا كانت الهبة ذا عوض مقبوض :ـ

إذا كانت الهبة بعوض : كان هذا العوض قيدا مانعا من حق الرجوع، لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال :" من وهب هبة فهو أحق بها مالم يثب عنها"[٣] رواه الحاكم وصححه ، والإثابة هي العوض ، ولأن العوض في الهبة يدل على أن مقصود الواهب هو الوصول إلى العوض، فإذا أخذ الواهب عوضا عن الهبة فقد حصل مقصوده ، فيمتنع عليه الرجوع فيها[٤] .ولو عوض عن جميع الهبة فإن ذلك يكون قيدا مانعا من الرجوع ، ولو عوض في

١- بدائع الصنائع ج٨ ص ٣٧٠٢ حاشية بن عابدين ج٥ ص ٧٥٤ ، ومجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ج٥ ص ٣٦٣ ، وانظر الشيخ/ علي الخفيف – المرجع السابق ص ١٨٦، والشيخ أحمد إبراهيم – المرجع السابق ص ٢٦٢ ، د/ جمال العاقل – المرجع السابق ص ٢٢٦ ، ٢٢٧ .

٢- بدائع الصنائع ج٨ ص ٣٧٠٢ ، حاشية بن عابدين ج٥ ص ٧٥٤ ، مجمع الأنهر ج٢ ص ٢٦٢ ، وانظر الشيخ علي الخفيف المرجع السابق ص ١٨٦ والشيخ / احمد إبراهيم ص ٢٦٢ ، د/ جمال العاقل – المرجع السابق ص ٢٢٦ – ٢٢٧.

٣- انظر المغنى لابن قدامة ج٦ ص ٦٨١

٤- سبل السلام ج٣ ص ٩٣ وسنن بن ماجه ج٢ ص ٧٩٨ .

٥- البدائع ج٨ ص ٣٧٠٣ .

بعض الهبة فله الرجوع فيما لم يعوض عنه ، ويمتنع عليه الرجوع فيما عوض عنه، ولا فرق في هذا بين ما إذا كان العوض عن الهبة من الموهوب له أو من أجنبي، لأن هدفه اسقاط الحق ، واسقاط الحق يصح من الموهوب له ومن الاجنبي حتى ولو كان بغير إذن الموهوب له[1].

أما عن ماهية العوض وأنواعه : فهو أمر يستوجبه دقة البحث؛ ومن ثم فإنا نقول بشأنه إن العوض : هو : ما يقابل الشيء الموهوب من ثمن بشرط أن يذكر فيه ما يعلم به الواهب أنه عوض؛ ويتنوع إلى نوعين :ـ

(أ) عوض متأخر عن عقد الهبة .

(ب) عوض مشروط في العقد .

أولا : شروط العوض المتأخر عن العقد :ـ

ثلاثة شروط :ـ

(١) **مقابلة العوض بالهبة** : وهو ان يكون التعويض بلفظ يدل على المقابلة، إذ لا بد بمقتضى هذا الشرط أن يذكر الموهوب له للواهب أن المدفوع عوض عن هبته، كأن يقول له : هذا ثمن هبتك ، أو بدلها ، او عوضها ، أو ثوابها ... الخ فإذا وهب الموهوب له شيئا إلى الواهب ولم يذكر له أنه عوض عن الهبة : لم يكن ذلك عوضا ، بل كان هبة مبتدأة ، ولكل واحد أن يرجع في هبته[2] ، وإذا كان العوض مضافا إلى البعض، كقول الموهوب له للواهب : خذ هذا نصف هبتك : كان له حق الرجوع في الباقي. [3] .

١- التفاوي الهندية ج٤ ص ٣٩٤ .

٢- البدائع ج٨ ص ٣٧٠٣ .

٣- الفتاوي الهندية ج ٤ ص ٣٩٤.

(٢) **ألا يكون العوض مملوكا بذلك العقد** ، إذ أن تعويض الموهوب له الواهب بالشيء محل الهبة لا يجوز ولا يصح أن يكون ذلك عوضا[١] ، لاتفاق المحل ذاتا ووصفا، سواء كان هذا العوض هو كل الشيء محل الهبة أم بعضه، كما لو وهب لرجل درا فعوضه حجرة منها لم يكن ذلك عوضا ، و كان للواهب أن يرجع في هبته، وذلك لأن حقه كان ثابتا في الكل فإذا وصل إليه بعضه لا يسقط حقه في الباقي؛ هذا إذا كان بعض العوض (الموهوب) لم يتغير بأن لم يصر عينا أخرى ، فإذا تغير حاله تغييرا يصير به عينا أخرى يمتنع الرجوع بمقتضاه . فإن بعض الموهوب يصلح أن يكون عوضا عن الباقي كما لو وهبه حنطة فطحن بعضها وعوضه دقيقا عن تلك الحنطة ، كان ذلك عوضا، ومثله لو وهبه ثيابا وصبغ منها ثوبا بعصفر أو خاطه جلبابا ... الخ مثل ذلك ، وهذا كله إذا وهب شيئا واحدا أو شيئين في عقد واحد . أما إذا وهب شيئين في عقدين فعوض أحدهما عن الآخر، فقد اختلف في ذلك؛ فقال أبو حنيفة رحمه الله ومحمد، يكون ذلك عوضا وقال أبو يوسف لا يكون عوضا، وعلى كل حال فالعبرة بوجود العوض في بحثنا ، فإذا وجد - أو اعتبر كذلك - كان هذا مانعا من الرجوع في الهبة وإلا فلا[٢].

أما إذا وهب الواهب للموهوب له شيئا وتصدق عليه بشيء فعوضه الموهوب له عن هبته بالصدقة : فإن الأخيرة تكون هبة بالإجماع[٣] .

(٣) **سلامة العوض للواهب** : فإن لم يسلم بأن استحق من يده لم يكن عوضا؛ ويجوز للواهب أن يرجع في هبته إذا كانت عين الموهوب موجودة ، لأن الاستحقاق دليل على أن العوض لم يصح فصار كأن لم يكن ، فإن كان الشيء الموهوب قد هلك أو استهلكه الموهوب له، يضمن كهلاكه أو

١- البدائع ج٨ ص ٣٧٠٤ ،وحاشية بن عابدين ج٥ ص ٧٠١ - ٧٠٢ .

٢- البدائع ج٨ ص ٣٧٠٤ .

٣- البدائع ج٨ ص ٣٧٠٤ ،والفتاوي الهندية ج٤ ص ٣٩٤ .

استهلاكه قبل التعويض[1] ، وإذا استحق بعض العوض وبقي البعض، فان الباقي يكون عوضا عن كل الموهوب،و إن شاء رد ما بقي من العوض؛ ويرجع في كل الموهوب إن كان قائما في يده ولم يوجد مانع آخر من الرجوع، وهذا ما ذهب إليه أبو حنيفة والصاحبان، بينما ذهب زفر إلى أن الواهب لا يرجع في هبته إلا بقدر المستحق من العوض[2] .

ثانيا: شروط العوض المشروط في العقد :ـ

ومثاله ما إذا قال الواهب : وهبت لك هذا الشيء على أن تعوضني عنه هذا الثوب، وفي هذه الحالة : ذهب أبو حنيفة والصاحبان[3] رضي الله عنهم إلى أنه عقد هبة وجوازه جواز بيع ، أي أنه هبة ابتداء وبيع انتهاء ومن ثم فهو لا يجوز في المشاع الذي لا ينقسم، ولا يثبت الملك في كل واحد منهما قبل القبض ، وإذا لم يقبض كل منهما سلعته ، أو إذا قبض أحدهما سلعته دون الآخر: كان لهما جميعا حق الرجوع، فإذا تقابضا كان ذلك بمنزلة البيع ، أي أننا نكون أمام عقد بيع ، وعقد هبة ، ومن ثم كان لكل واحد منهما الرد بالعيب، وعدم الرؤية، ويرجع في الاستحقاق، وتجب الشفعة أن كان غير منقول ، أي أن العقد قد اختلط فيه معنى البيع والهبة ليعطي شبه العقدين .

بينما ذهب زفرو الشافعي[4] إلى أن العقد هنا هو عقد بيع خالص وجوازه جواز بيع ابتداء وانتهاء وتنطبق عليه أحكام البيع فلا يبطل بالشيوع ويفيد الملك بنفسه من غير شرط القبض ولا يملك أحدهما حق الرجوع.

١- البدائع ج٨ ص ٣٧٠٥ .

٢- البدائع ج٨ ص ٣٧٠٥

٣- البدائع ج ٨ ص ٣٧٠٨ .

٤- البدائع ج٨ ص ٣٧٠٩ ، والمهذب ج١ ص ٤٤٥ .

ولا شك أن هذا الرأي الأخير هو الأولى بالقبول : لأن العوض المشروط في الهبة يخرجها عن ماهيتها "تمليك في الحياة بدون عوض" إذا حدث التبادل ، وتكون بيعا تنطبق عليه أحكامه؛ لأن معنى البيع موجود في هذا العقد ولأن البيع تمليك العين بعوض وقد وجد ، واختلاف العبارة لا يوجب اختلاف الحكم كما هو معلوم[1].

٧٧ - القيد السابع : قرابة الرحم المحرمية :ـ

يقصد بالقرابة المحرمية : وجود علاقة قرابة بين طرفي عقد الهبة تحرم زواج أحدهما بالآخر شرعا. كمن يهب لأصوله أو فروعه أو لأخيه أو أخته وأولادها وعمه وعمته ... الخ . وقد ذهب الحنفية والحنابلة والشيعة الزيدية[2] - ومن وافقهم - إلى أن الهبة لذى رحم محرم: تعد قيدا مانعا من الرجوع في الهبة حتى ولو كان الموهوب له ذميا أو مستأمنا ، أما لو وهب لمحرم بلا رحم كأخيه من الرضاع وابن عمه ، أو لمحرم بالمصاهرة كأمهات النساء والربائب - فإن ذلك لا يمنع الرجوع عند هؤلاء ، والعلة في هذا القيد المانع من الرجوع إذا كانت الهبة لذى رحم محرم: هو أن القصد منها هنا هو : صلة ذوي الأرحام لا إرادة العوض المالي ، وهذه الصلة وعرى المودة تنفصم حتما أو تتزعزع إذا رجع الواهب في هبته لهم ويؤيد ذلك ما ورد في الأثر عن داوود بن الحصين عن أبي غطفان ابن طريف المزى ان عمر بن الخطاب قال " من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه صدقة فإنه لا يرجع فيها ومن وهب هبة يرى أنه إنما اراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها"[3]؛ لأن صلة الرحم عوض معنى؛ لأن التواصل سبب التناصر والتعاون في الدنيا؛ فيكون وسيلة إلى استيفاء النصرة في الآخرة وحصول الثواب عليه، فيكون أقوى من المال[4] .

١- أنظر د/ جمال الدين العاقل – المرجع السابق ص ٢٢٤ .

٢- حاشية بن عابدين ج٥ ص ٧٠٤ ، تكملة فتح القدير ج٧ ص ١٣٠ ، والمغنى ج٦ص ٢٩٧ ، البحر الزخار ج٤ ص ١٤٠.

٣- موطأ مالك ج٢ كتاب الأقضية – باب قضاء في الهبة ص ٧٥٤ ط عيسى البابي الحلبي تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي .

٤- البدائع ج ٨ ص ٣٧٠٢

بينما ذهب المالكية والشافعية ومن وافقهم[1] إلى ان قرابة الرحم المحرمية غير مانعة من الرجوع في الهبة الحاصلة بينهم، تأسيسا على رأيهم بأن الوالد يجوز له أن يرجع فيما وهبه لولده ، وقد سبق أن عرضنا هذا الرأي وأدلته ورجحنا آنذاك الرأي الأول - (الأحناف ومن وافقهم) فلا داعي للإعادة والتكرار.

٧٨ - القيد الثامن : علاقة الزوجية :ـ

اتفق جمهور الفقهاء[2] على أنه لا يجوز للزوج أن يرجع في هبته لزوجته مطلقا، والعبرة : بقيام علاقة الزوجية وقت الهبة ، والمهم هو العقد لا الدخول بالزوجة ، فإذا وهب رجل لزوجته شيئا بعد عقده عليها : فليس له أن يرجع فيما وهبه إياها حتى ولو بعد أن يطلقها ، أما إذا وهب شيئا لامرأة لم تكن له زوجه وقت الهبة ثم تزوجها فله الرجوع فيما وهبه إياها ولو بعد الدخول والطلاق[3]؛ أما إذا وهبت المرأة شيئا لزوجها وقت الهبة : فإن جمهور الفقهاء السابقين - يقولون أنها تأخذ حكم هبة الزوج لزوجته ، أي أن جمهور الفقهاء على أن علاقة الزوجية قيد يمنع الرجوع في الهبة سواء كانت الهبة من الزوج لزوجته أم من الزوجة لزوجها .

غير أن الإمام أحمد شذ عن هذا الاجماع وروى عنه ثلاث روايات إذا كانت الهبة من الزوجة لزوجها .

أولها: "لا رجوع لها فيها، وهذا قول عمر بن عبد العزيز والنخعي وربيعة ومالك والثوري والشافعي وأبي ثور واصحاب الراي، وهو قول عطاء وقتادة.

١- بداية المجتهد ج٢ ص ٣٨٣ ، المهذب ج١ ص ٤٥٤.

٢- تكملة فتح القدير ج٧ ص ١٣٠، ومجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ج٢ ص ٣٦٢ . وحاشية بن عابدين ج٥ ص ٧٠٤ ، والمبسوط ج١٢ ص ٥١ ، ومغنى المحتاج ج٢ ص ٤٠٢ ، والمغنى ج٦ ص ٢٩٧ ، والبحر الزخار ج٤ ص ١٤٠ ، والمحلى ج٩ ص ١٣٦ .

٣- أنظر حاشية ابن عابدين ج٥ ص ٧٠٤

والثانية: " لها الرجوع: قال الأثرم: سمعت أحمد يسأل عن المرأة تهب ثم ترجع، فرأيته يجعل النساء غير الرجال ، ثم ذكر الحديث (إنما يرجع في المواهب النساء وشرار الأقوام)، وذكر حديث عمر أن النساء يعطين أزواجهن رغبة ورهبة وأيما امرأة أعطت زوجها شيئا ثم ارادت أن تعتصره (تأخذه قسرا) فهي أحق به؛ رواه الأثرم باسناده، وهذا قول شريح والشعبي وحكاه الزهري عن القضاة .

ثالثها: نقلها أبو طالب : إذا وهبت (المرأة) له مهرها فإن كان سألها ذلك رضيت أو كرهت؛ لأنها لا تهب إلا مخافة غضبه أو أضرار بها بأن يتزوج عليها، وأن لم يكن سألها وتبرعت فهو جائز..."[١]

ولا ريب أن الرواية الأولى عن أحمد هي الأرجح لأنها تتفق ورأي جمهور الفقهاء، وهو اختيار أبي بكر لقوله تعالى (إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقد النكاح) [٢].

وقوله تعالى (فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا)[٣]؛ وعموم الأحاديث[٤]؛ خلافا لما ذهب إليه بعض الفقهاء المحدثين من جواز الرجوع في الهبة إذا كانت بين الزوجين مطلقا، خوفا من أن تكون الهبة نتيجة تأثير أحدهما على الآخر[٥].

وخلاصة القول :أن هناك قيودا ثمانية أجمع عليها جمهور الفقهاء - وعليها أرجح الآراء : يجمعها قول القائل :ـ

ومانع من الرجوع في الهبة : يا صاحبي حروف دمع خزقة

١- المغنى ج ٦ ص ٢٩٧ – ٢٩٨ .

٢- سورة البقرة آية – ٢٣٧ .

٣- سورة النساء – أية ٤ .

٤- المغنى ج٦ ص ٢٩٨ .

٥- د/ جمال الدين زكي – المرجع السابق ص ١٦٣.

١- فالدال : لزيادة الشيء الموهوب زيادة متصلة تزيد من قيمته .

٢- والميم :لموت العاقدين أو أحدهما .

٣- والعين: للعوض عن الهبة .

٤- والخاء: خروج الشيء الموهوب عن ملك الموهوب له بسبب شرعي.

٥- والزاي: علاقة الزوجية .

٦- والقاف: القرابة المحرمية .

٧- والهاء : هلاك العين الموهوبة[١]

٨- وزيد عليها مانع : إذا كانت الهبة على سبيل الصدقة لاجماع الفقهاء على ذلك.

١- أنظر حاشية بن عابدين ج٥ ص ٦٩٩ – ٧٠٥ ومجمع الانهر شرح ملتقى الأبحر ج٢ ص ٣٥٩ – ٣٦٣ .

المبحث الثاني

القيود الجبرية الواردة على حق الرجوع في الهبة في القانون الوضعي

٧٩ - تمهيد :ـ

عالج القانون الوضعي القيود الواردة على حق الرجوع في الهبة على النحو الذي وردت به هذه القيود في الفقه الإسلامي تماما ،وخاصة على الرأي الراجح في مذهب الأحناف ، وهذه احدى حسنات القانون الوضعي المصري الحالي الذي احتذى حذو الشريعة الإسلامية في هذا الصدد ، فنصت المادة : ٥٠٢ من التقنين المدني المصري على هذه الموانع بقولها " يرفض طلب الرجوع في الهبة إذا وجد مانع من الموانع الآتية :ـ

(أ) إذا حصل للشيء الموهوب زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته فإذا زال المانع عاد حق الرجوع .

(ب) إذا مات أحد طرفي عقد الهبة .

(ت) إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفا نهائيا ، فإذا اقتصر التصرف على بعض الموهوب جاز للواهب أن يرجع في الباقي .

(ث) إذا كانت الهبة من أحد الزوجين للآخر ولو أراد الواهب الرجوع بعد انقضاء الزوجية .

(ج) إذا كانت الهبة لذى رحم محرم .

(ح) إذا هلك الشيء الموهوب في يد الموهوب له سواء كان الهلاك بفعله أو بحادث أجنبي لا يد له فيه أو بسبب الاستعمال ، فإذا لم يهلك إلا بعض الشيء جاز الرجوع في الباقي .

(خ) إذا قدم الموهوب له عوضاً عن الهبة .

(د) إذا كانت الهبة صدقة أو عملاً من اعمال البر".

وقد عالج شراح القانون المدني هذه القيود على الرجوع بطرق عديدة ، فذهب البعض[1] إلى أن هنالك أربعة من هذه القيود تعتبر " هبات لازمة" لا يجوز الرجوع فيها وهي :ـ

(١) الهبة لذى رحم محرم (٢) الهبة بين الزوجين

(٣) الهبة بعوض (٤) إذا كانت الهبة صدقة أو عملاً من أعمال البر

فإذا لم يقبل الموهوب له الرجوع في هذه الأنواع الأربعة من الهبات : استحال الرجوع فيها حتى ولو كان ذلك قضاء ، واعتبر بقية القيود (الموانع) الواردة في نص المادة ٥٠٢ "قيودا" تمنع الواهب من الرجوع أيضاً حتى ولو توافر العذر المقبول تأسيساً على أنها "هبات غير لازمة"، ولكن وجد مانع، بينما ذهب البعض الآخر[2] الى اعتبار - الموانع الواردة في نص المادة / ٥٠٢ جميعها موانع وقيوداً تمنع طلب الرجوع، ولم يفرق في ذلك بين ما يعتبر " هبات لازمة" لا يجوز الرجوع فيها لطبيعتها هذه ، وبين " الهبات غير اللازمة" التي لا يجوز فيها - أيضاً - طلب الرجوع لوجود مانع من الموانع .

وذهب البعض الثالث[3] من الفقه إلى أن الصحيح - وهو الصحيح - هو تقسيم موانع الرجوع الثمانية التي عددتها المادة : ٥٠٢ مدني إلى قسمين :ـ

(أ) موانع قائمة منذ صدور الهبة ، وترجع إلى أن الغرض من الهبة قد تحقق نظراً إلى طبيعة الهبة ذاتها ، فإذا كان هذا الغرض عوضاً دينوياً قدمه الموهوب له إلى الواهب ، كانت الهبة بعوض ، وإذا كان الغرض ثواباً

١- انظر د/ محمود جمال الدين زكي – المرجع السابق ص ١٦١ – ١٦٤ ، د/ أكثم الخولي – المرجع السابق ص ١٧٠ – ١٧٢

٢- د/ محمد كامل مرسي – المرجع السابق ص ١٨٥ .

٣- د/ السنهوري – الوسيط ج٥ ص ١٨٩ ط ١٩٥٢ .

أخرويا كانت الهبة صدقة أو عملا من اعمال البر ، وإذا كان غرض الواهب برا بين الزوجين أو صلة للأرحام كانت هبة بين الزوجين أو لذى رحم محرم وقد تحقق بها غرض الواهب ، ويترتب على ذلك أن الهبة في هذه الأحوال الأربعة: تكون هبة لازمة منذ صدورها ولا يجوز للواهب الرجوع فيها ولو لعذر، مالم يتراض عليه مع الموهوب له .

(ب) موانع (قيود) تطرأ بعد صدور الهبة فتحول دون الرجوع لقيام حق أقوى؛ وهذه القيود: أما إن ترجع إلى أحد المتعاقدين، كموت الواهب، فلا ينتقل حق الرجوع إلى ورثته ، وموت الموهوب له كذلك يمنع من الرجوع حيث يكون حق ورثته أقوى من حق الواهب في الرجوع ، وإما أن ترجع هذه الموانع إلى الشيء الموهوب ذاته كان يزيد زيادة متصلة أو يهلك أو يتصرف الموهوب له فيه ، فيقوى حق الموهوب له ويرجح على حق الواهب في الرجوع"[1].

ولا ريب أن هذا الرأي الأخير هو الرأي الأولى بالقبول؛ لأنه أفصح بيانا وأدق عرضا، وأكثر اتساقا مع النص القانوني ، ولأن ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول لا يستند إلى أساس منطقي أو قانوني معقول ، ومن ثم فنحن سنسير على أن هذه الموانع (القيود) هي قيود مانعة من حق الرجوع سواء كانت الهبة المقترنة بها لازمة أو غير لازمة؛ وذلك على النحو الذي عالجناها به في الفقه الإسلامي من حيث ترتيب هذه الموانع .

٨٠ - القيد الأول : زيادة الموهوب زيادة متصلة :ـ

وهذا المانع أحد الموانع الطارئة على الهبة بعد صدورها ، وقد نصت عليه المادة ٥٠٢ أ من التقنين المدني المصري بقولها وهي في معرض تعداد موانع

١- د/ السنهوري – الوسيط ج٥ ص ١٨٩ ط١٩٥٢ .

الرجوع "إذا حصل للشيء الموهوب زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته فإذا زال المانع عاد حق الرجوع"، فزيادة الشيء الموهوب زيادة متصلة تزيد من قيمته: تجعل الهبة لازمة بعد أن كانت غير لازمة ، ومقتضى اللزوم عدم جواز الرجوع ولو قضاء ما لم يرض الموهوب له بالرجوع ، وسواء بعد ذلك أكانت الزيادة المتصلة متولدة من الموهوب كالزرع والنبات والسمن والكبر ، أم كانت غير متولدة منه كالبناء على الأرض وغرس الشجر فيها ما دامت هذه الزيادة تزيد في قيمة الموهوب. أما الزيادة المنفصلة فإنها لا تمنع الواهب من حق الرجوع سواء كانت متولدة من الموهوب كنتاج المواشي أم كانت غير متولدة منه كريع الدار (الآجرة) أو كآلة وضعت في الأرض الموهوبة؛ لأن الزيادة المنفصلة يستطيع الموهوب له أن يستبقيها ويرد أصل الموهوب[1]، كما أن ارتفاع ثمن الوهوب يأخذ حكم الزيادة المنفصلة لأن عين الموهوب لم تزد في ذاتها وإنما الزيادة في قيمتها لأمر خارج عنها وهو كثرة الرغبات[2] .

وحكمة عدم الرجوع لطرو الزيادة المتصلة المتولدة - كما يقول فقهاء الأحناف - "أن من ملك شيئا ملك نماءه تبعا له لأن النماء ناشئ من ملكه ، فتكون الزيادة المتصلة المتولدة ملكا خالصا للموهوب له ليس للواهب فيها شئ؛ فيتعارض حقان: حق الموهوب له في الزيادة، وحق الواهب في الرجوع ، وحقيقة الملك أقوى من حق الرجوع فترجح عليه ، فيمتنع ، ونقول في الزيادة المتصلة غير المتولدة: أن أخذ الواهب الأصل يضر بالموهوب له فيما بناه أو غرسه فيقوي حق الموهوب له على حق الواهب ، وإذا زالت الزيادة المانعة من الرجوع كأن حصد الزرع أو أزيل البناء أو أقلع الغرس؛ عاد حق الواهب في الرجوع"[3].

١- د/ عبد الرزاق السنهوري – المرجع السابق ص ١٩٥ ، د/ محمد كامل مرسي – المرجع السابق ص ١٨٥ ، د/ جمال زكي – المرجع السابق ص ١٦٦ ، د/ أكثم الخولي المرجع السابق ص ١٧٩ .

٢- مجموعة الأعمال التحضيرية ج٢ ص ٢٩٢.

٣- د/ عبد الرزاق السنهوري – المرجع السابق ص ١٩٥ ، انظر الشيخ أحمد إبراهيم – التزام التبرعات – مقال وبحث قيم بمجلة القانون والاقتصاد السنة ٣ ص ٦٢ .

أفبعد هذا الأساس الرائع للمنع من الرجوع قول أو نقد ؟

والغريب - ونحن نأسف لذلك - أن يستهجن بعض فقهاء القانون المدني أن يأخذ التقنين المدني بهذا الحكم من المذهب الحنفي، رغم - كما زعم هذا الفقه - ضعف أساسه المنطقي ورغم ما يؤدي إليه من صعوبة وعقم في التطبيق[1].

فما هو الضعف الذي اعترى هذا الأساس الذي أجمع عليها فقهاء الشريعة الإسلامية وشراح القانون في غالبهم ؟ رغم أن هذا الفقه الذي ينتقد هذا الأساس لم يستطع ان يبين ناحية الضعف فيه، بحجة "أن ضعفه لا يحتاج إلى بيان وقد كان على المشرع أن يتجنب النص على هذا المانع رغم الزيادة المتصلة"[2].

ونحن نعتقد أن وهن هذا الرأي هو الذي لا يحتاج إلى بيان ، فضلا عما سبق أن سقناه من راي جمهور الشراح في عرضهم لبيان أساس هذا المانع على النحو السابق الذي لا يدانيه أي بيان .

٨١ - القيد الثاني : موت أحد المتعاقدين :ـ

وهذا القيد على الرجوع هو أحد القيود الطارئة على الهبة بعد انعقادها، وقد نصت عليه المادة : ٥٠٢ ب من التقنين المدني المصري بقولها "إذا مات أحد طرفي عقد الهبة".

فموت الواهب أو الموهوب له يجعل الهبة لازمة بعد أن كانت غير لازمة؛ أي أن موت الواهب يمنع ورثته من طلب الرجوع في الهبة؛ لأن حق الرجوع يتصل بشخص الواهب ، وهو وحده الذي يقدر الاعتبارات التي يراها مبررا لطلب الرجوع في الهبة؛ ومن ثم فلا ينتقل هذا الحق إلى ورثته ويترجح عليهم حق الموهوب له .

١- د/ أكثم الخولي – المرجع السابق ص ١٧٩ .

٢- د/ أكثم الخولي – المرجع السابق ص ١٧٩.

والأمر عينه إذا مات الموهوب له : فلا يجوز للواهب أن ينتزع الشـــيء الموهوب من ورثته" ذلك أن حق الورثة على الموهوب قـــد ثبـــت بـــالميراث واطمأنت الورثة إلى ذلك ، فإذا تعارض حقهم مع حق الواهب في الرجوع كان حقهم أقوى[1]" .

وهكذا يستبين أن القانون المدني المصري وافق ما ذهب إليه وقرره فقـــهاء المسلمين بصدد هذا القيد وعلته وهي عند الأخيرين : انه بموت الموهوب لـــه ينتقل الملك إلى ورثته وهم لم يستفيدوه من جهة الواهب، فلا يرجع عليهم كمـــا إذا انتقل إليهم بسبب آخر؛ ولأن تبدل الملك كتبدل العين فصار الموهوب كأنـــه عين أخرى فلا يكون للواهب عليها من سبيل[2] .

وما ذهب إليه الفقه الإسلامي في هذا الصدد ، والقانون المدني المصـــري وفقهه هو ما ذهب إليه القضاء المصري ايضا حيث قضـــت محكمـــة النقـــض المصرية بأنه " من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن تحرير سند الدين وتسليمه لمن صدر منه يجعل ذمة الملتزم فيه مشغولة بقيمته ولو كان سببه التبرع ولـــم يطالب صاحبه بقيمته إلا بعد وفاة من صدر منه"[3].

١- د/ السنهوري – المرجع السابق ص ١٩٤ ، د/ محمد كامل مرسي – المرجع السابق ص ١٨٩ ، د/ جمال زكي المرجع السابق ١٦٧ ، د/ أكثم الخولي – المرجع السابق ص ١٧٦ .

٢- الشيخ أحمد ابراهيم – المصدر السابق ص ٦١.

٣- نقض مدني في ١٦ فبراير سنة ١٩٧٣ مجموعة أحكام النقض المدني السنة ٢٤ قاعدة رقم ٢١٨ ص ١٢٥٧ .

٨٢ ـ القيد الثالث : إذا كانت الهبة صدقة أو عملاً من أعمال البر :ـ

وهذا القيد على الرجوع في الهبة هو أحد القيود القائمة منذ صدورها ، وقد نصت عليه المادة : ٥٠٢ح من التقنين المدني المصري وهي في معرض تعداد موانع الرجوع بقولها "إذا كانت الهبة صدقة أو عملاً من أعمال البر"، وذلك لأن الصدقة تكون ابتغاء ثواب الله ولو كانت لغنى[١]؛ كما أن المقنن المصري أضاف عبارة "أو عملاً من أعمال البر " للصدقة؛ حتى ترتفع شبهة أن الصدقة لا تشمل أعمال البر مع أنها في الواقع تشملها"[٢].

وعلى ذلك فالقانون المدني المصري لا يبيح الرجوع في الهبة إذا كانت على سبيل الصدقة أو كانت عملاً من أعمال البر ، لأن الغرض من الهبة قد تحقق فيها ـ وهو نيل الثواب بمجرد صدور الهبة ، وهو وان كان مقابلاً أدبياً لها؛ إلا انه يقابل المقابل المادي لها وهو العوض ، بل يفوقه بكثير.

وتطبيقاً لذلك لا يجوز الرجوع في الهبة التي يقصد بها الإحسان على الفقراء أو إنشاء مستشفى أو مسجد أو مقابر للفقراء ، ومن ثم فإن أعمال البر التي لا يندرج تحتها الأعمال التي يقصد بها النفع العام يجوز الرجوع فيها لعذر يقبله القاضي، ومثالها الهبة لإنشاء طريق أو شق ترعة لا يستفيد منها الواهب شيئاً [٣].

١- مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٢٩٢ .

٢- مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٢٩٢ .

٣- د/ أكثم الخولي – المرجع السابق ص ٢٧٢ ، السنهوري – المرجع السابق ص ١٩١ ، د/ جمال زكي المرجع السابق ص ١٩٤،د/ جلال العاقل – المرجع السابق ص ٢٤٤.

٨٣ ـ القيد الرابع : خروج الموهوب عن ملك الموهوب له:ـ

وهذا القيد على الرجوع في الهبة هو أحد القيود الطارئة بعد صدور الهبة ، وقد نصت عليه المادة : ٥٠٢ج مدني مصري بقولها وهي في معرض ذكر موانع الرجوع "إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفاً نهائياً ، فإذا اقتصر التصرف على بعض الموهوب جاز للواهب أن يرجع في الباقي".

ويستبين من هذا النص أن المقنن المصري يشترط لتوافر هذا القيد ثلاثة شروط :ـ

أولها: أن يتصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفاً يزيل الملك عنه بأي سبب من الأسباب سواء كانت أسباباً ناقلة للملك كالبيع والهبة أم أسباباً مسقطة للملك كالوقف .

ثانيها: أن يكون تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب على النحو السابق تصرفاً نهائياً حتى يمتنع الرجوع ،فإذا كان التصرف غير نهائي بأن كان بيع الشيء الموهوب ـ مثلاً ـ قابلاً للفسخ أو الإبطال فرجع الموهوب إلى ملك الموهوب له، عاد للواهب حق الرجوع، وانتفى هذا القيد؛لأن الفسخ والإبطال لهما أثر رجعي ومن ثم فإن ملكية الشيء الموهوب تعود إلى الموهوب له، فعاد للواهب حق الرجوع في هبته .

ثالثها: أن يكون تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفاً كلياً، فإذا كان التصرف في بعض الشيء الموهوب، فإن حق الرجوع يبقى قائماً في الباقي لانتفاء المانع من الرجوع بالنسبة لهذا الجزء الباقي[1]، وإذا تصرف

١- د/ السنهوري – المرجع السابق ص ١٩٦-١٩٧، د/ محمد كامل مرسي- المرجع السابق ص ١٩٠، د/جمال زكي – المرجع السابق ١٦٧ ، د/ أكثم الخولي المرجع السابق ص ١٧٧ .

الموهوب له في العين الموهوبة تصرفا كليا نهائيا بسبب ناقل للملكية أو مسقط لها ثم عاد الشيء الموهوب إلى الموهوب له بسبب جديد من أسباب كسب الملكية كالبيع أو الميراث"؛ فإن عودة الملكية في هذه الحالة لا تبرر للواهب حق الرجوع وذلك لعدم زوال المانع من الرجوع"[١] .

ولا ريب أن حكم القانون المدني في هذا القيد المانع من الرجوع على النحو السابق هو حكم صائب لأنه يوافق أحكام الشريعة الإسلامية من ناحية ، ويحقق استقرار المعاملات ويحمي الغير المتصرف إليه من ناحية أخرى[٢].ونحن لا نميل إلى ما ذهب إليه بعض الفقه من أنه "كان يحسن بالقانون أن ينص على انتقال حق الواهب إلى الثمن إذا كان الموهوب له قد تصرف في الشيء بعوض"[٣].

وعدم ميلنا إلى هذا الرأي يرجع إلى أنه يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات ، فضلا عن أن "إخراج الموهوب له الشيء الموهوب من ملكه وتمليكه لغيره أو إسقاطه، إنما حصل بتسليط الواهب، فلا يجوز لهذا أن ينقض ما تم من جهته"[٤] .

٨٤ ـ القيد الخامس : هلاك العين الموهوبة:ـ

وهذا القيد هو أحد القيود الطارئة على الهبة بعد صدورها ، وحينما عددت المادة ٥٠٢ مدني مصري موانع الرجوع في الهبة ذكرت أن من بين هذه الموانع (و) "إذا هلك الشيء الموهوب في يد الموهوب له سواء كان

١- د/ جمال العاقل – المرجع السابق ص ٣٣٨ .

٢- د/ أكثم الخولي – المرجع السابق ص ١٧٧ ، د/ السنهوري – المرجع السابق ص ١٩٧.

٣- د/ أكثم الخولي – المرجع السابق ص ١٧٧ .

٤- د/ عبد الرزاق السنهوري- المرجع السابق ص ١٩٧ .

الهلاك بفعله أو بحادث أجنبي لا يد له فيه أو بسبب الاستعمال ، فإذا لم يهلك إلا بعض الشيء جاز الرجوع في الباقي".

ومؤدى النص المذكور : أن الشيء الموهوب إذا هلك في يد الموهوب له : امتنع الواهب من الرجوع في الهبة، سواء كان الهلاك بسبب أجنبي كالقوة القاهرة (الجائحة مثلا)، أم كان بفعل الموهوب له؛ أم باستعماله إياه[1] ومن ثم فإن هذا الهلاك يعد قيدا يمنع الواهب من الرجوع لأن الرجوع لم يعد له محل لفوات محل الهبة ذاتها بالهلاك ، كما أن يد الموهوب له على الموهوب ليست يد ضمان ، ومن ثم فإن الموهوب له لا يضمن الهلاك أو الاستهلاك؛ لأن العين الموهوبة هي ملكه وقت الاستهلاك والهلاك حتى ولو كان لإرادته دخل فيه.

غير أن المقنن اشترط لاعتبار الهلاك أو الاستهلاك مانعا من الرجوع: أن يكون هذا الهلاك "كليا" للشيء الموهوب ،فإذا لم يهلك إلا بعض الشيء جاز للواهب الرجوع في الباقي .

وأخيرا فإن الفقه القانوني[2] مستقر على أنه يلحق بهلاك الشيء الموهوب تغيره من حالة إلى حالة أخرى تغيرا تزول به صورته الأولى ويتبدل به اسمه، كما لو كان الموهوب حنطة فصارت دقيقا بطحنها، أو كان دقيقا فعجن وصار خبزا ، أو كان لبنا فصار جبنا أو سمنا، أو حديدا فصار ملعقة ، ففي هذه الحالات وأمثالها يمتنع الرجوع ، لأن الرجوع في الأصل ،

١- د/ السنهوري – المرجع السابق ص ١٩٦، د/ جمال زكي – المرجع السابق ص ١٦٧ د/محمد كامل مرسي- المرجع السابق ص ١٩٣ ، د/ جمال العاقل – المرجع السابق ص ٢٤١، الشيخ/ أحمد إبراهيم – المرجع السابق ص ٦١.

٢-د/ السنهوري – المرجع السابق ص ١٩٦ ، د/ أكثم الخولي – المرجع السابق ص١٧٨،د/ جمال زكي – المرجع السابق ص١٦٧، الشيخ – أحمد ابراهيم –المصدر السابق ص ٦١ ، ٦٢.

أصبح ، متعذرا والموجود شيء آخر غير الموهوب بزوال صورته وفقد مشخصاته .

وقد لاحظ بعض الفقه بحق[1] ـ أن الموهوب له إذا تعمد إتلاف الشيء ليمنع الرجوع عالما بقرب حدوثه فلا شك في مسئوليته أمام الواهب عن إتلافه ، ولعله كان يحسن بالمشرع (المقنن) المصري أن ينص على انتقال الرجوع إلى ما يحل محل الشيء بعد إتلافه كمقابل التأمين أو مبلغ التعويض.

ولا ريب أنه رأى صائب طبقا لقاعدة شرعية معروفة وهي : أن من سعى في نقض شيء فسعيه مردود عليه .

٨٥ ـ القيد السادس : إذا كانت الهبة بعوض :-

وهذا القيد هو أحد القيود القائمة على الرجوع في الهبة منذ صدورها ، وقد نصت عليه المادة : ٥٠٢ (ز) مدني مصري حينما ذكرت موانع الرجوع بقولها "إذا قدم الموهوب له عوضا عن الهبة".

فالهبة تكون لازمة منذ صدورها ولا يجوز الرجوع فيها إذا قدم الموهوب له عوضا عن الهبة أو التزم بشروط أو تكاليف لمصلحة الواهب أو لمصلحة أجنبي أو للمصلحة العامة ، فإذا كان تقديم العوض معاصرا للهبة، امتنع الرجوع فيها منذ انعقادها ، وإذا كان لاحقا عليها امتنع الرجوع من وقت تقديم العوض أو الالتزام بالشروط والتكاليف بعد أن كانت غير لازمة منذ صدورها[2] .

١- د/ أكثم الخولي – المرجع السابق ص ١٧٨.

٢- د/ عبد الرزاق السنهوري – المرجع السابق ص ١٩٠ ، د/ محمد كامل مرسي– المرجع السابق ص ١٩٣، د/جمال زكي – المرجع السابق ص ١٦٣، مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٢٩٠، ٢٩٣ .

غير أن العوض لا يكتسب وصف القيد المانع من الرجوع إلا إذا قبله الواهب حتى ولو لم يقبضه؛(عكس الفقه الإسلامي الذي يشترط قبول العوض وقبضه وإقراره) وألا يكون هذا العوض هو بعض الموهوب ، إذ يجب أن يكون العوض هو جزء الموهوب حتى يمتنع الرجوع، فإذا كان بعضه كما لو وهب رجل لآخر دارا فعوضه عنها حجرة منها لم يكن ذلك عوضا وجاز للواهب الرجوع ، كما يجب أن يذكر الموهوب له أنه يقدم عوضا عن الهبة وإلا كان التصرف هبة مبتدئة يجوز لكلا الطرفين أن يرجع فيها[1].

هذه هي أحكام وشروط العوض ،و هي أن لم ينص التقنين المدني عليها؛ إلا أن الفقه قد اضطلع بإبرازها إلى حيز الوجود، استقاء من أحكام الفقه الإسلامي على النحو الذي ذكرناه في حينه ، ومن ثم فلا داع للإطالة والتكرار مع اتفاق الفقهين تماما في هذا الصدد ، اللهم إلا رأى قانوني وحيد وشاذ استهجن أن ينقل التقنين المدني حكم الشريعة الإسلامية في هذا القيد المانع من الرجوع "غافلا ـ أي التقنين المدني في رأيه ـ عن الفارق الجوهري بين فكرة الهبة في المذهب الحنفي ومعنى الهبة في نظر التقنين ... لآن الحصول على العوض - في الفقه الإسلامي ـ هو ما قصد إليه الواهب من تصرفه ... أما في نظر التقنين فإن من يقدم على التجرد من مال له دون مقابل بقصد الحصول على عوض مادي لا يكون واهبا ولا يكون تصرفه هبة، بل معاوضة لانعدام العنصر الشخصي للهبة. فلا يقوم حق الرجوع في مثل هذا التصرف أصلا"[2].

١- الشيخ / أحمد إبراهيم – المرجع السابق ص ٥٩ ، السنهوري – المرجع السابق ص ١٩١ ، د/ أكثم الخولي – المرجع السابق ص ١٨٠، د/ جمال العاقل – المرجع السابق ص ٢٤٢ – ٢٤٣ .

٢- د/ أكثم الخولي – المرجع السابق ص ١٨١ .

ولا شك أن هذا الرأي قد اشتد به الشطط في فلسفته لأساس هذا القيد، مع أنه يعترف أن غاية العوض صحيحة في كلا الفقهين وهي المنع من استعمال حق الرجوع ، وليس ثمة شك لدينا أن التقنين المدني المصري وفقهه كان صائباً في استلهام هذا القيد - تأصيلاً وتأسيساً - من أحكام الفقه الإسلامي على النحو السابق بيانه الذي لم يستطع صاحب هذا الرأي دحضه بأساس منطقي معقول .

٨٦ ـ القيد السابع : إذا كانت الهبة لذي رحم محرم :-

الهبة إذا كانت لذي رحم محرم كانت لازمة منذ انعقادها؛ ومن ثم لا يجوز الرجوع فيها طبقا لنص المادة : ٥٠٢ (هـ) التي تنص على عدم الرجوع في الهبة "إذا كانت الهبة لذي رحم محرم"، والحكمة في المنع بهذا القيد من الرجوع هي : أن غرض الواهب من الهبة لذي رحم محرم : هي صلة الرحم وقد تحققت بصدور الهبة ذاتها ، وليس في الرجوع في الهبة صلة للأرحام بل فيها قطيعة ، وفصام عرى المودة بين الواهب والموهوب له؛ ومن ثم امتنع الرجوع .

ولا بد من اجتماع الوضعين للمنع من الرجوع : الرحم ، والمحرمية ، فإذا وجد أحدهما دون الآخر لم يمتنع الرجوع ، فإذا كانت الهبة لذي رحم غير محرم كأولاد الأعمام والعمات والأخوال والخالات : جاز الرجوع ، كما أن الهبة إذا كانت لغير ذي رحم محرم جاز الرجوع فيها كالهبة لأم الزوجة والأخت من الرضاع[1] ، ويلاحظ أن المحرمية المانعة من الرجوع هي المحرمية بالقرابة لا بالنسب فالأخيرة لا تمنع الرجوع كالآباء والأمهات مثلا.

١- السنهوري- الوسيط ج٥ ص ١٩٣ ، د/ أكثم الخولي – المرجع السابق ص ١٧٠، د/ جمال زكي – المرجع السابق ص ١٦٢، د/ محمد كامل مرسي- المرجع السابق ص ١٩١ ، د/ جمال العاقل – المرجع السابق ص ٢٣٩ – ٢٤٠ ، وانظر نقض مدني مصري في ٢٩ أكتوبر ١٩٧٤ – مجموعة أحكام النقض المدني – السنة ٢٥ – قاعدة رقم ١٩ ص ١١٦٥ .

٨٧ ـ القيد الثامن : إذا كانت الهبة بين الزوجين :-

هذا القيد هو أحد القيود الملازمة للهبة منذ انعقادها؛ وقد نصت المادة ٥٠٢ (د) عليه ـ وهي بصدد ذكر موانع الرجوع بقولها "إذا كانت الهبة من أحد الزوجين للآخر ولو أراد الواهب الرجوع بعد انقضاء الزوجية"، أي امتنع الرجوع.

ومؤدى هذا النص أن الهبة إذا كانت من أحد الزوجين للآخر : فإن قيام علاقة الزوجية تكون قيدا مانعا من الرجوع للزوم الهبة منذ صدورها بتوافر هذه العلاقة ، ذلك أن الزوج إذا وهب زوجته شيئا ، أو وهبت الزوجة زوجها شيئا : فإن الهبة في هذه الحالة مقصود بها توثيق عرى الزوجية ما بين الزوجين؛ وقد توثقت فعلا بالهبة، فتحقق غرض الواهب ولم يعد في مكنته الرجوع في هبته بعد أن تحقق غرضه.

ويشترط لتوافر هذا العقد : أن تصدر الهبة وقت قيام علاقة الزوجية سواء بعد ذلك أتمت قبل الدخول أم بعده ، إذ العبرة بعقد الزواج لا بالدخول بالزوجة، فإذا وهب رجل لامرأة بعد عقده عليها فليس له أن يرجع فيما وهبه إياها ولو بعد أن يطلقها[1] ، أما إذا وهب رجل شيئا لامرأة لم تكن له زوجة وقت الهبة، ثم تزوجها فله الرجوع فيما وهبه إياها حتى ولو دخل بها بعد ذلك ، كما هو الشأن في الهدايا التي يقدمها الخاطب لخطيبته أو الخطيبة لخطيبها قبل العقد : فإن هذه الهدايا يجوز الرجوع فيها وفقا للقواعد العامة المقررة في الرجوع ، وفي هذا تقول محكمة النقض المصرية " حق الخاطب الواهب في استرداد هدايا الخطبة يخضع لأحكام الرجوع في الهبة الواردة في المادة : ٥٠٠ من القانون المدني وتشترط المادة المذكورة للرجوع في الهبة

١- السنهوري – الوسيط ج٥ ص ١٩٢ ، د/ أكثم الخولي – المرجع السابق ص ١٧١ د/ جمال زكي – المرجع السابق ص ١٦٢ ، د/ محمد كامل مرسي – المرجع السابق ص ١٩١ ، د/جمال العاقل – المرجع السابق ص ٢٢٦، وانظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٢٩٤ ، وانظر الشيخ أحمد إبراهيم – المصدر السابق ص ٦٠.

في حالة عدم قبول الموهوب له أن يستند الواهب في الرجوع إلى عذر يقبله القاضي"[1].

ويلاحظ أن حكم القانون الفرنسي هو عكس حكم القانون المصري في هذه المسألة تماما : فعلاقة الزوجية في القانون الفرنسي تجعل الهبة غير لازمة، مع أنها في الأصل لازمة فيه ،وقد ذهب بعض الفقه المصري[2] إلى تفضيل مذهب القانون الفرنسي في هذا الصدد لنفس السبب الذي دعى إلى الأخذ به فيه وهو " الخوف من أن تكون الهبة نتيجة تأثير الزوج الموهوب له على الزوج الواهب مما يقتضي تقرير حق الرجوع لهذا الأخير طيلة حياته .. كما أن منع الواهب من الرجوع في الهبة بعد انتهاء الزوجية بخطأ الموهوب له غير مقبول عقلا ولا ينبغي أن تجيزه السياسة التشريعية[3]" .

والواقع أن الرأي السابق رأي غير سديد فيما ذهب إليه وجانبه الصواب - خاصة - في تبرير حق رجوع أحد الزوجين في هبته للآخر ، فلو كانت الهبة بين الزوجين تقع نتيجة تأثير الزوج الموهوب له على الزوج الواهب، لما وقع الطلاق أساسا، وهذه غاية سامية ترمي إليها كل النظم القانونية في العالم فإذا أضفنا إلى ذلك أن هذا الرأي يخالف صراحة ما نص عليه وقرره جمهور الفقهاء المسلمين، لعلمنا مدى فساده وشططه، وكان أحرى بهذا الفقه أن يفخر ويعتز برأي الفقه الإسلامي بدلا من أن يطرب لما ذهب إليه القانون الفرنسي في هذا الصدد المعاكس لرأي الشريعة الإسلامية تماما.

١-نقض مدني مصري في ١٩٧٤/٥/٢٦م مجموعة أحكام النقض المدني السنة ٢٥ – قاعدة رقم١٥٦ص٩٤٨.

٢- د/ جمال زكي – المرجع السابق ص ١٦٢ – ١٦٣ ، د/ أكثم الخولي – المرجع السابق ص ١٧٢ .

٣- د/ جمال زكي – المرجع السابق ص ١٦٢- ١٦٣ ، د/ أكثم الخولي – المرجع السابق ص ١٧٢ .

ألا ترى معي أن هبة أحد الزوجين للآخر مقصود بها توثيق عرى المودة بينهما ؟ وأن هذه المودة إذا انفصمت لسبب أو لآخر وتم الطلاق وأجزنا الرجوع في هذه الهبة بعد الطلاق، لكنا قد قطعنا آخر خيط يمكن أن يستهدي به أحدهما أو كلاهما في عودة العلاقة الزوجية .؟

أجدني أمام هذه التساؤلات ـ وغيرها ـ لا أجد جوابا إلا أن أنعي هذا الفقه الذي يرى جواز الرجوع في الهبة بين الزوجين إذا وقع الطلاق بينهما، وكان عليه بدلا من مسايرة القانون الفرنسي أن يعمل عقله في تلك العلة التي من أجلها أباح القانون الفرنسي هذا الرجوع ، وهي أن العلاقات الزوجية فيه لم تقم على هذا الأساس المتين التي تقوم عليه علاقة الزوجية في الشريعة الإسلامية، من حيث تقديسها وإحاطتها بسياج من النظم التي تجعل الطلاق أمرا غير مرغوب فيه على الإطلاق .

٨٨ ـ الموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في القيود المانعة من حق الرجوع في الهبة :-

من المسلم به أن القانون المدني المصري قد استقى أحكام موانع وقيود الرجوع في الهبة من أحكام الفقه الإسلامي؛ وخاصة المذهب الحنفي. وإنصافا للحق : فإن القانون المدني ـ فقهاء وقضاء وتشريعا ـ لم يخالف الفقه الإسلامي في القيود المانعة من حق الرجوع في الهبة إطلاقا، وحسنا فعل القانون المدني المصري الذي لم يخالف ـ وما كان له أن يخالف ـ أحكام الشريعة الإسلامية في هذه القيود ، ومن ثم فإننا نشيد بموقف القانون المصري في هذا الشأن ، ونرى عدم الخوض في المقارنة بين أحكام القانون المدني المصري وأحكام الشريعة الإسلامية في هذا الصدد لاتفاقهما التام

فيها، خاصة إذا علمنا بأن المادة ٤٢٠ من الاقتراح بمشروع قانون إصدار المعاملات المدنية الذي يجري إعداده حاليا موافقة تماما لروح الشريعة الإسلامية؛ ونص المادة : ٥٠٢ تقريبا ، وزادت عليها في الفقرة الثامنة مانعا آخر وهو "إذا وهب الدائن الدين للمدين" وهو أمر حسن لأن هبة الدين مجاز عن إبراء المدين منه، وتتم بدون القبول ولكنها ترتد بالرد[1].

١- أنظر الشيخ / أحمد ابراهيم – المعاملات الشرعية المالية ص ٢٦٤ ط١٣٥٥هـ – ١٩٣٦م، وانظر المغنى ج٦ص٢٥٧.

المبحث الثالث

القيود الجبرية الواردة على حق الرجوع في الهبة

في القانون المدني الكويتي

٨٩ ـ تمهيد :-

سبق أن بينا أن المقنن الكويتي أباح لكلا الأبوين أن يرجع في هبته فيما وهباه لولدهما دون ضرورة توافر عذر مقبول ، وكذلك يجوز للواهب إذا كان من غير الأبوين أن يرجع في هبته بشرط أن يوجد عذر مقبول للرجوع يقره القاضي ، وكل ذلك ما لم يوجد مانع من موانع (القيود) الرجوع في الهبة وهذه الموانع تسرى على رجوع الأبوين الذي لا يرد عليه قيد؛ كما تسري على الرجوع ، المقيد بالعذر ، وباستئذان القضاء[1] .

وموانع الرجوع في الهبة التي ذكرتها المادة ٥٣٩ من التقنين المدني الكويتي- تسعة موانع (قيود) هي :-

(١) الهبة بين الزوجين . (٢) الهبة المقترنة بتكليف

(٣) الهبة لغرض خيري [وهذه الموانع ؛ موانع قائمة منذ إبرام الهبة]

(٤) إذا كانت الهبة من الأم وكان ولدها يتيما وقت الرجوع .

(٥) موت أحد المتعاقدين

(٦) تصرف الموهوب له في المال الموهوب

(٧) تعامل الغير مع الموهوب له مع اعتبار قيام الهبة .

(٨) إذا مرض الواهب أو الموهوب له مرضا مخوفا .

١- د. بدر جاسم اليعقوب – المرجع السابق ص ٤٤٨ .

(٩) إذا حصل تغير في ذات الموهوب أو حصلت فيه زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته؛ [وهذه الموانع الستة الأخيرة هي موانع تطرأ بعد الهبة].

وإلى هذه الموانع جميعها أشارت المادة ٥٣٩ من التقنين المدني الكويتي بقولها "يمتنع الرجوع في الهبة :-

(أ) إذا كانت الهبة من الأم وكان ولدها يتيما وقت الرجوع .

(ب)إذا كانت الهبة من أحد الزوجين للآخر ما دامت الزوجية قائمة.

(ج) إذا مات الواهب أو الموهوب له .

(د) إذا تصرف الموهوب له في الموهوب تصرفا يخرجه عن ملكه، فإذا اقتصر التصرف على بعض الموهوب جاز للواهب أن يرجع في الباقي

(هـ) إذا حصل تغير في ذات الموهوب أو حصلت فيه زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته .

(و) إذا تعامل الغير مع الموهوب له مع اعتبار قيام الهبة .

(ز) إذا مرض الواهب أو الموهوب له مرضا يخشى معه الموت؛ فإذا زال المرض عاد حق الرجوع .

(ح) إذا اقترنت الهبة بتكليف .

(ط) إذا كانت الهبة لغرض خيري".

ويتضح من نص المادة السابقة أن معظم هذه القيود وردت بذاتها في التقنين المصري ، والبعض الآخر استحدثه التقنين الكويتي ، ومن ثم فإننا سنعالج هذه القيود في البنود التالية بشيء من التفصيل ، وما يتفق وعدم التكرار إذا كان القيد تم معالجته في القانون المصري ؛ وكان الاتفاق بينهما تاما في الماهية والأثر ... الخ .

٩٠ ـ أولا: الهبة بين الزوجين :-

الهبة بين الزوجين لازمة منذ بدايتها ؛ فلا يجوز الرجوع فيها إلا برضاء الموهوب له ، لأن الهبة من أحد الزوجين للآخر تعني توثيق عرى الزوجية ، والرجوع فيها يؤدي إلى فصم عرى الزوجية[١]. وأحكام رجوع أحد الزوجين فيما وهبه للآخر في التقنين الكويتي تتفق تماما وما ورد بشأنها في القانون المصري[٢] ، ومن ثم لا داعي لتكرار هذه الأحكام .

٩١ ـ ثانيا : الهبة المقترنة بتكليف :-

لا يجوز للواهب أن يرجع في هبته إذا قدم الموهوب عوضا عن الهبة أو التزام بشروط أو تكاليف لمصلحة الواهب أو لمصلحة أجنبي؛ أو للمصلحة العامة ، فالهبة في كل هذه الحالات تعتبر لازمة منذ بدايتها ؛ ولا يجوز الرجوع فيها إلا بالتراضي مع الموهوب له[٣] .

فإذا قبل الواهب ما قدمه الموهوب له من عوض عن الهبة، امتنع عليه الرجوع؛سواء كان العوض مقدما في عقد الهبة ذاته أو بعد صدور هذا العقد؛ ويجوز أن يكون العوض مدفوعا من الموهوب له أو من شخص أجنبي، ولو بدون إذن من الموهوب له حتى يمتنع الرجوع، كما هو مقرر في المذهب الحنفي[٤] .

١- انظر ك د. بدر جاسم اليعقوب المصدر السابق ص ٤٤٩، وانظر : المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي . ص ٤٠٣ .

٢- أنظر ما سبق ص ١٦٤ وما بعدها من هذا البحث - بند ٨٧.

٣- أنظر في ذلك : حكم المحكمة الكلية الكويتية - دائرة الأحوال الشخصية بتاريخ ١٩٧٥/٤/٣م - قضية رقم ١٩٧٥/٢٣٠م

٤- انظر : د. محمد كامل مرسي- المرجع السابق ص ١٩٤. .

وفيما عدا ما سبق يتفق هذا القيد مع نظيره في القانون المصري [الهبة بعوض] الذي سبق معالجته آنذاك ، ولذا نقتصر على هذا التوضيح الموجز لهذا القيد[1] .

٩٢ ـ ثالثا: الهبة لغرض خيري :-

إذا كانت الهبة لغرض خيري امتنع على الواهب أن يرجع في هبته؛ لأن غرض الواهب قد تحقق فيها بنيل الجزاء المعنوي الذي يبتغيه والثواب في الآخرة بمجرد صدورها ، فنال مقابلا أدبيا يقابل المقابل المادي الذي يوجد في الهبة بعوض[2]؛ والذي سبق الحديث عنه في البند السابق .

٩٣ ـ رابعا: إذا كانت الهبة من الأم وكان ولدها يتيما وقت الرجوع :-

إذا وهبت الأم لولدها الصغير هبة في حياة أبيه ثم مات الأب بعد ذلك؛ ففي هذه الحالة يصبح الصغير يتيما، مما حدا بالمقنن الكويتي أن يمنع الأم من الرجوع في هبتها لولدها المذكور ، لأن " الهبة لليتيم في معنى الصدقة والصدقة لا يجوز الرجوع فيها ؛ وهذا هو المعتمد في مذهب مالك" [3]. والعبرة بوصف " اليتيم " وقت الرجوع لا وقت صدور الهبة ، واليتيم هو الصغير الذي ليس له أب تجب نفقته عليه ، أي أنه يشترط لرجوع الأم في هبتها أن يكون ولدها كبيرا [بالغا سن الرشد] أو صغيرا له أب مسئول عن نفقته .

١- أنظر : ~~ص ١٩١ من هذا البحث~~ سند ٨٥ من هذا البحث

٢-د. بدر جاسم اليعقوب – المصدر السابق ص ٤٥٢ .

٣- المذكرة الإيضاحية ص٤٠٣.

٩٤ ـ خامسا: موت أحد المتعاقدين :ـ

موت أحد المتعاقدين قيد من القيود الواردة على حق الرجوع في الهبة ، فالهبة تصبح لازمة إذا مات الواهب أو الموهوب له[١] ؛ فإذا مات الواهب امتنع على ورثته الرجوع في الهبة ؛ لأن الرجوع حق متصل بشخص الواهب ، وهو وحده الذي يقدر الاعتبارات التي يراها مبررا لطلب الرجوع في الهبة . ومع ذلك أجاز المقنن الكويتي لورثة الواهب أن يرجعوا في هبة مورثهم إذا كان موت الواهب نتيجة لقتله من الموهوب له عمدا، أو اشترك في قتله[٢]؛ وإذا مات الموهوب له وانتقل الشيء الموهوب إلى ورثته لم يجز للواهب عندئذ الرجوع في الهبة ، لأن موت الموهوب له يؤدي إلى تعلق حق ورثته بالمال الذي وهب له[٣].

٩٥ ـ سادسا: تصرف الموهوب له في المال الموهوب :ـ

إذا تصرف الموهوب له في المال الموهوب تصرفا يخرجه عن ملكه ، كما إذا باعه أو وهبه لغيره : امتنع على الواهب أن يرجع في هبته لتعلق حق الغير به ؛ فإذا اقتصر التصرف على بعض المال الموهوب جاز للواهب أن يرجع في هبته[٤] .

١- انظر المادة ٥٣٩/جـ من القانون المدني الكويتي ، وانظر في هذا القيد محكمة الاستئناف العليا – الدائرة التجارية ، أحوال شخصية في ١٩٦٦/٢/٢٨- استئناف رقم ١٩٦٥/٤٩ – منشور في مجلة المحامي الكويتية – العدد الخامس ، ما يو ١٩٧١ص٤١ وما بعدها .

٢- انظر : د. بدر جاسم اليعقوب – المصدر السابق ص ٤٥٣ .

٣- انظر : المذكرة الإيضاحية ص ٤٠٣ .

٤- انظر في ذلك : محكمة الاستئناف العليا ؛ استئناف رقم ١٩٦٥/٤٩ في ٦٦/٢/٢٨ سابق الإشارة اليه .

وهذا القيد يتفق مع نظيره في القانون المصري تماما ، وقد سبق معالجته بإسهاب في موضعه[1] ومن ثم فنحيل إليه .

٩٦ ـ سابعا : تعامل الغير مع الموهوب له مع اعتبار قيام الهبة:ـ

إذا تعامل الغير مع الموهوب له مع اعتبار قيام الهبة كالبيع له بثمن مؤجل أو إقراضه أو تزويجه نظرا لما حصل له من الميسرة بما وهب له : امتنع على الواهب أن يرجع في هبته "لأنه يترتب على الرجوع في الهبة ضياع حقوق الغير وتوريط الموهوب له ؛ أما حصول التعامل مع الموهوب له الذي لا يكون مع اعتبار قيام الهبة؛ فلا يمنع من الرجوع ؛ لأنه لا دخل للهبة في حصوله ، فلا يترتب على الرجوع ضياع حق للغير ولا توريط للموهوب له"[2] .

٩٧ ـ ثامنا: إذا مرض الواهب أو الموهوب له مرضا مخوفا:ـ

وهذا القيد من القيود الواردة على حق الرجوع في الهبة من القيود (أو الموانع) المستحدثة في القانون الكويتي؛ ولم يرد بشأنه شيء في القانون المصري ـ وهو قيد ـ في رأينا ـ يتسق وقواعد العدالة واستقرار المعاملات ويعني هذا القيد : إنه إذا مرض الواهب أو الموهوب له مرضا مخوفا ـ أي مرضا يخشى معه الموت ـ امتنع الرجوع في الهبة؛ أما المرض العادي فلا يعتد به[3]؛ ويمتنع الرجوع في حالة المرض المخوف "لأنه إذا مرض

١- انظر : ص ١٥٨ من هذا البحث . وما بعدها - بند ٨٣.

٢- المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي ص ٤٠٤ .

٣- انظر : د. بدر جاسم اليعقوب – المصدر السابق ص ٤٥٦ .

الواهب مرضا مخوفا ؛ كـان استرجاعه الموهوب لمصلحـة غيره لرجحـان موته من مرض ، ومصلحة ذلك الغير ليست بأولى من مصلحة الموهوب لـه ، وإذا مرض الموهوب له مرضا مخوفا ؛ تعلق حق ورثته بالمال الذي وهب له ؛ فيمتنع الرجوع لتعلق حق الغير به ، فإذا زال المرض عاد حق الرجوع لزوال المانع".[1]

٩٨ - تاسعا: حصول تغير أو زيادة في ذات الموهوب:-

لا يجوز للواهب أن يرجع في هبته إذا حصل تغير في ذات الموهـوب أو حصلت فيه زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته ، أما تغير قيمة الموهوب مع بقاء الذات على حالها فلا يمنع من الرجوع لأن زيادة القيمة بالغلاء أو نقصها بالرخص، أمر عارض لا يعتد به ، ومن باب أولى فإن هـلاك الموهوب فـي يد الموهوب له يمنع من الرجوع لفواته[2]؛

وتجدر الإشارة - أخيرا - إلـى أن هـذه الموانـع التسـعة تسـري علـى رجـوع الأبويـن الـذي لا يـرد عليـه قيـد ، كمـا تسـري علـى الرجـوع المقيـد بـالعذر وباستئذان القضاء .

٩٩ - الرجوع في الهبة بالتراضي :-

الرجوع القضائي في الهبة - أي الذي يصرح به القضاء - لا يتم إذا لـم يكن هناك مانع من الرجوع وكان عنـد الواهـب عـذر مقبـول ، ومـع ذلـك إذا أراد الواهب أن يرجع في هبته وتراضى مع الموهوب له على هذا الرجوع : فإن هذا يكون إقالة من الهبة بإيجاب وقبول جديدين شأن الإقالـة مـن أي عقـد آخر .

١- أنظر المذكرة الإيضاحية ص ٤٠٤ وهي بصدد تعليقها على المادة ٥٣٩/ز

٢- المذكرة الإيضاحية ص ٤٠٣ .

فالتراضي يتم به الرجوع في الهبة في جميع الأحوال سواء كان هناك مانع من الرجوع في الهبة أم لا ، وسواء كان عند الواهب عذر مقبول لطلب الرجوع أم لا.[1] ، والقانون الكويتي في هذا الصدد شأنه شأن القانون المصري تماما.

١- بدر جاسم اليعقوب – المصدر السابق ص ٤٥٩ ، ٤٦٠ .

المبحث الرابع

القيود الاتفاقية التي ترد على حق الرجوع في الهبة

في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

١٠٠ ـ تمهيد : أنواع القيود التي ترد على حق الرجوع .

القيود التي ترد على حق الرجوع في الهبة ـ بوجه عام ـ تنقسم إلى :-

أ. قيود شرعية (قانونية) وهي القيود التي ينص الشارع أو القانون على وجوب مراعاتها بقصد حماية ٧الطرف الضعيف في التعاقد ، وهذا النوع من القيود هو عبارة عن موانع الرجوع في عقد الهبة (أو القيود الجبرية التي ترد على حق الرجوع في الهبة) وهي ما سبق أن تحدثنا عنه في المباحث السابقة

ب. قيود شكلية : وهي لا تخرج عن الإشهاد على الرجوع في العقد إذا تم هذا الرجوع في غيبة الطرف الأول ، وذلك في الفقه الإسلامي ، بينما ذهب القانون الوضعي إلى ضرورة أن يكون الرجوع كتابة عن طريق إخطار مكتوب للطرف الأخر ، وأن يأخذ الرجوع من الرسمية ما يأخذه العقد الذي تعلق الرجوع به كما في الهبة ، فقد قرر القانون أن تكون الهبة مكتوبة وموثقة على يد موظف عام مختص ؛ ومن ثم فإن الرجوع بشأنها ينبغي أن يأخذ نفس شكل وإجراءات انعقادها .

ج. قيود اتفاقية : وهي تلك القيود التي يتفق عليها طرفي العقد لغل يد أحدهما عن استعمال حق الرجوع ، ما لم يكن ذلك مخالفا لنص شرعي أو قانوني.

١٠١ ـ القيود الاتفاقية على حق الرجوع في عقد الهبة في الفقه الإسلامي نظرا لطبيعة نطاق الرجوع :ـ

القواعد العامة للعقد تقضي بأن الرجوع يعتبر حقا من مستلزمات الرجوع لا يجوز الاتفاق على ما يخالفه كقاعدة عامة .

فالرجوع في الهبة هو حق مقرر بمقتضى الشرع ولا دخل لإرادة المتعاقدين فيه ، وما ثبت بالشرع لا يرتفع بإرادة بني البشر ، وعلى ذلك فإنه لا يجوز الاتفاق بين الواهب والموهوب له مقدما عند إبرام عقد الهبة على استبعاد حق الرجوع ، لأنه حق الشارع، فلا يجوز إسقاطه بإرادة المتعاقدين؛ وإلى هذا الحكم أشارت المادة ٥١٥ من قانون الأحوال الشخصية بقولها "يصح الرجوع في الهبة كلا أو بعضا ولو أسقط الواهب حقه ما لم يمنع مانع من الموانع المذكورة".

كما أنه لا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على إسقاط حق الرجوع في عقد الهبة بعد انعقادها ، إلا أنه يجوز في هذه الحالة للواهب أن يتصالح على حق الرجوع مع الموهوب له نظير مقابل يتفقان عليه ويكون بمثابة عوض عن الهبة[١].

غير أننا نميل إلى ما ذهب إليه فقهاء الأحناف - في الفقه الإسلامي - من انه يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على عدم الرجوع في الهبة غير اللازمة ، وهم وإن لم يصرحوا بذلك ، إلا أننا يمكننا أن نستنتج بطريق دلالة النص من أقوالهم الحكم على ما ذهبنا إليه ، وبيان ذلك :ـ

١- الشيخ / أحمد إبراهيم – التزام التبرعات ، بحث بمجلة القانون والاقتصاد السنة ٣ص ٥٣ ، وانظر د/ جمال الدين العاقل – عقد الهبة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني ص ٢٤٧ ط١٣٩٨هـ – ١٩٧٨م .

أن الهبات عند الأحناف نوعان: هبات لازمة لا يجوز الرجوع فيها أبدا، وهي تنقل الملك إلى الموهوب له وهي الهبة لذي رحم محرم، والهبة بين الزوجين، والهبة بعوض، والصدقة ، وهبات غير لازمة وهي عدا ما تقدم ، ويقوم هذا النوع من الهبات ـ الثاني ـ على الرغبة في حصول الواهب على عوض عن هبته أيا كانت صورة هذا العوض ودون ... الاشتراط صراحة على حصوله ، وللعوض هنا قيمة إيجابية ترقى إلى مرتبة الأساس العام لحق الرجوع ومناط وجوده أو عدمه ، فإذا كان العوض مانعا من الرجوع ، فإن عدم حصول الواهب على العوض مسوغا شرعيا للرجوع عند عدم استحصاله ، فإذا كانت الهبة لم تؤدي الغرض منها بعدم حصول الواهب على عوض لهبته جاز الرجوع فيها ، فإذا كان هذا الرجوع جائزا بلا اتفاق عليه بين المتعاقدين ، فإنه يكون ثابتا باتفاقهما من باب أولى؛ ودليل ما ذهبنا إليه من أن حق الرجوع يناط وجودا وعدما بعدم حصول الواهب على العوض أو بحصوله عليه أدلة كثيرة نكتفي منها بما قرره السرخسي بقوله "... المقصود من الهبة للأجانب العوض والمكافأة ، والمرجع في ذلك إلى العرف؛ والعادة الظاهرة أن الإنسان يهدي (يهب) إلى من فوقه ليصونه بجاهه، وإلى من دونه ليخدمه، وإلى من يساويه ليعوضه .. وبهذا يتبين أن حق الرجوع ليس بمقتضى العقد عندنا بل لتمكن الخلل في المقصود بالعقد، على معنى أن المعروف كالمشروط ، ولا يقال إنما يقصد بالعوض التجارات ، فأما المقصود بالهبة إظهار الجود والسخاء والتودد والتحبب وقد حصل ذلك ، وهذا لأن العوض في التجارات مشروط وفي التبرعات مقصود ، ومعنى إظهار الجود أيضا مقصود ، فإنما تمكن الخلل في بعض المقصود وذلك يكفي للفسخ .. وقد بينا الفرق بين هذا والأخوين والزوجين لحصول ما هو

المقصود هناك وتمكن الخلل فيما هو المقصود هنا ..."[1]. هذا فوق ما سبق أن قررناه في حينه .

ويستبين من هذا النص أن الواهب يجوز له الرجوع في الهبة إذا لم يعوض عنها، ودون اشتراط هذا العوض صراحة ما دام المعرف وظروف الحال تدل عليه لأن المعروف عرفا كالمشروط شرطا ، وإذا كان هذا الرجوع جائزا على النحو السابق فإنه يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على عدم الرجوع في هذا النوع من الهبات حتى تستقر المعاملات وينتفي الضرر .

فحق الرجوع في العقد في الفقه الإسلامي هو من مستلزمات العقد لا يجوز الاتفاق على استبعاده في عقد الهبة ، اللهم إلا في حالة وحيدة يجوز فيها - حسبما انتهينا للواهب - في عقد الهبة - أن يتفق مع الموهوب له على استبعاد حق الرجوع إذا كانت الهبة غير لازمة.

١٠٢ - القيود الاتفاقية على حق الرجوع في عقد الهبة في فقه القانون المدني نظرا لطبيعة نطاق الرجوع :-

سار واضعوا التقنين المدني على منوال ما ارتآه علماء الفقه الإسلامي في هذا الصدد؛ إذ أن الرجوع في عقد الهبة بالإرادة المنفردة في فقه القانون المدني يعتبر من مستلزمات عقد الهبة كقاعدة عامة .

ولم يقرر القانون المدني المصري صراحة جواز اتفاق المتعاقدين على استبعاد حق الرجوع من عدمه ، ومن ثم فقد اضطلع الفقه القانوني المدني بتأصيل أحكام هذه المسألة ووضع أحكامها .

١- المبسوط للسرخسي ح١٢ص٥٣-٥٤ ، وانظر البدائع ح٨ ص ٣٧٠٣، وانظر د/ السنهوري- المرجع السابق ص ١٧٨وهامش ذات الصحيفة وهامش ص ١٧٩ ود/ أكثم الخولي المرجع السابق ص ١٦٧ - ١٦٨ .

وقد ذهب غالب الفقه[1] المصري إلى أنه لا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على استبعاد حق الرجوع في عقد الهبة، إذ "أن الواهب إذا تنازل عن حق الرجوع في عقد الهبة فإن تنازله لا يعتبر، ويجوز له الرجوع بالرغم من هذا التنازل"[2] ، ومن ثم فإن حق الرجوع يعد من النظام العام الذي لا يجوز الاتفاق على ما يخالفه ، والاتفاق على ذلك يكون باطلا بطلانا مطلقا طبقا للقواعد العامة نزولا على الرأي الغالب والراجح في الشريعة الإسلامية التي لا تجيز إسقاط حق الرجوع والتنازل عنه[3] .

بينما ذهب رأي فريد في الفقه القانوني إلى جواز التنازل عن حق الرجوع في عقد الهبة ، أي أن المتعاقدين يجوز لهما الاتفاق على عدم جواز الرجوع كقيد اتفاقي يحد من حرية الرجوع المطلقة على حق الرجوع على النحو السابق وأن "الأولى هو القول بجواز التنازل عن حق الرجوع لما يلي :-

أولا: لأن القانون يهدف كما رأينا إلى زيادة القوة الملزمة للهبة وينظر إلى الرجوع كحق استثنائي لا محل للتوسع فيه أو رفعه إلى مستوى النظام العام .

وثانيا: لأن العذر المقبول الذي يفتح باب الرجوع للواهب لا يخرج في أساسه عن إنزال الجزاء بالموهوب له الذي لم يحمد للواهب صنيعه، أو حماية الواهب أو أسرته إذا وقع الواهب في الحاجة أو رزق ولدا بعد الهبة ، وما دام هذا هو أساس الرجوع فإنه يسوغ القول بجواز التنازل عن حق الرجوع، لأن

١- د/ محمد كامل مرسي – المرجع السابق ص ٢٠٢ ، د/ جمال الدين محمود زكي – المرجع السابق ص ١٦٨، د/ جمال الدين طه العاقل عقد الهبة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني ط١٩٧٨ ص ٢٤٨ .

٢- مجموعة الأعمال التحضيرية ح٤ ص ٢٩٢ .

٣- الشيخ/ أحمد إبراهيم – المقال السابق بند ٣٧ .

للواهب أن يتنازل عن توقيع الجزاء على الموهوب له وعن الحماية التي يمكن أن يحققها له الرجوع في المستقبل .

ثالثا: وكذلك يلاحظ أن حق الرجوع في الهبة حق ضعيف يسمح القانون بالقضاء عليه لأسباب عرضية محضة، كالزيادة المتصلة والتصرف في الشيء ، ووفاة الموهوب له ولو قام سبب الرجوع قبل الوفاة ، ولم يحاول القانون حماية الواهب كما في صور كان من الممكن فيها ألا يهدر حق الرجوع إهدارا تاما كحالة التصرف في الشيء الموهوب أو هلاكه حيث كان يمكن النص على انتقال حق الواهب إلى ما يحل محل الشيء من ثمن أو تعويض وإذا كان هذا هو مبلغ حرص القانون على حماية الواهب فإنه يصعب القول بأن حق الرجوع يبقى رغم التنازل عنه ، ومهما يكن من أمر فلا شك في صحة التنازل عن استعمال حق الرجوع بعد قيام سببه كالتنازل بعد حدوث الجحود من الموهوب له أو بعد ميلاد طفل للواهب مثلا" .[1]

ومع تقديرنا البالغ لهذا الرأي الجريء وتأصيله للمسألة تأصيلا علميا ومنطقيا بلغ غاية الدقة المرجوة : إلا أننا لا نوافقه في رأيه في جزئية يسيرة كان من الممكن لو لم يهملها لبلغ رايه حد الكمال المنشود ، هذه الجزئية هي أن التنازل عن حق الرجوع بمقتضى اتفاق المتعاقدين كقيد على حق الرجوع أو بإرادة الواهب وحدها لا تكون إلا في حالة الهبة غير اللازمة . والهبات اللازمة هي الهبة لذي رحم محرم والهبة بعوض والهبة بين الزوجين والصدقة ، ففيما عدا هذه الهبات يجوز التنازل عن استعمال حق الرجوع أو تقييده بمقتضى اتفاق المتعاقدين على استبعاده نزولا على الأسباب والحجج التي ساقها الرأي الأخير ، وطبقا لهذا القيد ـ الذي اضفناه إلى الرأي السابق ـ

١- د/ أكثم الخولي – المرجع السابق ص١٨٢ – ١٨٣ .

يكون رأي القانون الوضعي والفقه الإسلامي متفقين تماما في جواز التنازل عن حق الرجوع في عقد الهبة، والاتفاق على استبعاده في الحدود الشرعية (والقانونية) السابقة وبالضوابط والمعايير المذكورة ـ وللأسباب الواردة فيه

١٠٣ ـ الاتفاق على إسقاط حق الرجوع في الهبة في القانون الكويتي:-

جاء القانون المدني الكويتي خلوا من نص صريح ـ فإنه شأنه في ذلك شأن القانون المصري لم يتعرض إلى مدى صحة الاتفاق مقدما على إسقاط الرجوع في الهبة ، ولذلك ذهب فقه القانون المدني الكويتي [١] إلى ترجيح ـ رأي جمهور فقهاء المسلمين الذي يرى ـ بحق ـ أن حق الرجوع في الهبة يعتبر من النظام العام، سواء كانت الهبة لازمة أو غير لازمة ـ ومن ثم لا يجوز للواهب أن يتفق مع الموهوب له مقدما على النزل عنه ، وإنما يجوز له بعد قيام العذر في الرجوع أن ينزل عن هذا الحق بعد وجوده .

١٠٤ ـ الموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في القيود الاتفاقية على حق الرجوع في العقد :-

يستبين من بسط أحكام كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي : أنه لا يمكن أن ترد أية قيود اتفاقية على حق الرجوع في عقد الهبة . ويستثنى من ذلك حالة وحيدة يجوز فيها للمتعاقدين أن يتفقا على استبعاد حق الرجوع في العقد، وهي : حالة الهبة غير اللازمة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، استنادا إلى ما ملنا إليه ورجحناه مدعما بالحجج والأسانيد المؤيدة لما ذهبنا إليه كل في موضعه . وعلى هذا فكلا الفقهين متفقان تماما في هذا الصدد ، وحسنا فعل المقنن المصري والكويتي حينما استقيا معظم أحكام هذا الموضوع من الفقه الإسلامي؛ الأمر الذي منعه من الزلل وحصنه من الوقوع في براثن الخطأ .

١- انظر : د. بدر جاسم اليعقوب – المصدر السابق ص ٤٦٠، وانظر في هذا الاتجاه في الفقه القانوني المصري :د. عبد الرزاق السنهوري- المصدر السابق ح٥ المجلد الثاني ص ١٨٥ هامش (٣) ، د/محمد كامل مرسي – المرجع السابق ص ٢٠٢ .

الباب الثاني

آثار الرجوع في الهبة

١٠٥ ـ القواعد العامة:الرجوع في الهبة يؤدي إلى اعتبارها كأن لم تكن:-

يتفق الفقه الإسلامي والقانون المصري : على أن الرجوع في الهبة له أثر رجعي؛ أي أن الرجوع يستند إلى الماضي ، وتعتبر الهبة ـ بمقتضاه كأن لم تكن؛ سواء قلنا أن الرجوع يقع بالإرادة المنفردة للواهب أم بالتراضي أم بالتقاضي[١]، وهكذا يترتب على الرجوع آثار البطلان والفسخ من حيث انحلال عقد الهبة بأثر رجعي. وسواء أقلنا بترجيح الرأي القائل أن الرجوع في الهبة هو فسخ لها سواء تم بالتراضي أم بالتقاضي أم بالإرادة المنفردة؛ أم قلنا أن تراضي الطرفين على نقض العقد mutus dissensus هو اتفاق جديد لا يمكن أن يكون له أثر رجعي ، على أساس أن الرجوع في العقد هنا هو هبة جديدة من الموهوب له إلى الواهب ، وهو ما ذهب إليه زفر من فقهاء الأحناف[٢]؛ وجانب كبير من فقه القانون الوضعي[٣] ، غير أننا سبق أن ذهبنا إلى ترجيح الرأي القائل بأن الرجوع في الهبة هو فسخ لها؛ ولكنه فسخ ذو طبيعته مميزة، وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء المسلمين ونصوص القانون المصري وشراحه[٤] .

١- أنظر ما سبق ص ١٠٠ - ١٠٦ من هذا البحث ، بند ٥٧.

٢- البدائع ج٨ ص ٣٧١٣ .

٣- د/ جمال زكي المرجع السابق - ص ١٦٩، د/ أكثم الخولي المرجع السابق ص ١٤١، د/ عبد الحي حجازي - موجز النظرية العامة للالتزام بند ٣٢٠، د. جمال العاقل - المرجع السابق ص ٢٦٧ .

٤- د/ عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق ص ١٨٢، د/ محمد كامل مرسي - المرجع السابق ص ١٦٤.

الفصل الأول

آثار الرجوع فيما بين الطرفين

١٠٦ ـ منهج البحث :-

سبق أن علمنا أن الرأي الراجح في الفقه الإسلامي ـ والمعمول به في القانون المصري نزولا على الرأي الراجح في الفقه الإسلامي ـ هو أن الرجوع في الهبة ـ أيا كانت الكيفية التي يقع بها - فسخ لها ، ومن ثم فإننا سنعول على هذا الرأي في بحثنا لآثار الرجوع في الهبة .

المبحث الأول

آثار الرجوع في الهبة فيما بين الطرفين

في الفقه الإسلامي

١٠٧ ـ تمهيد :-

يترتب على اعتبار الهبة كأن لم تكن نتيجة للرجوع فيها آثار في مواجهة الطرفين لا تخرج عما يلي :-

١٠٨ ـ الأثر الأول : رد العين الموهوبة إلى قديم ملك الواهب :-

إذا انفسخ عقد الهبة بالرجوع : فإن الموهوب له يلتزم برد الشيء الموهوب إلى الواهب إذا كان قائماً بعد الرجوع في الهبة، سواء تم الرجوع بالإرادة المنفردة للواهب ، ام بالتراضي أم بالتقاضي ، وبرد الشيء الموهوب إلى الواهب يعود إلى قديم ملكه ويملكه وإن لم يقبضه ، لأن القبض معتبر في انتقال الملك لا في عود قديم الملك ، وإذا وقع الرجوع : فإن الموهوب يكون أمانة في يد الموهوب له ، ويترتب على هلاكه في يده ما يترتب على هلاك سائر الأمانات في يد الأمين ، أي أن الموهوب له لا يضمن العين الموهوبة لو هلكت في يده بعد الرجوع؛ لأن قبض الهبة قبض غير مضمون،فإذا انفسخ عقد الهبة بالرجوع بقي القبض على ما كان قبل ذلك أمانة غير موجب للضمان فلا يصير مضموناً عليه إلا بالتعدي كسائر الأمانات .

فإذا لم يتفق طرفي عقد الهبة على الرجوع ولم يقضي به قاضي ـوقلنا بعدم وقوع الرجوع بإرادة الواهب ـ ووهب الموهوب له العين الموهوبة إلى

الواهب وقبلها الأخير : فإنه لا يملكها إلا بالقبض ـ خلافا للحالة السابقة ، فالقبض هنا يكون بمنزلة الرجوع بالتراضي أو التقاضي ، ولذلك لا يجوز للموهوب له أن يرجع ثانية فيه كالصدقة تماما، والعلة في حكم شرط القبض هنا : أن الموجود لفظ " الهبة" لا لفظ " الفسخ" أو "الرجوع"؛ ومن ثم فإن ملك الواهب لا يزول إلا بالقبض فلزم القبض حتى ينتج أثره.[1] .

١٠٩ ـ الأثر الثاني : إلتزام الموهوب له برد الشيء الموهوب :-

إذا انفسخ عقد الهبة بالرجوع فإن الموهوب له يلتزم برد الشيء الموهوب ـ على النحو السابق - ، فإذا امتنع عن الرد بعد طلبه؛ (اعذاره بالتسليم) فإنه يكون ضامنا له ومتحملا تبعة هلاكه، حتى ولو كان بسبب أجنبي؛ لأنه متعد بعدم رد الشيء بعد طلبه، والمتعدي يكون ضامنا[2]، ويترتب على ذلك نفس الحكم في جانب الواهب ، فإذا قام الواهب بالإستيلاء على العين الموهوبة قسرا بغير التراضي أو التقاضي : يكون مرتكبا لخطأ يسال عنه طبقا لقاعدة " من استعجل شيئا قبل أوانه عوقت بحرمانه"[3] أي منه ، فإذا هلك الشيء الموهوب في هذه الحالة ضمنه الواهب ، ويترتب على ذلك التزام الواهب بدفع قيمة الموهوب وقت هلاكه ما دام قد استولى عليه قسرا، لأنه يكون في حكم الغاصب طبقا للرأي القائل بعدم جواز الرجوع إلا بالتراضي أو التقاضي .

١- البدائع ج٨ ص ٣٧١٣ – ٣٧١٤ ، تكملة فتح القدير ج٧ ص ١٣٦ ، حاشية بن عابدين ج٥ ص ٧٠٥ .

٢- تكملة فتح القدير ج٧ ص١٣٦ .

٣- الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٦٩ .

ويستبين مما سبق أن قواعد " الضمان " هي التي تسيطر وتهيمن على أحكام آثار الرجوع فيما بين الطرفين؛ سواء كانت متعلقة بضمان العين الموهوبة من قبل الواهب عند تعديه، أو متعلقة بضمان الموهوب له لها عند عدم رده إياها بعد طلبها منه والحكم بها . كما أن اختيارنا وترجيحنا للرأي القائل بأن الرجوع يقع في جميع الأحوال بالإرادة المنفردة هو الراي الذي قد لا تستقيم بدونه بعض أحكام آثار الرجوع، كما هو الشأن في حالة ما اذا استولى الواهب على الشيء الموهوب قسرا ، فإننا ذكرنا أن الواهب يكون ضامنا لقيمة الشيء الموهوب إذا هلك في يده، وعليه دفع هذه القيمة إلى الموهوب له . ألا ترى أن هذا الحكم لا يتفق وقاعدة شرعية أصيلة مؤداها"أنه يجوز استيفاء الحق من مال الغريم إذا كان ثم سبب ظاهر يحال الأخذ عليه، ولا يجوز إذا كان السبب خفيا ... فيباح ... للضيف إذا نزل بالقوم فلم يقروه آن يأخذ من أموالهم بقدر قراه بالمعروف؛لأن السبب إذا ظهر لم ينسب أخذه إلى خيانة بل يحال أخذه على السبب الظاهر"[1]؛ ؟ ومن ثم فإذا كان سبب الرجوع مشروعا فإنه يجوز للواهب أن يأخذه (يستولي عليه) بالإرادة المنفردة دون تضمين ، ولا ينتفي هذا التضمين إلا إذا قلنا بجواز الرجوع بالإرادة المنفردة للواهب .

١١٠ ـ الأثر الثالث : التزام الموهوب له برد الثمار : من وقت الاتفاق أو الحكم أو العلم بالرجوع :-

تقضي المبادئ العامة لأحكام الفقه الإسلامي أن الواهب إذا اتفق مع الموهوب له على الرجوع في الهبة : كان على الأخير أن يرد الثمار التي

١- القواعد لابن رجب ص ١٧ ط١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م .

جناها من الهبة من وقت هذا الاتفاق ، أما إذا وقع الرجوع بحكم القاضي : فإن الموهوب له يلتزم برد الثمار من وقت رفع الدعوى؛ ذلك أنه قبل تراضي الطرفين على الرجوع تكون الثمار ملكا للموهوب له، باعتباره مالكا للأصل والمالك يجني ثمار ملكه ، وتزول ملكية الثمار تبعا لزوال ملكية الأصل من وقت الرجوع بالإتفاق بينهما عليه . أما في حالة الرجوع بالتقاضي فإن الثمار تلحق بأصل العين الموهوبة من تاريخ رفع الدعوى ، ومن ثم فإن الواهب يستحق الأصل وملحقاته (الثمار) إذا قضى له به من وقت رفع الدعوى؛ لأن الموهوب له يفترض علمه برغبة الواهب في الرجوع من وقت رفع الدعوى به . أما إذا وقع الرجوع بالإرادة المنفردة ـ على ما ذهبنا إليه ـ فإن الموهوب له يلتزم برد ثمار الشيء الموهوب من وقت علمه برغبة وإرادة الواهب في الرجوع؛ وما ذهبنا إليه من الأحكام السابقة تحكمها قاعدة "الخراج بالضمان" والخراج كما قال الفقهاء" معناه ما خرج من الشيء من غلة ومنفعة وعين... فالغلة له ـ للمشتري ـ ليكون الغنم في مقابلة الغرم"[1] . والقاعدة السابقة هي حديث صحيح ورد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم؛ وسبب تقريره هو "أن رجلاً ابتاع عبداً فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم، ثم وجد به عيباً فخاصمه إلى النبي صلى الله عليه وسلم فرده عليه : فقال الرجل يا رسول الله: قد استعمل غلامي، فقال : " الخراج بالضمان"[2]. رواه الخمسة وضعفه البخاري . قال أبو عبيد:"الخراج في هذا الحديث غلة العبد يشتريه الرجل فيستغله زماناً ثم يعثر فيه على عيب دلسه البائع فيرده ، ويأخذ جميع الثمن

١- الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٥١ .

٢- سبل السلام للصنعاني ج٣ ص ٣٠ .

ويفوز بغلته كلها لأنه كان في ضمانه، ولو هلك هلك من ماله. انتهى"[1] ومن ثم كان التزام الموهوب له برد الثمار قياساً على ما سبق لاتحادهما في العلة؛ لأن الموهوب له قبل الرد كان ينتفع بالعين الموهوبة وعليه ضمانا بعد طلبها؛ فيلتزم بالرد بعد الطلب والثمار؛ لأنه لم يعد له حق فيها ولا في ثمارها .

١١١ ـ الأثر الرابع : إلتزام الواهب برد المصروفات التي أنفقها الموهوب له : ـ

من القواعد المسلمة أن مصاريف الرد تكون دائما على البائع[2] في عقد البيع ، والواهب هو الدائن في عقد الهبة ومن ثم فإنه هو الذي يتحمل المصروفات التي قام بانفاقها الموهوب له، طالما كانت مصروفات ضرورية؛ ومن هنا فإن الفقهاء قد قالوا " بأن المشتري ـ في عقد البيع ـ لو وجد بالمبيع ـ عيبا فرده على البائع فمؤنة الرد على المشتري[3]؛ ومن ثم فإن المصروفات الضرورية كمؤنة الرد وما شابهها يلتزم الواهب بدفعها إلى الموهوب له إذا تم الرجوع في الهبة أيا كانت كيفيته.

١- الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٥٠ – ١٥١ .

٢- د/ حسن الزنون – المرجع السابق ص٢٧٤ .

٣- البحر الرائق ح٦ ص ٣٧.

المبحث الثاني

آثار الرجوع فيما بين الطرفين في القانون الوضعي

أولاً: في القانون المصري

١١٢ ـ تمهيد :-

يتفق القانون المصري مع الفقه الإسلامي في آثار الرجوع في الهبة ، حيث يترتب على الرجوع في الهبة اعتبارها كأن لم تكن ، فإذا رجع الواهب في الهبة - سواء كان رجوعه بالتراضي أم بالتقاضي - فإن الهبة تنفسخ ، وإذا كان للفسخ أثر رجعي فيما بين المتعاقدين فإن الهبة تعتبر كأن لم تكن ، وعلى هذا تنص المادة ١/٥٠٣ من التقنين المدني المصري بقولها "يترتب على الرجوع في الهبة بالتراضي أو بالتقاضي أن تعتبر الهبة كأن لم تكن" .

فالرجوع في الهبة ـ كما سبق بيانه ـ في القانون المدني المصري لا يقع إلا بالتراضي أو بالتقاضي لعذر مقبول ، وقبل التراضي أو التقاضي تكون الهبة قائمة ، فلا يستطيع الواهب أن يمتنع عن تسليم الشيء الموهوب إذا كان لم يسلمه ولا يستطيع أن يسترده إذا كان قد سلمه ، فإذا كان قد سلمه واسترده بغير التراضي أو التقاضي كان غاصباً، وكانت يده يد ضمان عليه ، فإذا هلك في يده بعد استرداده بفعله أو باستعماله إياه أو بسبب أجنبي؛ كان ضامناً، وكان عليه أن يدفع للموهوب له قيمة الشيء الموهوب وقت الهلاك ، وعلى هذا تنص المادة ١/٥٠٤ مدني مصري بقولها " إذا استولى الواهب على الشيء الموهوب بغير التراضي أو التقاضي كان مسئولاً قبل الموهوب له عن هلاك الشيء سواء كان الهلاك بفعل الواهب (أم) بسبب أجنبي لا يد له

فيه أم بسبب الاستعمال"؛ ذلك لأن الشيء الموهوب لا يزال مملوكا للواهب، وقد هلك في يد غاصب فتجب عليه قيمته وقت هلاكه .[1]

وعلى ذلك فإن الرجوع في الهبة تترتب عليه آثار محددة فيما بين الطرفين لا تخرج عما يلي :-

١١٣ ـ الأثر الأول : التزام الموهوب له برد الشيء الموهوب إلى الواهب:-

تنص المادة ٥٠٣ من التقنين المدني المصري على :-

"(١) يترتب على الرجوع في الهبة بالتراضي أو بالتقاضي أن تعتبر الهبة كأن لم تكن.

(٢) ولا يرد الموهوب له الثمرات إلا من وقت الاتفاق على الرجوع أو من وقت رفع الدعوى ، وله أن يرجع بجميع ما أنفقه من مصروفات ضرورية ، أما المصروفات النافعة فلا يجاوز في الرجوع بها إلا القدر الذي زاد في قيمة الشيء الموهوب[2].

وهذه المادة ـ كما نرى ـ تبين آثار الرجوع فيما بين الطرفين ، فإذا تم الرجوع بالتراضي أو بالتقاضي : كان ذلك فسخاً لها، وتعتبر الهبة كأن لم تكن ، ويترتب على ذلك أن الواهب يسترد الشيء الموهوب من الموهوب له إذا كان الأخير قد تسلمه ،فإذا لم يكن قد تسلمه فلا يلتزم الواهب بتسليم الشيء الموهوب إلى الموهوب له . كما يترتب على ذلك : أن الشيء الموهوب إذا هلك بفعل الموهوب له بعد الرجوع أو باستهلاكه إياه كان ضامناً لهذا الهلاك

١- د/ عبد الرزاق السنهوري – المرجع السابق ص٢٠٨ .

٢- يقابل المادة المذكورة في التقنيات العربية : في التقنين المدني الليبي م٤٩٢، ٤٩٣، والتقنين المدني السوري م٤٧١-٤٧٢، وفي التقنين المدني العراقي م ٦٢٤ – ٦٢٥ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٥٢٥ –٥٢٧ . و ٥٢٩-٥٣٠.

وذاك الاستهلاك ووجب عليه تعويض الواهب طبقا لقواعد المسئولية المدنية ، ولا تنتفي مسئولية الموهوب له إلا إذا هلك الشيء الموهوب بسبب أجنبي لا يد له فيه ، فإذا هلك بهذا السبب وكان قد أعذر بالتسليم وهلك الشيء الموهوب بعد الأعذار فإن الموهوب له يكون مسئولا عن هذا الهلاك" [1] تطبيقا لنص المادة ٢/٥٠٤ التي تنص على "إما إذا صدر حكم بالرجوع في الهبة وهلك الشيء في يد الموهوب له بعد اعذاره بالتسليم ، فيكون الموهوب له مسئولا عن هذا الهلاك ولو كان الهلاك بسبب أجنبي ".

١١٤- الأثر الثاني : التزام الموهوب له برد الثمرات إلى الواهب :-

إذا تم الرجوع في الهبة فإن الموهوب له يلتزم برد ثمرات الشيء الموهوب من وقت التراضي على الرجوع أو من وقت رفع دعوى الرجوع لعذر مقبول؛ لأن الموهوب له يعتبر من هذا الوقت سئ النية في تملكه لثمرات الشيء الموهوب؛ لعلمه بالرجوع علماً يقيناً ، أما ثمرات الشيء الموهوب فتبقى ملكاً للموهوب له إلى يوم التراضي أو التقاضي، ولا يلتزم بردها إلى الواهب؛ لأنه يعتبر حسن النية الى هذا الوقت ، هذا فضلاً عن انه يكون مالكاً للشيء الموهوب إلى هذا الوقت، والمالك له حق جني ثمار ملكه[2].

١- د/ عبد الرزاق السنهوري – المرجع السابق ص ٢٠٩ ، د/ محمد كامل- مرسي المرجع السابق ص ٢٠١ ، د/ جمال زكي- المرجع السابق ص ١٧٠، د/ أكثم الخولي -المرجع السابق ص ١٨٥ .

٢- د/ عبد الرزاق السنهوري – المرجع السابق ص ٢٠٩ ، د/ أكثم امين الخولي -المرجع السابق ص ١٨٤ ، د/ جمال العاقل – المرجع السابق ص ٢٥٠ .

١١٥ ـ الأثر الثالث : إلتزام الواهب بدفع المصروفات :ـ

إذا تم الرجوع في الهبة بالتراضي أو بالتقاضي فإن الموهوب له يستطيع أن يرجع على الواهب بما أنفقه على الشيء الموهوب من مصروفات وذلك على التفصيل الآتي :ـ

(أ) المصروفات الضرورية : يستطيع الموهوب له أن يرجع بها كلها على الواهب طبقاً لنص المادة ٢/٥٠٣ مدني مصري السابق ذكرها.

(ب) إذا كانت المصروفات التي أنفقها الموهوب له على الشيء الموهوب هي مصروفات نافعة: فإنه لا يستطيع أن يرجع على الواهب ألا بأقل القيمتين؛المصروفات التي أنفقها أو زيادة قيمة الشيء الموهوب بسبب هذه المصروفات .

إذا كانت المصروفات التي أنفقها الموهوب له على الشيء الموهوب مصروفات كمالية كوضع شرائط الزينة على حوائط الدار، أو وضع نجفة كريستال بالمسكن ، فإن الموهوب له لا يستطيع أن يرجع بشيء من هذه المصروفات أو قيمتها على الواهب "ولكن يجوز له أن ينزع من الشيء الموهوب ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى ، وذلك ما لم يختر الواهب أن يستبقى هذه المنشآت بدفع قيمتها مستحقة الإزالة"[١] وليس ذلك إلا تطبيقاً للقواعد العامة التي قررتها المادة ٣/٩٨٠ من القانون المدني المصري التي نصت على " فإذا كانت المصروفات كمالية فليس للحائز أن يطالب بشيء منها ، ومع ذلك يجوز له أن ينزع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى إلا إذا اختار المالك أن يستبقيها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة"، وإذا التزم الواهب برد

١- د/ عبد الرزاق السنهوري – المرجع السابق ص ٢١٠ ، د/ محمد كامل مرسي- المرجع السابق ص ٢٠١ ، د/ جمال زكي – المرجع السابق ص ١٦٩ ، د/ جمال العاقل – المرجع السابق ص ٢٥١ ، د/ أكثم الخولي – المرجع السابق ص ١٨٤ . مجموعة الأعمال التحضيرية ح ٤ ص ٢٩٧ .

قد انتهى إلى أن الواهب يستطيع أن ينتفع بالأحكام المقررة في المادة ٩٨٢ من القانون المدني المصري ، من حيث أنه يجوز له طلب ان يكون الوفاء بهذه المصروفات على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة ، وفي هذا الشأن تقول المادة ٩٨٢ مدني مصري " يجوز للقاضي بناء على طلب المالك أن يقرر ما يراه مناسبا للوفاء بالمصروفات المنصوص عليها في المادتين السابقتين وله ان يقضي بأن يكون الوفاء على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة ، وللمالك أن يتحلل من هذا الالتزام إذا هو عجل مبلغا يوازي قيمة هذه الأقساط مخصوما منها فوائدها بالسعر القانوني لغاية مواعيد استحقاقها ".

١- د/ السنهوري – المرجع السابق ص ٢١٠.

١١٦ ـ الموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في آثار الرجوع فيما بين الطرفين :-

في الواقع لا يحتاج الأمر هنا إلى موازنة أو مقارنة بين أحكام الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في آثار الرجوع في الهبة فيما بين الطرفين؛ حيث يتفقان تماما في هذا الصدد ، إذ أن الرجوع فيهما له أثره الرجعي؛ أي أن الرجوع يستند إلى الماضي وفقا للقانون المصري والراجح في الفقه الإسلامي؛ بينما لا يستند الرجوع إلى الماضي في القانون الكويتي- ووفقا لرأي مرجوح في الفقه الإسلامي- وهو الرأي الأولي بالقبول ـ في رأينا ـ لاتفاقه وقواعد العدالة واستقرار المعاملات ـ وفي جميع الأحوال فإنه بوقوع الرجوع صحيحا تعتبر الهبة كأن لم تكن ، ويلتزم الواهب برد النفقات الضرورية التي أنفقها الموهوب له على الشيء الموهوب ، كما يلتزم الموهوب له برد العين الموهوبة إلى الواهب ورد ثمرات الشيء الموهوب ، من وقت التراضي على الرجوع أو التقاضي أو علمه بالرجوع بالإرادة المنفردة للواهب .

١١٧ ـ ثانيا: آثار الرجوع فيما بين المتعاقدين في القانون الكويتي :-

تنص المادة ٥٤١ من التقنين المدني الكويتي على أنه " يترتب على الرجوع إعادة الموهوب إلى ملك الواهب من حين تمامه، وذلك دون إخلال بالقواعد العامة المتعلقة بالتسجيل ".

ويستبين من هذا النص أن المقنن الكويتي سلك مسلكا يغاير مسلك التقنين المصري ومعظم التقنينات العربية ، فلم يجعل ـ وفقا للنص المذكور ـ للرجوع أثرا رجعيا يمتد إلى وقت صدور الهبة وإنما جعله من وقت تمام

الرجوع ، ويرى بعض الفقه الكويتي[1] بحق ـ أن حكم القانون الكويتي كان أكثر وضوحا ودقة من تلك التشريعات[2] .

وإذا كان الرجوع في الهبة ليس له أثر رجعي فإن هذا يعني أن ملكية الشيء الموهوب في غير العقار تنتقل إلى الواهب من وقت الرجوع فقط؛ فيلتزم الموهوب له برد الشيء الموهوب إلى الواهب ، وإذا امتنع عن الرد بعد تمام الرجوع في الهبة رضاء أو قضاء وبعد اعذاره بالتسليم ، ثم هلك الموهوب فإن الموهوب له يكون ضامنا ، ويتحمل تبعة الهلاك ولو كان هذا الهلاك بسبب أجنبي ، وإذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ـ في غير العقار ـ بعد تمام الرجوع يكون قد تصرف في غير ملكه ، ولا حجة له في مواجهة المالك الحقيقي (الواهب) مالم يحتج المتصرف اليه بالحيازة ، ويترتب على ذلك أن ثمار الشيء الموهوب تكون حقا للموهوب له قبل الرجوع ، أما بعد الرجوع فإن هذه الثمار تكون مستحقة للواهب .

أما إذا كان الشيء الموهوب عقارا فإن "ملكيته لا ترتد إلى الواهب من يوم تمام الرجوع، وإنما ترتد من تاريخ التسجيل، سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير ؛ فالتسجيل وإن لم يكن ركنا في عقد هبة العقار إلا أنه ركن من أركان الملكية ، وإذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب بعد تمام الرجوع ، وقبل التسجيل فإنه يكون قد تصرف في شيء يملكه ، ومن ثم لا يستطيع أن يحتج الواهب على الغير الذي اكتسب ملكية العقار؛ لأنه يرجع في هبته وأصبح مالكا؛ لأن الملكية لا تنتقل إليه إلا بتسجيل العقار ،و لا يكون

١- د. بدر جاسم اليعقوب – المصدر السابق ص ٤٦٠ هامش (٣).

٢- القانون المدني المصري (م١/٥٠٣) القانون المدني السوري (م٤٧١) ؛ القانون المدني الليبي (م٤٩٢)؛ القانون المدني العراقي (م٦٢٤)؛ والقانون المدني الأردني (م٥٨٠).

للواهب في الفترة من تاريخ تمام الرجوع إلى وقت التسجيل سوى مجرد أمل في الملكية دون حق فيها"[1] .

١- د. بدر اليعقوب – المصدر السابق ص ٤٦١ .

الفصل الثاني

آثار الرجوع في الهبة بالنسبة للغير

المبحث الأول

آثار الرجوع في الهبة بالنسبة للغير في الفقه الإسلامي

١١٨- **توضيح :** حينما تناول علماء الشريعة الإسلامية أثر الرجوع في الهبة بالنسبة للغير فإنهم بلغوا من الدقة في تناولهم لهذه الآثار مبلغا لم يستطع بلغاء الباحثين أن يباروهم في هذا الصدد ، فهم لا يبحثون في أثر الرجوع في الهبة على حقوق الغير ، ولكنهم يبحثون أثر حقوق الغير على الرجوع ، وذلك لأن حقوق الغير عندهم أقوى من أن تتأثر بالرجوع في حق اكتسب الغير منه حقا شرعيا صحيحا، ولأن حق الرجوع في الهبة هو حق ضعيف لكونه استثناء من القاعدة العامة التي تقضي بلزوم العقد ووجوب الوفاء به ، وقد قرره الشرع الحنيف لأسباب ودواعي خاصة ارتآها ضرورية لتحقيق التوازن المطلوب في المعاملات المالية بين العباد .

وترتيبا على ما سبق فإن الرجوع في الهبة لا يكون له أثر رجعي كقاعدة عامة بالنسبة للغير سواء تم بالإرادة المنفردة للواهب أم بالتراضي أم بالتقاضي ، وذلك لأن الغير حسن النية تجب حماية حقوقه وفقا للمبادئ العامة في الفقه الإسلامي وأخصها قاعدة " لا ضرر ولا ضرار "[١].

١- الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٢ ، وانظر د/ حسن الزنون – المرجع السابق – ص ٣٢٨ .

ولتفصيل ما سبق فإنه يجب التمييز بين ما إذا كان الغير قد تملك الشيء الموهوب من الموهوب له بتصرف شرعي ناقل للملك كالبيع والهبة؛ أم كان قد تعلق له حق عيني على الشيء الموهوب من قبل الموهوب له، كحق ارتفاق أو حق انتفاع أو حق رهن .. الخ مثل هذه الحقوق العينية وهذا ما سنتناوله تفصيلا في البنود التالية :-

١١٨م ـ تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفا نهائيا:-

سبق أن ذكرنا أن من موانع وقيود الرجوع في الهبة خروج الموهوب عن ملك الموهوب له بأي سبب من أسباب الملك[١] كالبيع والهبة والاعتاق، فإن خرجت العين الموهوبة عن ملك الموهوب له بتصرف شرعي وملكها الغير بأي سبب من أسباب كسب الملك فإنه يجب ألا يضار هذا الغير ، ومن ثم امتنع على الواهب الرجوع ، وظل حق الغير على الشيء الموهوب حقا ثابتا سواء كان الشيء الموهوب عقارا ام منقولا، وذلك لأن الرجوع هنا يكون أبطالا لملك غير الموهوب له وهو غير جائز[٢]؛ لأن ملك الغير مستمد من غير الواهب، فلا يمكن نقض ما تم من غير جهته ، ولا يقال في هذه الحالة أن الرجوع ليس له أثر رجعي؛ لأن الرجوع ممتنع أصلا، وإذا وقع فهو غير ذي أثر على الإطلاق.

٢- أنظر ص ١٥٨ وما بعدها من هذا البحث - بند ٨٣.

٢- انظر المغنى ح٦ ص ٢٧٤ ، البدائع ح٨ ص ٣٧٠١ ، والمهذب حـ١ ص ٤٥٤، البحر الزخار ح٤ ص ١٤١ .

١١٩ ـ ترتيب الموهوب له على الشيء الموهوب حقا عينيا للغير :-

إذا رتب الموهوب له على الشيء الموهوب حقا عينيا للغير فإن هذا الغير لا يضار أصلا لأن الرجوع يمتنع على الواهب أيضا في هذه الحالة لا فرق في ذلك بين ما إذا كان الشيء الموهوب منقولا أو عقارا ، كما لا فرق بين ما إذا كان الرجوع يمكن وقوعه بالإرادة المنفردة للواهب أو بالتراضي أو بالتقاضي ، كما لا فرق بين ما إذا كان حق الغير قد حفظ شرعا قبل تسجيل صحيفة دعوى الرجوع أم بعده ، لأن الشريعة الإسلامية لا تعرف مثل هذه الشكلية ، وفي جميع الأحوال السابقة : يمتنع على الواهب أن يرجع في هبته إذا ترتب للغير على الشيء الموهوب حقا من الحقوق كحق الرهن وحق الارتفاق وما شابهها. وتأييدا لذلك نجد كثيرا من النصوص الفقهية تؤيد هذا المذهب ، نجتزيء منها ما ذكره صاحب المغنى بقوله "وان رهن (أي الموهوب له) العين أو أفلس وحجر عليه لم يملك الأب الرجوع فيها لأن في ذلك ابطالا لحق غير الولد ، فإن زال المانع من التصرف فله الرجوع لأن ملك الابن لم يزل، وإنما طرأ معنى قطع التصرف مع بقاء الملك فمنع الرجوع فإذا زال زال المنع ....[١].

ويقول في موضع آخر".... فإن تعلقت بها (العين الموهوبة) رغبة لغيره (لغير الموهوب له) مثل أن يهب ولده شيئا فيرغب الناس في معاملته وأدانوه ديونا أو رغبوا في مناكحته فزوجوه إن كان ذكرا أو تزوجت الأنثى لذلك فعن أحمد روايتان :-

أولاهما: ليس له الرجوع (وهو الراجح) والثانية له الرجوع"[٢] .

١- المغنى ح٦ ص ٢٧٥ – ٢٧٦.

٢- المغنى ح٦ ص ٢٧٧ – ٢٧٨ .

وخلاصة القول : أن الغير الذين تعاملوا مع الموهوب له فاكتسبوا حقا عينيا أو شخصيا أو ملكا للعين الموهوبة أو بعضها، لا يضاروا بأي حال من الأحوال بالرجوع في الهبة؛ إذ أن تملك الغير للشيء الموهوب أو بعضه أو اكتسابه حقا عينيا على العين الموهوبة يعتبر قيدا على الرجوع في الهبة، وبذلك تظل ملكية الغير للشيء الموهوب أو ترتب حق عيني له عليه سببا صحيحا لكسب الملكية أو حق الانتفاع على النحو السابق بيانه.

المبحث الثاني

آثار الرجوع بالنسبة للغير في القانون الوضعي

١٢٠ ـ آثار الرجوع بالنسبة للغير إذا تم بالتراضي أو التقاضي :-

إذا تم الرجوع في الهبة بالتراضي أو بالتقاضي : فإنه لا يستند إلى الماضي بالنسبة للغير حسن النية وفقا للقواعد العامة في هذا الشأن ، ولا يوجد نص في القانون المدني المصري يحكم آثار الرجوع في الهبة بالنسبة للغير ، ومن ثم كان الرجوع إلى المذكرة التفسيرية للقانون المدني وآراء الفقه القانوني هي المعول عليه في هذا الصدد، وقد كانت المادة ١/٦٨٧ من المشروع التمهيدي للقانون المدني (المادة ١/٥٠٣ من القانون) تنص على أنه "يترتب على الرجوع في الهبة بالتراضي أو بالتقاضي أن تعتبر الهبة كأن لم تكن وذلك دون اخلال بما كسبه الغير حسن النية من حقوق " ولكن العبارة الأخيرة حذفت من النص، ولا يظهر من الأعمال التحضيرية أين وكيف ولم حذف هذا النص؟[١] . وإزاء حذف المقنن لعبارة "دون اخلال بما كسبه الغير حسن النية " تضاربت بشأن أثر هذا الحذف آراء الفقهاء.

فذهب البعض[٢] إلى أن ذلك " يؤدي إلى سقوط الحقوق التي اكتسبها الغير من الموهوب له على المال الموهوب بحسن نية قبل الرجوع تطبيقا للأثر الرجعي للرجوع اتفاقيا كان أم قضائيا، ولهذه النتيجة خطورتها إذ تجعل حقوق الغير ـ فيما عدا الملكية والرهن الرسمي ـ تحت رحمة " العذر

١- مجموعة الأعمال التحضيرية ح٤ ص ٢٩٥ – ٢٩٦ .

٢- د/ أكثم الخولي – المرجع السابق ص ١٨٥ ، د/ جمال زكي – المرجع السابق ص ١٦١ .

المقبول" سواء كان عقوقا من الموهوب له أم حاجة يقع فيها الواهب أم ولدا يولد للواهب أم غير ذلك من الأعذار المقبولة"[1] .

بينما ذهب البعض الآخر " إلى أن العبارة المحذوفة ليست إلا تقريرا للقواعد العامة المقررة في هذا الشأن ، فيمكن اعمالها بالرغم من حذفها مع مراعاة القواعد التي تسري على الهبة بوجه خاص" [2] .

وهذا الرأي الأخير هو الرأي الأولى بالقبول ، وقد كان المقنن المصري غير سديد الرأي لأنه أقام الرجوع في الهبة على أساس نظرية الفسخ، والفسخ لا يقتصر أثره على العاقدين بل يتعداهما إلى الغير " ولا يقف عند الحاضر، بل يمتد إلى الماضي ، ويترتب على ذلك أن ما يرتبه الموهوب له من حقوق عينية [غير الرهن الرسمي ، والملكية] يكون معلقا إلى حد كبير على إرادة الطرفين في الهبة ، إذا شاءا أزالاه بالرجوع فيها وضاع حق الغير ، وفي هذا من الخطر الجسيم ما فيه على استقرار المعاملات، ولعل الشارع (المقنن) لم يفطن إلى هذه النتيجة المنطقية ، وإلا لكان قد تجنبها بمنع الرجوع بالتراضي من ان يستند أثره إلى وقت الهبة ، أو كان قد احتفظ بالحماية المقررة في المشروع التمهيدي للغير حسن النية"[3] .

وعلى أية حال فإنه لمعرفة آثار الرجوع في الهبة بالنسبة للغير: يجب التمييز بين ما إذا كان الموهوب قد تصرف في الشيء الموهوب له تصرفا نهائيا ببيع أو هبة أو بغير ذلك من العقود الناقلة للملكية ، أو كان قد رتب

١- د/ أكثم الخولي – المرجع السابق ص ١٨٥، د/ جمال العاقل – المرجع السابق ص ٢٥١ .

٢- د/ عبد الرزاق السنهوري – الوسيط ح٥ ص ٢١١ بند ١٥٣ .

٣- د/ جمال الدين زكي – المرجع السابق ص ١٦١ بند ٧٩ .

على الشيء الموهوب حقا عينيا كحق رهن أو حق ارتفاق أو حق انتفاع .. الخ مثل هذه الحقوق العينية ومن ثم وجب التفرقة بين الحالتين .

١٢١ ـ الحالة الأولى : تصرف الموهوب له في العين الموهوبة تصرفا نهائيا :-

يتفق القانون الوضعي مع حكم الفقه الإسلامي في هذا الصدد ، إذ أن تصرف الموهوب له في العين الموهوبة تصرفا نهائيا ببيع أو هبة أو اعتاق ... الخ مثل هذه الأسباب الناقلة لملكية العين الموهوبة أو المسقطة لها، يؤدي إلى كون الهبة لازمة ويمتنع الرجوع فيها، سواء كان الرجوع بالإرادة المنفردة للواهب أم بالتراضي أم بالتقاضي ، وسواء كانت العين الموهوبة عقارا أم منقولا ، ومن ثم فإن تصرف الموهوب له في العين الموهوبة تصرفا يخرجها عن ملكيته يعتبر قيدا مانعا من الرجوع[1]؛ ومن ثم لا يثور الأثر الرجعي للهبة أو أثر الرجوع في حق الغير لأنه ممتنع أصلا بحكم القانون .

١٢٢ ـ الحالة الثانية : ترتيب الموهوب له على العين الموهوبة حقا عينيا للغير :-

إذا رتب الموهوب له على الشيء الموهوب حقا عينيا للغير كحق ارتفاق أو حق رهن أو حق انتفاع : فإن القواعد العامة ـ لعدم وجود نص قانوني ـ تقضي بأن الشيء الموهوب إذا كان عقارا ، وترتب حق الغير على العقار بعد تسجيل صحيفة دعوى الرجوع في الهبة أو بعد تسجيل التراضي

١- د/ عبد الرزاق السنهوري – المرجع السابق ص ٢١٢ . د. بدر اليعقوب – المصدر السابق ص ٤٦٢.

على الرجوع فيها : فإن الواهب يسترد العقار الموهوب خاليا من كل حق للغير، ولا يسري حق الغير على الواهب في هذه الحالة ، ولا يستطيع إلا أن يرجع على الموهوب له بالتعويض طبقا للقواعد العامة؛ أما إذا كان الغير قد ترتب له حقه على العين الموهوبة قبل تسجيل صحيفة دعوى الرجوع فيها أو قبل تسجيل التراضي عليها: فإنه يجب التفرقة بين ما إذا كان الغير حسن النية أو سيئها :-

(أ) فإذا كان الغير حسن النية - أي لا يعلم بقيام عذر مقبول للرجوع في الهبة - فإن حقه يسري بالنسبة للواهب ، ولا يستطيع الأخير أن يسترد العقار الموهوب إلا مثقلا بالحق العيني المترتب للغير ، كما لا يستطيع الواهب أن يرجع على الموهوب له بتعويض عن هذا الحق .

(ب) وإذا كان الغير سيئ النية - أي يعلم بقيام عذر مقبول للرجوع في الهبة - وقت كسبه للحق العيني على العقار محل الهبة : فإن حقه لا يسري بالنسبة للواهب ، ويسترد الواهب العقار خاليا من حقوق الغير ، ويستطيع الأخير أن يرجع على الموهوب له بالتعويض طبقا للقواعد العامة .

أما إذا كان الشيء الموهوب منقولا وتم الرجوع في الهبة بالتراضي : فإن هذا الرجوع لا يؤثر في حقوق الغير ، ويسترد الواهب المنقول مثقلا بهذه الحقوق[1] .

فإذا كان الرجوع تم بالتقاضي : فإن الواهب يسترد الموهوب المنقول خاليا من كل حق للغير عليه؛ لأن فسخ الهبة قضاء يكون ذا أثر رجعي حتى بالنسبة للغير؛ "وهذا ما لم يكن الغير قد حاز حقه وهو حسن النية ، بأن كان

١- انظر فيما سبق د/ عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق ص ٢١٢ - ٢١٣ .

له حق انتفاع أو حق رهن حيازة مثلا وحاز المنقول لينتفع به أو ليرتهنه وهو حسن النية ، ففي هذه الحالة تكون الحيازة في المنقول سندا لحق الغير ولا يستطيع الواهب أن يسترد المنقول إلا مثقلا بهذا الحق." [1] .

١٢٣ ـ الموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في آثار الرجوع بالنسبة للغير :-

يتفق الفقه الإسلامي والقانوني الوضعي في القواعد العامة لآثار الرجوع في الهبة بالنسبة للغير الأجنبي ، حيث عرفنا أن كلاهما يقرر : ان تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفا نهائيا ناقلا للملكية يعد قيدا مانعا من الرجوع ، ومن ثم فإن الفقه الإسلامي ـ قبل القانون الوضعي ـ قد أضفى على الغير في هذه الحالة حماية بالغة تمشيا مع منهج الفقه الإسلامي في المحافظة على حقوق الغير وأمواله بنفس القدر الذي يحافظ به على حقوق المتعاقدين ، وقد كان الفقه الإسلامي أكثر نضجا وأدق أحكاما من حيث اسباغ الوصف الشرعي الصحيح على حق الغير هنا ، إذ اعتبر أن الرجوع هنا ممتنع أصلا لوجود مانع من موانعه، بينما يعتبر القانون الوضعي ـ في ظاهر نصوصه ـ أن الرجوع هنا ليس له أثر رجعي ، وهو خطأ قانوني فادح ـ أحسن الفقه صنعا في إصلاح هذا الخطأ حينما أسبغ وصف الامتناع من الرجوع بخروج الشيء الموهوب عن ملك الموهوب له استقاء من أحكام الفقه الإسلامي .

كما أن كلاهما يتفق في القواعد العامة المقررة بأن ترتيب الموهوب له على الشيء الموهوب حقا عينيا للغير حسن النية ـ قبل تسجيل صحيفة

١- انظر فيما سبق د/ عبد الرزاق السنهوري – المرجع السابق ص ٢١٣ ، وفي هذا المعنى من بدر اليعقوب – المصدر السابق ص ٤٦٢ .

الدعوى أو التراضي على الرجوع في نطاق القانون الوضعي - لا يؤثر في حق الغير الذي كسب هذا الحق ، ويعتبر اكتسابه لهذا لحق مانعا من الرجوع في الفقه الإسلامي ، ولا يعتبر كذلك في القانون الوضعي ، إذ يعود الشيء الموهوب إلى الواهب مثقلا بكل الحقوق العينية المترتبة عليه ، وهذا هو وجه الإختلاف بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي وهو اختلاف في المظهر لا الجوهر ، لأن حق الغير مصان من الإهدار في الحالتين .

ومع ذلك فإنه لا يسعنا إلا أن نقرر دون عناء أن مسلك الفقه الإسلامي في هذا الصدد كان مسلكا حميدا يجب النزول عليه من قبل القانون الوضعي؛ حيث يهتم الأخير بالشكليات الممقوتة في كثير من أحكام آثار الرجوع كتفريقه بين العقار والمنقول في الأحكام ، على النحو السابق ـ وتفريقه بين تسجيل صحيفة دعوى الرجوع أو التراضي عليه من عدمه في كثير من آثار الرجوع بالنسبة للغير ، وهي كلها أمور لا تعرفها الشريعة الإسلامية ، لأنها تؤدي إلى المنازعات أكثر من تأديتها للغرض المنشود فيها وهو توثيق الحقوق فوق؛ ما تكبده لأطراف الدعوى من جهد هم في غنى عنه ، ومن ثم يظهر مدى حسن ودقة الفقه الإسلامي في معالجته لمثل هذه الأمور على النحو السابق ذكره .

الخاتمه

أهم مقومات البحث ونتائجه

ربما كان توطئتي لهذا البحث بخاتمة أبين فيها مقومات البحث ونتائجه هو خطوة على الطريق في سبيل الوصول بموضوع البحث "انقضاء عقد الهبة بالإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي" إلى تلك الغاية المرجوة من كل بحث علمي ، ألا وهو إبراز الشريعة الإسلامية في صورتها الأصيلة، والفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، حتى تكون تلك الدراسة مساهمة متواضعة في تصحيح مسار النظام القانوني والاجتماعي في كل الأنظمة الدولية .

ولقد كانت دراستي لموضوع البحث ترتكز على مقومات معينة ، وانتهيت إلى النتائج الآتية :-

أولا: ثبت من البحث ان منهج الفقه الإسلامي يغاير منهج الفقه الوضعي في بعض الجزئيات التي تناولها البحث ، وهذا يؤكد مدى أصالة الفقه الإسلامي ، وأنه ذو نزعة استقلالية في منهجه واصطلاحاته ، وأحكامه ، فلم يأخذ عن غيره ، بل أخذ الغير عنه والسير في رحابه .

ثانيا: تختلف الفلسفة التي يقوم عليها نظام الفقه الإسلامي عن تلك الفلسفة التي يقوم عليها النظام القانوني في أي مجتمع ، حيث يكون هدف النظام القانوني هو تنظيم علاقات الأفراد بعضهم ببعض أو بالدولة، بينما يقوم النظام الفلسفي الإسلامي على فكرة توازن العلاقات الدينية

والدنيوية على أساس من الحق والعدل ومصالح العباد واستقرار المعاملات بين أفراد المجتمع .

ثالثا: لم يرد تعريف لماهية "الرجوع في العقد" في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، ويرجع ذلك إلى إهمال المصنفين القدامى والفقهاء المحدثين ـ في معظمهم ـ لهذا الموضوع مما حدا بنا إلى وضع تعريف للرجوع في العقد ـ ومن ثم الرجوع في عقد الهبة ، موضوع البحث ـ بأنه " نقض العقد القابل لذلك بالإرادة المنفردة لأحد العاقدين (الواهب في عقد الهبة) بشروط مخصوصة .

رابعا: يتفق الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في أن الإرادة المنفردة في كليهما صالحة لكي تكون أساسا لتصرف شرعي أو قانوني تترتب عليه آثار شرعية أو قانونية بما فيها الرجوع في عقد الهبة ، إلا أن مجال الإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي أوسع منه في الفقه القانوني؛ إذ يتجاوزه إلى مسافات تتسم بالسعة والشمول على نحو ما رأيناه في صلب البحث .

خامسا: ثبت من البحث أن الهبة قبل القبض هي عقد جائز في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي يجوز الرجوع فيه بالإرادة المنفردة للواهب.

سادسا: ثبت من البحث ان الهبة بعد القبض ـ في الرأي الراجح في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي - هي : عقد لازم؛ إلا أن الفقه الإسلامي كان أكثر دقة ووضوحا في النص على لزوم الهبة بالقبض بمعايير وضوابط دقيقة؛ بينما كان مسلك القانون الوضعي شائكا ومضطربا

حين أراد التوفيق بين قواعد الشريعة الإسلامية وبعض الأحكام المقتبسة من القوانين الأجنبية على نحو ما رأيناه في صلب البحث .

سابعا: بينت في البحث أن فقهاء المسلمين ذهبوا في جواز الرجوع في الهبة المقبوضة مذاهب ثلاثة .

الأول: ما ذهب إليه الحنفية والإمام زيد: وهو أن الرجوع في الهبة المقبوضة بالإرادة المنفردة للواهب لا يجوز إلا إذا كانت من الوالد لولده وبشرط أن يحتاج الواهب إلى المال الموهوب للإنفاق على نفسه ، وإذا كانت الهبة لأجنبي لا يتم الرجوع حينئذ إلا بالتراضي أو التقاضي لعذر يقبله القاضي .

الثاني: ما ذهب إليه فقهاء المالكية والشافعية وجمهور علماء المدينة والصحيح عند الحنابلة والشيعة : أن الرجوع لا يجوز في الهبة إلا فيما ورد فيه نص وهو هبة الوالد لولده وإن سفل فقط .

الثالث : ما ذهب إليه بعض الفقهاء وهو ان الرجوع في الهبة لا يجوز مطلقا سواء كانت لولد الواهب أم لأجنبي .

ثامنا: ثبت من البحث أن القانون الوضعي المصري والكويتي والفرنسي لا يقر الرجوع في الهبة المقبوضة إلا بالتراضي أو التقاضي ولعذر مقبول يقبله القاضي ، وإن كان القانون الفرنسي ذهب في هذا الصدد إلى أن الهبة بين الأزواج هي دائما عقد جائز يجوز الرجوع فيه دون قيد ، ولم يعرف القانون الفرنسي حتى الآن جواز الرجوع في الهبة بالإرادة المنفردة حتى ولو كانت من الوالد لولده إلا لأعذار محددة في القانون على سبيل الحصر، ومن هذا يتبين مدى دقة وحسن صياغة

أحكام الرجوع في الهبة وبيانه على أساس منطقي صحيح في الفقه الإسلامي عنه في القانون الوضعي تحقيقا للعدالة واستقرار المعاملات.

تاسعا: يتفق الفقه الإسلامي والقانون الوضعي - بوجه عام - في موانع الرجوع في الهبة (القيود التي ترد على حق الرجوع في الهبة) وإن كان القانون الكويتي قد استحدث مانع : الهبة إذا كانت من الأم وكان ولدها يتيما وقت الرجوع - وهو مانع لا يوجد في القانون المصري على وجه ما جاء به في القانون الكويتي .

عاشرا: يتفق الفقه الإسلامي في أحد اتجاهاته مع القانون المصري في آثار الرجوع فيما بين الطرفين والغير على نحو ما بيناه في حينه ، بينما ذهب القانون الكويتي مذهب غالب فقهاء المسلمين إلى أن الرجوع في الهبة ليس له أثر رجعي فيما بين المتعاقدين ، وهو خلاف ما ذهب إليه القانون المصري والاتجاه الأول في الفقه الإسلامي على نحو ما بيناه في موضعه .

وفي النهاية : أرجو من الله عز وجل أن يكون قد أدركني بتوفيقه ورعايته، إنه نعم المولى ونعم النصير .

وصلى اللهم على سيدنا محمد وعلى آله

وصحبه وسلم تسليما كثيرا .

ثبت بأهم المصادر

أولا : القرآن الكريم

ثانيا : من كتب التفسير وعلوم القرآن :

١- تفسير القرآن العظيم للإمام الجليل الحافظ / عماد الدين أبو الفداء إسماعيل بن كثير ط١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م .

ثالثا : من كتب الحديث وعلومه

١- سنن الحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني بن ماجة ط١٣٧١هـ - ١٩٥٢م .

٢- السنن الكبرى للإمام الحافظ أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي - ط دار الفكر .

٣- سبل السلام لمحمد بن إسماعيل الكحلاني الصنعاني - شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام لأحمد بن حجر السقلاني - الطبعة الرابعة - ١٣٧٩هـ - ١٩٦٠م .

٤- صحيح البخاري : لأبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري - ط مطبعة صبيح .

٥- المنتقى : شرح موطأ الإمام مالك - ط١٣٣٢هـ .

٦- مسند الإمام أحمد بن حنبل - دار المعارف ١٩٤٢م .

٧- نيل الأوطار منتقى الأخبار لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني ط١٣٤٠هـ .

رابعا : من كتب أصول الفقه

- المستصفى من علم الأصول للإمام أبي حامد الغزالي ط١٣٢٢هـ .

خامسا : من مراجع اللغة العربية

١- لسان العرب : للعلامة أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكـــرم بـــن منظور ط١٣٧٦هـ - ١٩٥٦م المطبعة الأميرية .

٢- مختار الصحاح للرازي ط المطبعة الأميرية ١٣٤٥هـ - ١٩٢٦م .

٣- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للعلامة أحمد بن محمد بـــن علي المقري الفيومي - ط المطبعة العلمية ١٣١٥ - ١٣١٦هـ .

سادسا : من مراجع المذاهب الفقهية :-

أ- المذهب الحنفي :

١- البحر الرائق شرح كنز الدقائق للعلامة زين الدين بن نجم ط١٣٣٤هـ ، وطبعة المطبعة العلمية .

٢- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لعلاء الدين أبي بكر بـــن مســعود الكاساني ط١٣٢٨هـ ، ط١٩٧١م .

٣- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي ط المطبعة الأميرية ببولاق ١٣١٥هـ .

٤- حاشية رد المختار على الدر المختار لمحمد أمين الشهير بابن عـابدين ط مصطفى البابي الحلبي ١٣٨٦هـ - ١٩٦٦م .

٥- الدر المختار شرح تنوير الأبصار مطبوع مع حاشية بن عابدين سـالفة الذكر .

٦- فتح القدير للكمال بن الهمام ط١٣١٦هـ .

٧- الفتاوي الهندية لمجموعة من علماء الهند ط١٣١٨هـ .

٨- المبسوط للإمام أبي بكر شمس الدين محمد السرخســي - ط مطبعـة السعادة ١٣٣٤هـ .

٩- مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر لعبد الله بن محمد بن سليمان المعروف برامادا أفندي - ط بيروت .

ب- المذهب المالكي :

١- بداية المجتهد ونهاية المقتصد لمحمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد (الحفيد) ط١٩٧٥م .

٢- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للشيخ / شمس الدين محمد عرفة الدسوقي - ط مطبعة عيسى البابي الحلبي ، طبعة ١٢٢٩هـ ، ط١٣٠٩هـ .

٣- شرح الخرشي على مختصر خليل لأبي عبد الله محمد محمد الخرشي - الطبعة الثانية ١٣١٧هـ .

٤- مواهب الجليل بشرح مختصر خليل لمحمد بن عبد الرحمن المعروف بالحطاب - ط مطبعة السعادة ١٣٥٩هـ .

ج- المذهب الشافعي :

١- الأم : للإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي - ط١٣٨١هـ .

٢- حاشيتا قليوي وعميرة : للإمامين شهاب الدين القليوبي ، والشيخ / عميرة ط١٣٥٣هـ - الطبعة الثانية - مصطفى الحلبي .

٣- مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج : للشيخ / محمد الشربيني الخطيب ط١٣٥٢هـ - ١٩٣٣م .

٤- المجموع وشرح المهذب : لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي ط مطبعة إدار الطباعة المنيرية .

٥- المهذب : لأبي إسحاق الشيرازي ط١٣٧٩هـ - ١٩٥٥م .

٦- الميزان الكبرى . لعبد الوهاب بن أحمد بن علي الأنصاري الشافعي المعروف بالشعراني - ط١٣٥٩هـ - ١٩٤٠م .
٧- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج : لشهاب الدين الرملي - ط١٣٥٧هـ - ١٩٣٨ .

د- المذهب الحنبلي :

١- شرح منتهى الإرادات لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي ط١٣٦٦هـ - ١٩٤٧م .
٢- كشاف القناع : للبهوتي ط١٣١٩ - ١٣٢٠هـ .
٣- المغني : لموفق الدين أبي محمد بن عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة - ط مطبعة المنار بمصر ١٣٤٧هـ .

هـ- المذهب الظاهري :

المحلى لابن حزم - ط بيروت .

و- مذهب الشيعة الزيدية :

البحر الزخار : الجامع لمذاهب علماء الأمصار لأحمد بن يحيى بن المرتضى - ط١٣٦٧هـ - ١٩٤٨م .

ز- مذهب الشيعة الإمامية :

١- المختصر النافع : لأبي القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلبي ط١٣٧٦هـ .

ح- مذهب الأباضية :

١- شرح النيل وشفاء العليل : للشيخ / محمد أطفيش - ط١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م .

سابعا : كتب القواعد الفقهية :

١- الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان - تأليف الشيخ / زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم - ط١٣٨٧هـ - ١٩٦٨م .

٢- الأشباه والنظائر في قواعد وفروق فقه الشافعية للإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي ، ط عيسى البابي الحلبي .

٣- القوانين الفقهية لابن جزي - ط بيروت .

٤- القواعد في الفقه الإسلامي لابن رجب الحنبلي - ط١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م .

ثانيا : مؤلفات حديثة في الفقه الإسلامي :

١- الشيخ / أحمد إبراهيم - المعاملات الشرعية المالية ط١٣٥٥هـ - ١٩٣٦م .

٢- الشيخ / أحمد أبو الفتح : المعاملات في الشريعة الإسلامية والقوانين العربية - ط١٣٤٠هـ - ١٩٢٢م .

٣- الأستاذ الدكتور / حسن علي الشاذلي - نظرية الشرط في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون - ط دار الاتحاد العربي للطباعة .

٤- فضيلة المرحوم الشيخ / علي الخفيف .

أ- التصرف الإداري والإرادة المنفردة ط١٩٦٤م .

ب- أحكام المعاملات الشرعية - ط١٩٦٤م .

ت- مختصر أحكام المعاملات الشرعية - ط١٩٧٤م .

٥- فضيلة المرحوم الشيخ / عبد الوهاب خلاف - علم أصول الفقه - الطبعة الثامنة (بدون تاريخ) .

٦- فضيلة المرحوم الدكتور / عيسوي أحمد عيسوي - المدخل للفقه الإسلامي - ط مطبعة دار التأليف .
٧- فضيلة المرحوم الشيخ / محمد أبو زهرة - الملكية ونظرية العقد - ط١٩٧٧م .
٨- فضيلة المرحوم الدكتور / محمد سلام مدكور - نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء - بحث مقارن - ط١٩٦٥م .
٩- فضيلة الأستاذ الدكتور / محمد مصطفى الزرقا - المدخل الفقهي العام إلى الحقوق المدنية في البلاد السورية ط١٣٧١هـ - ١٩٥٢م .

تاسعا : المراجع والكتب القانونية :

١- الأستاذ الدكتور / أحمد سلامة - مذكرات في نظرية الالتزام - الكتاب الأول - مصادر الالتزام - ط١٩٧٨م .
٢- الأستاذ الدكتور / أحمد فهمي أبو سنة - النظرية العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية ط١٣٨٧هـ - ١٩٦٧م .
٣- الأستاذ الدكتور / إسماعيل غانم - النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام - ط١٩٦٨م .
٤- الأستاذ الدكتور / أنور سلطان - النظرية العامة للالتزام ط١٩٦٢م .
٥- الأستاذ الدكتور / أكثم أمين الخولي - العقود المسماة - ط١٩٥٧م .
٦- الأستاذ الدكتور / بدر جاسم اليعقوب - عقد الهبة في القانون المدني الكويتي ط١٩٨٦م .
٧- الأستاذ الدكتور / جميل الشرقاوي - مصادر الالتزام ط١٩٧٤م .
٨- الأستاذ الدكتور / جمال الدين طه العاقل - عقد الهبة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني - ط١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م .

٩- الأستاذ الدكتور / حشمت أبو ستيت - نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد - ط١٩٥٤م .
١٠- حسين عامر - إلغاء العقد - ط١٩٥٣م .
١١- الأستاذ الدكتور / حلمي بهجت بدوي - أصول الالتزامات - ط١٩٤٨م.
١٢- الأستاذ الدكتور / صوفي أبو طالب - مبادئ تاريخ القانون ط١٩٦٧م .
١٣- الأستاذ الدكتور / عبد الرزاق السنهوري :
أ- الوسيط في شرح القانون المدني ط١٩٥٢م ، ط١٩٦٤م ، ط١٩٦٨م .
ب- النظرية العامة للالتزام (نظرية العقد) ط١٩٣٤م .
ت- مصادر الحق في الفقه الإسلامي - ط١٩٦٨م .
١٤- الأستاذ الدكتور / عبد المنعم فرج الصدة .
أ- مصادر الالتزام ط١٩٥٨م .
ب- نظرية العقد في قوانين البلاد العربية (آثار العقد وانحلاله) ط١٩٦٠م.
ت- أصول القانون ط١٩٦٥م .
١٥- الأستاذ الدكتور / عبد المنعم البدراوي :
أ- النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري - ط١٩٧٥م .
ب- مصادر الالتزام - ط١٩٧٨م .
١٦- الأستاذ الدكتور / عبد الناصر توفيق العطار :
أ- نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية ط١٩٧٥م .
ب- أحكام العقود في الشريعة الإسلامية والقانون المدني (عقد البيع) ط١٩٧٦م .

١٧- الأستاذ الدكتور / عبد الحي حجازي - النظرية العامة للالتزام - ط١٩٥٤م .
١٨- الأستاذ الدكتور / علي راشد - مبادئ القانون الجنائي - الطبعة الثالثة.
١٩- الأستاذ الدكتور / لبيب شنب - مصادر الالتزام - ط٧٦ - ١٩٧٧م .
٢٠- محمود جمال الدين زكي :
أ- دروس في النظرية العامة للالتزام ط١٩٦٦م .
ب- العقود المسماة - ط١٩٦٠م .
٢١- الأستاذ الدكتور / محمد كامل مرسي : شرح القانون المدني الجديد (الالتزامات) ط١٣٧٣هـ - ١٩٥٤م ، والعقود المسماة - ط١٩٥٤م.
٢٢- الأستاذ الدكتور / محمد حسني عباس : العقد والإرادة المنفردة ط١٩٥١م .
٢٣- الأستاذ الدكتور / محمود نجيب حسني - دروس في قانون العقوبات (القسم العام) - ط١٩٥٧م .
٢٤- الأستاذ الدكتور / محمود مصطفى - شرح قانون العقوبات (القسم العام) ط١٩٦٠م - ١٩٦١م .

عاشرا : الرسائل العلمية :

١- دكتور / حسن الزنون - النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني - ط١٩٤٦م .
٢- دكتور / سعيد أحمد الزهاوي - التعسف في استعمال حق الملكية في الشريعة والقانون - ط١٩٧٥م .
٣- دكتور / شفيق شحاتة - النظرية العامة للالتزام في الشريعة الإسلامية (نظرية الالتزام) - ط١٩٣٦م .

٤- دكتور / علي مرعي / فسخ العقد في الشريعة الإسلامية - (على الآلة الضاربة) ط١٩٧٢م .

٥- دكتور / عبد الستار عبد الكريم أبو غدة - الخيارات وأثرها في التصرفات - ط١٩٧٥.

حادي عشر : البحوث والمقالات :

- التزام التبرعات : لفضيلة الشيخ / أحمد إبراهيم - بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد - السنة الثالثة - العدد الأول - يناير ١٩٣٤م .

ثاني عشر : الدوريات والأحكام :

أ- مجلة العلوم القانونية والاقتصادية - تصدر عن كلية الحقوق بجامعة عين شمس - مصر .

ب- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري .

ت- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني الكويتي .

ث- المذكرة التفسيرية للقانون المدني المصري والكويتي .

ج- مجموعة القواعد القانونية - نقض مصري في خمسة وعشرين عاما ١٩٣١ - ١٩٥٢ .

ح- مجموعة أحكام النقض المدني المصري الذي يصدرها المكتب الفني بمحكمة النقض المصرية .

خ- مجموعة عمر (محمود عمر) .

د- مجموعة أحكام محكمة التمييز الكويتية .

ذ- مرشد الجيران لمحمد قدري باشا .

ر- مجلة الأحكام العدلية وشرحها لعارف السويدي ط١٩٢٢م .

ز- مجموعات الأحكام القضائية الفرنسية .

Receuerls : Dallos et sirey
Zagette de palais

فهرس البحث

الفصل الثاني

الفصل الثالث