

جامعة الأزهر

كلية الشريعة والقانون بالقاهرة

الدراسات العليا

قسم الفقه المقارن

﴿موانع الرجوع في الهبة﴾

دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

رسالة ماجستير

إعداد

الباحث / حسن محمد محمد أحمد بودي

المعيد بكلية الحقوق جامعة طنطا - قسم الشريعة الإسلامية -

إشراف

أ. د / سعد الدين مسعد هلالى

أ. د / لاشين محمد يونس الغياتى

الأستاذ المساعد بقسم الفقه المقارن

أستاذ القانون المدنى

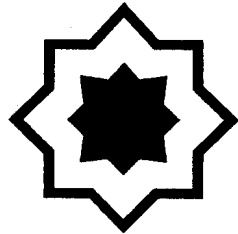
وعميد كلية الدراسات الإسلامية والعربية بدمياط

وعميد كلية الشريعة والقانون بطنطا

١٤١٧ هـ - ١٩٩٦ م

إلى والدي رحمه الله

فله على فضل كبير أعجز عن الوفاء به.
إليه أهدى هذا العمل حباً له واعترافاً بفضله.



شكر وتقدير

لا يسعنى إزاء هذا العمل المتواضع، والمقدم إلى كلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر بالقاهرة إلا أن أتقدم بخالص شكرى وتقديرى إلى أساتذتى الذين لازمونى، وبذلوا معى الجهد والطاقة حتى خرج هذا البحث وفى مقدمتهم فضيلة أستاذى الأستاذ الدكتور /**لاشين محمد يونس الغايانى**/ مشرفاً قانونياً، وفضيلة أستاذى الأستاذ الدكتور /**سعد الدين مسعد دلالى**/ مشرفاً شرعياً، فقد لازماني فى بحثى وكان لتوجيهاتها ونصائحها أثر بالغ فى سلوكى ومنهجى.

فالله أسأل أن يطيل عمرهما ويمنحهما الصحة والعافية، وينفع بهما الإسلام والمسلمين إنه سميع مجيب.

وأخيراً فإن كنت قد وفقت بفضل من الله ونعمة وإن كانت الأخرى فحسبى أنى أخلصت القصد والعمل ﴿وَمَا تَوْفِيقِي إِلَّا بِاللَّهِ عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ أُنِيبُ﴾ (١)

الباحث

حسن محمد محمد أحمد بودى

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿المقدمة﴾

أحمد الله حمد الشاكرين، وأصلى وأسلم على أشرف الخلق أجمعين سيدنا محمد النبي الأمي الأمين،
إمام المرسلين، وخاتم النبيين، وشفيع المذنبين ﷺ وعلى آله وأصحابه الطيبين الطاهرين الذين آمنوا
بدعوته وصدقوا برسالته، فتمسكوا بها وساروا على منهاجها، وعملوا على الحفاظ عليها بالدفاع عنها
واتباع سننها والسير على منوالها والعمل بأحكامها من مفروض ومحدود ومسنون، رائدهم في هذا هو
الدستور الخالد معجزة سيد الخلق كتاب الله العزيز الذي لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلقه
تنزيل من حكيم حميد. من أجل هذا كتب الله لهم العزة، والجلال والهيبة ففازوا بسعادة الدارين، فرض
الله عنهم وأرضاهم أجمعين.

وبعد

فإن الله سبحانه وتعالى قد قبض لهذه الأمة رجالاً منهم من قضى نحبه ومنهم من ينتظر في سبيل
الحفاظ على الإسلام، فكان لهم دوراً بارزاً في الحفاظ على العقيدة، والفكر الصحيح المنبثق من كتاب
الله تعالى وسنته نبيه ﷺ حتى استشعر المجتمع الإسلامي حكماً ومحكومين أن الفقه الإسلامي لم
يترك صغيرة ولا كبيرة إلا وقد بين لها الحكم الشرعي بياناً وافياً، وقد ساعدتهم في ذلك بعد توفيق الله
تعالى ما لهم من آفاق واسعة، وأفكار نيرة، ومناقشات علمية.

وتقليداً لسلفنا أود أن أسهم بهذا الجهد المتواضع تحت عنوان (موانع الرجوع في الهبة) دراسة
مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

ولهذه الدراسة المقارنة أهمية بالغة في وقتنا الحاضر حيث أصبحت مبادئ الشريعة الإسلامية
مصدراً رئيسياً للتشريع في مصر بموجب المادة الثانية من الدستور الدائم لجمهورية مصر العربية
الصادر سنة ١٩٧١ هذا بالإضافة إلى أن غالبية الدساتير العربية تقرر مثل هذا الحكم.

سبب اختياري لهذا الموضوع ومنهج البحث فيه

(أ) سبب اختياري لهذا الموضوع

إنبنى اختياري لهذا الموضوع على ثلاث ركائز وهى :

(١) إلقاء الضوء على أن الشريعة الإسلامية ليست قائمة على العبادة المحضة، وإنما هى شريعة شاملة لأمر الدنيا والآخرة وصدق الله إذ يقول فى كتابه العزيز ﴿قَدْ جَاءَكُمْ مِنَ اللَّهِ نُورٌ وَكِتَابٌ مُبِينٌ يَهْدِي بِهِ اللَّهُ مَنِ اتَّبَعَ رِضْوَانَهُ سُبُلَ السَّلَامِ فَيُخْرِجُهُم مِنَ الظُّلُمَاتِ إِلَى النُّورِ بِإِذْنِهِ وَيَهْدِيهِمْ إِلَى صِرَاطٍ مُسْتَقِيمٍ﴾ (١).

(٢) إظهار مبدأ من مبادئ التكافل التى حض عليها الإسلام ورجب فيها غرساً لأواصر الود والمحبة بين أفراد المجتمع، ونبدأ للضعف والأحقاد بينهم وصدق رسول الله ﷺ إذ يقول فيما رواه أبو هريرة رضي الله عنه : تهادوا تحابوا (٢).

(٣) إعطاء موانع الرجوع فى الهبة كحكم من أحكام عقد الهبة قدراً كافياً من البحث والدراسة حيث لم ينل هذا القدر لدى من تناول أحكام الهبة مجتمعة.

(ب) منهج البحث فى هذا الموضوع

إن موضوع هذا البحث قد جعلنى أبحث وأنقب فى ثمانية مذاهب وهى الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية، والإمامية، والزيدية، مع الإشارة إلى مذهب الإباضية، وبيان أقوال الصحابة والتابعين من خلال تلك المذاهب، ومقارنة الجميع بما نص عليه المقنن المدنى المصرى وعلق عليه شراح القانون.

وقد التزمت الحيطة، فلم أرجح من هذه الأقوال إلا ما يشهد له الدليل القاطع، أو يقويه الظن الغالب، لقوة حجة أو رجحان تعليل مع مراعاة أن يكون الأسلوب سهلاً حتى يستبين للقارئ ما يصبو إليه دون كبد أو عناء.

لاشعور به
سبب

١- سورة المائدة الآية (١٥).

٢- السنن الكبرى للبيهقى ١٦٩/٦ ط. دار المعارف العثمانية.

أما عن محتويات هذا الموضوع، فبعد ما سبق من مقدمة أحتوت على أهمية الموضوع ومنهج البحث فيه، فإنها تشتمل على تمهيد وبيان وخاتمة وذلك على النحو الآتى :

أولاً : التمهيد ويشتمل على بيان لكل من لفظى المانع والرجوع

ثانياً : الباب الأول : التعريف بالهبة وأحكام الرجوع فيها

وفيه فصلان

الفصل الأول : التعريف بالهبة

وفيه أربعة مباحث

المبحث الأول : تعريف الهبة.

المبحث الثانى : مشروعية الهبة والتميز بينها وبين العقود التى تشبهها.

المبحث الثالث : أنواع الهبة.

المبحث الرابع : أركان الهبة.

الفصل الثانى : أحكام الرجوع فى الهبة

وفيه ثلاثة مباحث

المبحث الأول : حكم الرجوع فى الهبة.

المبحث الثانى : كيفية الرجوع فى الهبة.

المبحث الثالث : الآثار التى تترتب على الرجوع فى الهبة.

الباب الثانى : موانع الرجوع فى الهبة

وفيه أربعة فصول

الفصل الأول : مانع العوض

وفيه مبحثان

المبحث الأول : العوض المائى.

المبحث الثانى : العوض غير المائى

وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول : القرابة

المطلب الثانى : الزوجية

المطلب الثالث : الصدقة.

الفصل الثانى : مانع زيادة الموهوب

وفيه مبحثان

المبحث الأول : حكم الرجوع مع الزيادة المتصلة.

المبحث الثانى : حكم الرجوع مع الزيادة المنفصلة.

الفصل الثالث : مانع الخروج عن الملك

وفيه ثلاثة مباحث

المبحث الأول : هلاك الموهوب.

المبحث الثانى : تصرف الموهوب له فى الشىء الموهوب.

المبحث الثالث : موت أحد المتعاقدين.

الفصل الرابع : مانع تعلق الهبة بحقوق الغير

وفيه مبحثان

المبحث الأول : نكاح أو مداينة الموهوب له.

المبحث الثاني : مرض أحد المتعاقدين.

خامساً الخاتمة : وتشتمل على أهم النتائج التي توصلت إليها من خلال هذا البحث.

﴿ التمهيد ﴾

ويشتمل على بيان كل من لفظي المانع والرجوع

أولاً : المانع

المانع فى اللغة مشتق من المنع، هو أن تحول بين الرجل وما يريد، وهو خلاف الإعطاء، يقال : منعه يمنعه منعاً، ومنعه فامتنع منه وتمنع.

والمانع من صفات المولى جل وعلا، فهو يعطى من يشاء ويمنع من يشاء وهو العادل فى جميع ذلك، أو أن المعنى أن الله تعالى يمنع أهل دينه أى : يحوطهم وينصرهم، وقيل : يمنع من يريد من خلقه ما يريد ويعطيه ما يريد، ومن هنا يقال : فلان فى منعة أى : فى قوم يحمونه ويمنعونه (١).

أما المانع فى الاصطلاح : فينقسم إلى مانع حكم، ومانع سبب.

أما مانع الحكم : فهو كل وصف وجودى ظاهر منضبط مستلزم لحكمة مقتضاها بقاء نقيض حكم السبب، كالأبوة فى باب القصاص مع القتل العمد العدوان.

أما مانع السبب : فهو كل وصف وجودى يخل وجوده بحكمه السبب يقيناً، كالدين فى باب الزكاة مع ملك النصاب (٢).

وقيل المانع : ما يلزم من وجوده العدم، ولا يلزمه من عدمه وجود ولا عدم لذاته (٣).

كالنجاسة فإن وجودها فى بدن المصلى، أو ثوبه يلزم منه عدم وجود الصلاة، لأن الطهارة شرط فى صحتها، أما عدمها، فلا يلزم منه وجود الصلاة ولا يلزم منه عدمها، لأن طاهر الثوب والبدن إذا توضأ فقد يصلى بهذا الوضوء وقد لا يصلى به.

علاوة على ذلك
لا يخل

١- لسان العرب مادة (منع) ٤٢٧٦/٦، ط. دار المعارف، والمصباح المنير ٧٩٨/٢ ط. الأميرية.

٢- ينظر : الإحكام فى أصول الأحكام، للأمدى ١٧٥١/١ ط. دار الكتاب العربى، إرشاد الفحول إلى تحقيق علم الأصول ٦١، ٦٠/١ ط. المدنى.

٣- المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل من ٦٨ ط. إدارة الطباعة المنيرية.

وأرى ترجيح التعريف الأول، لأنه يفرق بين مانع للحكم، ومانع لسبب.

فالمانع للحكم : هو الأمر الذي يترتب على وجوده عدم ترتيب الحكم على سببه مع تحقق السبب، كالشبهة المانعة من إقامة الحد، وكالأبوة المانعة من القصاص عند الجمهور إذا وجد السبب وهو القتل العمد العدوان.

أما المانع للسبب : فهو الأمر الذي يلزم من وجوده عدم تحقق السبب، كالدين فإنه مانع من وجوب الزكاة، لكونه مانعاً من تحقق السبب وهو ملك النصاب، لأن ملك النصاب دليل الغنى، والدين لا يتحقق به غنى، فلا يصلح لترتيب الحكم عليه، لأن ما يقابل الدين ليس مملوكاً للمدين في الحقيقة، لتعلق حق الدائنين به (١).

ومما تجدر الإشارة إليه أن المانع من أقسام الحكم الوضعي فالحكم الوضعي هو خطاب الله تعالى الوارد بجعل الشيء سبباً، أو شرطاً، أو مانعاً، أو فاسداً، أو رخصة، أو عزيمة.

وهذا التعريف هو المختار للآمدى والغزالي والشاطبي (٢).

ثانياً : الرجوع

الرجوع لغة : الانصراف، يقال رجع يرجع رجوعاً ومرجعاً : إذا انصرف، ورجعه رده. والرجعة مراجعة الرجل أهله.

ورجعت الكلام وغيره : رددته، ورجع في الشيء عاد فيه، ومن هنا قيل : رجع في هيبته إذا أعادها إلى ملكه (٣).

أما الرجوع في البديعي : فهو نقض الكلام السابق (٤).

١- ينظر الموافقات في أصول الشريعة للشاطبي ٢٦٦/١ ط. دار الفكر.

٢- ينظر الإحكام للآمدى (١٧٢/١) وما بعدها، الموافقات للشاطبي ١٨٧/١، المستصفى للغزالي ص ٩٣، ٩٨ ط. الأميرية.

٣- لسان العرب مادة (رجع) ٩٥، ٩٤/٣، المصباح المنير ٢٩٨/١.

٤- الكليات (معجم في المصطلحات والفروق اللغوية لأبي البقاء الكفوي) ٣٩١/٢ ط. منشورات وزارة الثقافة والإرشاد القومي.

أما في الاصطلاح : فإن الفقهاء يستعملون الرجوع بمعنى استعماله عند أهل اللغة، فمن استعماله :
بمعنى الرد والنقض معاً قولهم : "ويحصل الرجوع برجعت فيما وهبت أو استرجعته أو رددته إلى
ملكى أو نقضت الهبة" (١).

ومن استعماله بمعنى النقض فقط قولهم : "يحصل الرجوع بالقول كنقضت الوصية" (٢).

ومن استعماله بمعنى الرد فقط قولهم : "ولكل من المستعير والمعير رد العارية متى شاء" ورد
المعير بمعنى رجوعه (٣).

ما يستعمل من الألفاظ مرادفاً للفظ الرجوع

يستعمل الفقهاء كلًّا من الفسخ، والنقض، والرد، والإبطال، استعمال الرجوع ويمكن ايضاح ذلك على
النحو الآتى :

(أ) الفسخ

الفسخ لغة : هو النقض والرفع والإزالة : يقال فسخت العقد فسخاً أى : رفعته، وفسخت البيع
والأمر أى:نقضتهما، وفسخت المفصل عن موضعه أى:أزلته (٤).

أما في الاصطلاح : فهو رفع العقد من الأصل (٥).

وأسبابه خمسة : إما الاتفاق أو التراضى ومنه الإقالة وإما الخيار، وإما عدم اللزوم، وإما استحالة
تنفيذ أحد الالتزامات المتقابلة، وإما الفساد (٦).

١- ينظر : مغنى المحتاج ٤٠٣/٢ ط. مصطفى البابى الحلبي.

٢- ينظر : بدائع الصنائع ٣٩٤/٧ ط. دار الحديث، مغنى المحتاج ٧١/٣.

٣- ينظر : حاشيتنا قلوبى وعميرة ٢١/٣ ط. محمد على صبيح.

٤- المصباح المنير ٦٤٦/٢.

٥- تبين الحقائق ١٩٧/٤ ط. دار المعرفة.

٦- ينظر : الموسوعة الفقهية الصادرة من وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية ١٣٣/٣٢ ط. مطابع دار
الصفوة.

وقد استعمل الفقهاء الرجوع بمعنى الفسخ من ذلك قولهم (الرجوع فسخ العقد بعد تمامه) (١).
وقولهم : الرجوع فى الوصية أن يقول رجعت أو فسخت (٢).

(ب) النقض

النقض : هو إفساد ما أبرمت من عقد أو بناء، وهو ضد الإبرام يقال : نقضت البناء، أى هدمته،
ونقضت الحبل، أى حللت برمه (٣).

وقد استعمل الفقهاء الرجوع بمعنى النقض، ومن ذلك قولهم : (ويحصل الرجوع بالقول كنقضت
الوصية) (٤).

(ج) الرد

الرد : هو صرف الشئ ورجعه، يقال : رد عليه الشئ إذا لم يقبله وردت عليه الوديعة، وردته
إلى منزله فارتد إليه، وترددت إل فلان، أى : رجعت إليه مرة بعد مرة، وتراد القوم البيع، أى
ردوه (٥).

والفقهاء أحياناً يستعملون الرجوع والرد بمعنى واحد فمن عباراتهم : "يكون الرجوع فى الوصية
بالقول، كرجعت فى وصيتى أو أبطلتها ونحوه كردتها (٦). كما يقولون : (ولكل من المستعير والمعير
رد العارية متى شاء، ورد المعير بمعنى رجوعه (٧).

١- بدائع الصنائع ١٢٨/٦ ط. دار الحديث.

٢- كشف القناع ٣٤٨/٤ ط. دار الفكر.

٣- المصباح المنير ٨٥٤/٢.

٤- ينظر : بدائع الصنائع ٣٩٤/٧، مغنى المحتاج ٧١/٣ ط. مصطفى البابى الحلبي.

٥- المصباح المنير ٣٠٦/١.

٦- شرح منتهى الايرادات ٥٤٥/٢ ط. المكتبة السلفية.

٧- قليوبى وعميرة ٢١/٣ ط. محمد على صبيح.

(د) الإبطال

الإبطال : هو ذهاب الشيء ضياعاً وخسراً ومنه قوله تعالى ﴿وَبَطَّلَ مَا كَانُوا يَعْمَلُونَ﴾ (١).
وقوله ﴿لِيُحَقِّقَ الْحَقَّ وَيُبْطِلَ الْبَاطِلَ﴾ (٢).

وبطل يبطل بطلا وبطلاناً، بضم الأوائل، أى : فسد، أو سقط حكمه، وجمعه بواطل، وقيل : يجمع أباطيل على غير قياس (٣).

وقد استعمل الفقهاء الرجوع بمعنى الإبطال ومن ذلك قولهم : "الرجوع فى الوصية إبطال لها" (٤).
وقولهم : ﴿وتبطل الوصية بقول الموصى رجعت فى وصيتى أو أبطلتها﴾ لأنه صريح فى الرجوع (٥).
وقولهم : "إن قال موص رجعت فى وصيتى أو قال أبطلتها ونحوه كردتها أو غيرتها أو فسختها بطلت" (٦).

١- سورة الأعراف الآية (١١٨).

٢- سورة الأنفال الآية (٨).

٣- المصباح المنير ٧٢/١، تاج العروس مادة (بطل) ٢٢٩/٧ ط. دار ليبيا للنشر والتوزيع.

٤- بدائع الصنائع ٣٩٤/٧.

٥- كشف القناع ٣٤٨/٤.

٦- شرح منتهى الأيرادات ٥٤٥/٢ ط. المكتبة السلفية.

﴿الباب الأول﴾

﴿التعريف بالهيئة وأحكام الرجوع فيها﴾

﴿الفصل الأول﴾

﴿التعريف بالهيئة﴾

وفيه مباحث

المبحث الأول : تعريف الهيئة.

المبحث الثاني : مشروعية الهيئة والتمييز بينها وبين العقود التي تشبهها.

المبحث الثالث : أنواع الهيئة.

المبحث الرابع : أركان الهيئة.

﴿المبحث الأول﴾

﴿تعريف الهبة﴾

معنى الهبة لغة

الهبة لغة : العطية الخالية عن الأعضاض والأغراض، ومن ذلك قوله تعالى ﴿يَهَبُ لِمَن يَشَاءُ إِنِثَاءً وَيَهَبُ لِمَن يَشَاءُ الذُّكُورَ﴾ (١).

والهبة إذا كثرت يسمى صاحبها وهاباً، وهو من أبنية المبالغة، يقال : رجل وهاب وهابه أى يكثر الهبة (٢).

معنى الهبة فى الاصطلاح

أولاً الهبة عند الحنفية

عرف الحنفية الهبة بأنها "تمليك العين بغير عوض" (٣).

بيان مفردات التعريف

قولهم "تمليك" جنس فى التعريف يشمل كل تمليك، سواء كان تمليكا بعوض أم بغير عوض، وسواء كان تمليكا لذات أم تمليكا لمنافع.

وإضافة الملك إلى العين من إضافة المصدر إلى مفعوله، وهو قيد فى التعريف خرج به تمليك المنافع، كالإجارة والإعارة ونحوهما.

وقولهم : "بلا عوض" قيد آخر فى التعريف خرج به البيع، وسائر عقود المعاوضات (٤).

١- سورة الشورى الآية (٤٩).

٢- لسان العرب، مادة (وهب) ٤٩٢٩/٦ ط. دار المعارف، مختار الصحاح مادة (وهب) ص٧٦٣ ط. المركز الإسلامى للطباعة والنشر، المصباح المنير ص٩٢٨ ط. الأميرية بالقاهرة.

٣- البحر الرائق ٢٨٤/٧ ط. دار المعرفة، مجمع الأنهر ٣٥٢/٢ ط. دار إحياء التراث، الدرر الحكام ٢١٦/٢ ط. أحمد كامل.

الاعتراضات الواردة على التعريف

اعترض على تعريف الحنفية بأنه غير مانع، وغير جامع

أما كونه غير مانع، فلأنه يشمل الوصية بالمال، فهي تملك عين بغير عوض مع ذلك فهي لا تعتبر هبة، كما يشمل الصدقة وهي غير الهبة. وأما كونه غير جامع، فلأنه لا يشمل هبة الثواب، لأنها بعوض، ولا يشمل هبة الدين لغير المدين، لأنه غير مملوك للواهب وقت الهبة.

وقد أُجيب عن كون التعريف غير مانع بالآتي :

أن المتأخرين من الحنفية قد عرفوا الهبة بتعريف خاص يبين الغرض المقصود منها فقالوا : "الهبة تملك العين بلا عوض في الحال" وهو قيد درج عليه كثير من متأخري الحنفية وزادوه دفعاً لهذا الاعتراض.

أما تعريف الهبة بأنها "تمليك العين بلا عوض" فهو تعريف المتقدمين من الحنفية وهو تعريف بالأعم، لأن الغرض من التعريف هو تصور المعرف بوجه عام، وبهذا يبطل القول باشمال التعريف على الوصية بالمال. أما اشمال التعريف على الصدقة فإنه لا يضر، لأن الصدقة نوع من الهبة.

أما الاعتراض بكون التعريف غير جامع فقد أُجيب عنه بالآتي

أن عدم شمول التعريف لهبة الثواب، وهبة الدين لغير المدين قول فيه نظر، لأن المراد بالعين في التعريف ما كان عيناً حالاً أو مالاً، وهبة الدين لغير المدين جائزة إذا ما أمره الواهب بقبضه استحساناً، لأن العين هنا وإن كانت غير حاضرة إلا أنها موجودة مآلاً. أما هبة الثواب فهي داخلة في التعريف، لأن معنى قولهم : (بلا عوض) أي ليس العوض من لازمها ومطرداً فيها، اللهم إلا إذا جعلت الباء للملابسة متعلقة بمحذوف حالاً من تملك، فإنه يلزم ما ذكر من خروج هبة الثواب، يكون معنى قولهم : (بلا عوض) أي بلا شرط عوض سواء عوضه من تلقاء نفسه، أو لا، أما الهبة بشرط العوض (الثواب) فهي هبة ابتداءً بيع انتهاءً (١)، ومن ثم لا يضر خروجها عن التعريف (٢).

٤- ينظر مراجع الحنفية السابقة.

١- يرى الإمام أبو حنيفة ومحمد أن الهبة بشرط العوض تبرع في الابتداء معاوضة في الانتهاء، ويرى الإمام زفر أنها معاوضة ابتداءً وانتهاءً، ينظر بدائع الصنائع ٦/١٣٢ ط. دار الحديث.

ثانياً : الهبة عند الملكية

عرف الملكية الهبة بأنها تملك من له التبرع ذاتاً تنقل شرعاً بلا عوض لأهل بصيغة أو ما يدل عليه (١).

بيان مفردات التعريف

قولهم (تمليك) جنس في التعريف كما سبق.

والمقصود (بمن له التبرع) في التعريف، هو الحر البالغ العاقل غير المحجور عليه، وهو قيد أول خرج به تملك من لا يصح تبرعه، كالصبي والمجنون، والرقيق، والسفيه ومن أحاط الدين بماله، وكذا المريض، والزوجه فيما زاد على ثلث مالهما.

وقولهم : (ذاتاً) قيد ثان خرج به تملك المنافع، كالإجارة والإعارة، والوقف.

وقولهم : (تنقل شرعاً) قيد ثالث خرج به تملك ما لا يرد عليه النقل شرعاً كأم الولد والمكاتب.

وقولهم : (بلا عوض) قيد رابع خرج به تملك الذات بعوض، كالبيع، وسائر أنواع المعاوضات ومنها هبة الثواب، لاشتغالها على العوض، فالتعريف لغير هبة الثواب.

وقولهم : (لأهل) أى : المستحق وهو قيد خامس في التعريف خرج به من ليس أهلاً للتمليك كالحرَج.

والمراد بالصيغة في قولهم : (بصيغة) الصيغة الصريحة، وهى الإيجاب والقبول وقولهم : (أما يدل عليه) أى : ما يدل على التملك وإن بمعاطاه (٢).

٢- تكملة رد المحتار ٢٩٤/٦ ط. دار إحياء التراث العربى.

١- الشرح الصغير مع حاشية الصاوى ٤٣١/٥ ط. عيسى البابى الحلبي.

٢- الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٨٨/٤ ط. دار الفكر، بلغة السالك ٣١٢/٢ ط. مصطفى البابى الحلبي، الشرح الصغير مع حاشية الصاوى ٤٣١/٥، ٤٣٢.

ثالثاً : الهبة عند الشافعية

عرف الشافعية الهبة بأنها "تمليك عين بلا عوض حال الحياة تطوعاً"

وهذا التعريف يتفق مع تعريف متأخرى الحنفية مع زيادة لفظ (تطوعاً) لإخراج الواجبات كالزكاة والكفارات، إذ هي واجبة، وإخراج النذر، لأنه واجب بعد الالتزام به (١).

رابعاً : الهبة عند الحنابلة

عرف الحنابلة الهبة بأنها "تمليك جائز التصرف مالا معلوماً أو مجهولاً تعذر علمه موجوداً مقدوراً على تسليمه غير واجب في الحياة بلا عوض بما يعد هبة عرفاً من لفظ هبة وتمليك ونحوهما" (٢).

بيان مفردات التعريف

قولهم : "مالا معلوماً" عام يشتمل المنقول والعقار .

وقولهم : (معلوماً أو مجهولاً) صفة لمال، ولفظ (أو) في التعريف لا يضر، لأنها ليست للشك، وإنما هي للتتويج كقول النحاه : (الكلمة إما اسم أو فعل أو حرف).

والضمير في قولهم : (تعذر علمه) يعود إلى المجهول، والمجهول الذي يتعذر علمه، كأن يختلط مال اثنين على وجه لا يتميز، فوهب أحدهما للآخر ماله، فإنه هبته تقع صحيحة.

وقولهم : (موجوداً) خرج به الموصوف في الذمة كالسلم، لكونه غير موجود في الحال.

وقولهم : (مقدوراً على تسليمه) قيد في التعريف خرج به المال غير المقدور على تسليمه، كالسهم في الماء، والطير في الهواء.

وقولهم : (غير واجب) أي غير واجب على المكلف، وهو قيد في التعريف خرج به ما إذا وهب لأبيه أو أمه أو غيرهما ممن تجب عليه نفقته، وخرج به كل مال أو جبه المكلف على نفسه، كمن نذر

١- مغنى المحتاج ٢/٣٩٦، ٣٩٧ ط. مصطفى البابي الحلبي، أسنى المطالب ٢/٤٧٨ ط. المكتبة العصرية، زاد المحتاج ٢/٤٢٣ ط. المكتبة العصرية.

٢- كشف القناع ٤/٣٩٨ ط. دار الفكر، هداية الراغب لشرح عمدة الطالب ص ٤١١ ط. المدني.

ماله للفقراء والمساكين، فإنه لما ألزم نفسه بذلك أصبح واجباً عليه، فلا يصح إطلاق لفظ الهبة عليه لذلك.

وقولهم : (بما يعد هبة من لفظ هبة وتمليك ونحوهما) قيد في التعريف خرج به ما لا يعد هبة كلفظ بعت وشترت (١).

خامساً : تعريف الهبة عند الإمامية

عرف الإمامية الهبة بأنها (العقد المقتضى تمليك عين من غير عوض تمليكا منجزاً مجرداً عن القرية) (٢).

بيان مفردات التعريف

قولهم : (تمليكا منجزاً) يخرج الوصية، لأنها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، بخلاف الهبة فهي تصرف منجز حال الحياة.

وقولهم : (مجرداً عن القرية) يخرج الصدقة، لكونها مشروطه بالقرية إلى الله سبحانه وتعالى.

ويأخذ على هذا التعريف إخراج الصدقة بزيادة عبارة (مجرداً عن القرية) لأن الصدقة عقد يقتضى تمليك عين من غير عوض تمليكا منجزاً، فوجب أن يتناولها التعريف باعتبارها نوع من الهبة أختص بالقرية إلى الله تعالى.

سادساً : تعريف الهبة عند الزيدية

عرف الزيدية الهبة بأنها : (تمليك عين في الحياة من غير عوض لا يختص بالقرية) (٣).

ويأخذ على هذا التعريف ما أخذ على تعريف الإمامية السابق.

١- كشف القناع ٤/٢٩٨، وشرح منتهى الايرادات ٢/٥١٧، ٥١٨ ط. أنصار السنة المحمدية.

٢- شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ١/٢٢٩ ط. دار الأضواء بيروت لبنان.

٣- البحر الزخار ٤/١٣١ ط. دار الحكمة اليمنية.

سابعاً : تعريف الهبة عند الإباضية

عرف الإباضية الهبة بأنها (تمليك بلا عوض) (١).

ويؤخذ على هذا التعريف أمران

أحدهما : أن الهبة تمليك للأعيان، والتمليك الوارد في التعريف يتناول تمليك الأعيان وتمليك المنافع، كالإعارة والوقف.

الثاني : أن هذا التعريف لم يفرق بين الهبة والوصية، فكلاهما تمليك بغير عوض، ويفترقا في أن الهبة تصرف في الحال والوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت.

ثامناً : تعريف الهبة في القانون المدني المصري

أوردت المادة (٤٨٦) من القانون المدني تعريفاً لعقد الهبة في العبارات الآتية :

- ١- (الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض).
- ٢- (ويجوز للواهب دون أن يتجرد عن نية التبرع أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين).
- فمن خلال الفقرة الأولى والثانية من المادة سالفة الذكر يتبين أن الهبة تقوم على مقومات أربعة :
- ١- أنها عقد بين الأحياء.
- ٢- أنها عقد بموجبه يتصرف الواهب في مال يملكه.
- ٣- أنها عقد بلا عوض، ولا يخل بهذه الصفة حصول الواهب على مقابل للهبة من الموهوب له طالما كان هذا المقابل أقل قيمة من الموهوب.
- ٤- أنها عقد بموجبه يتصرف الواهب في مال له (٢).

١- كتاب النيل وشفاء العليل ١٢/٥ ط. دار التراث العربي.

٢- د. / محمد كامل مرسى - شرح القانون المدني الجديد (العقود المسماة) - ١٧/٢ ط. دار البيان العربي، د. / عبد الرازق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - ٣/٥ وما بعدها، د/ أحمد محمد إبراهيم - القانون المدني معلقاً على نصوصه الأعمال التحضيرية وأحكام القضاء وآراء الفقهاء - ص ٥٤٦ ط. دار المعارف

وجدير بالذكر أن المادة (٤٨٦) مدنى مصرى كانت تقابلها المادة (٦٥٩) من المشروع التمهيدي للقانون المدنى الحالى وهى تعرف الهبة بأنها (عقد يتصرف بمقتضاه الواهب فى مال له دون عوض، ويكون من شأن هذا التصرف أن يثرى الموهوب له).

وفى لجنة المراجعة استبعدت العبارة الأخيرة (ويكون من شأن هذا التصرف أن يثرى الموهوب له). بحجة عدم الحاجة إلى ذكرها (١).

وقد اختلفت آراء الفقهاء إزاء هذا الحذف فذهب بعضهم (٢) إلى ضرورة الإبقاء على هذه العبارة حتى لا تختلط الهبة بالكفالة العينية، فالكفيل العينى يتصرف فى ماله دون عوض وهو لا يعد واهباً وإن كان متبرعاً، حيث إن الهبة بالكفالة العينية لا تتحقق إلا فى حالة قيام الكفيل العينى بالوفاء بالدين المطلوب وتنازل عن مطالبة المدين بالمبلغ الذى وفاه للدائن، وفى هذه الحالة يعد التنازل عن المطالبة بالمبلغ الذى دفعه هبة غير مباشرة لا كفالة عينية.

ويسترسل صاحب هذا الرأى قائلاً : (أنه قد تبين من المذكرة الإيضاحية أن المشرع الوضعى قد أبصر بحقيقة عقد الهبة وأنه قد خانه الصواب فى وضع تعريف مانع لها فذكر أن الهبة تشترك مع سائر التبرعات فى أنها تجعل الموهوب له يثرى دون عوض، ولكنها تنفرد بخاصية هى أنها من أعمال التصرف، فالواهب يلتزم بنقل ملكيته دون مقابل، كما أضاف أطراف أن الهبة عقد يتم فى حال الحياة، كى يميزها عن الوصية والتي هى تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، أما الهبة لما بعد الموت فإنها تختلف عن الوصية، لأنه لا يجوز الرجوع فيها إلا حيث يجوز الرجوع فى الهبة، ومن ثم فهى باطلة ويكون الشئ الموهوب لورثة الواهب).

فى حين يرى البعض الآخر (٣) أن حذف عبارة (ويكون من شأن هذا التصرف أن يثرى الموهوب له) لا يودى إلى خلط الهبة بغيرها من التصرفات، كالكفالة العينية، وذلك لأن الواهب يتصرف فى ماله دون عوض ومقتضى ذلك أن يكون الواهب ملتزماً بنقل حق عينى إلى الموهوب له بحسب الأصل وهذا يتحقق بالتصرف المباشر حيث يقوم الواهب بنقل ملكية الشئ الموهوب إلى الموهوب له مباشرة،

أولى ١٩٦٤، وانظر : مجموعة الأعمال التحضيرية ٢٤٤/٤. ط. مذكور بالقاهرة.

١- مجموعة الأعمال التحضيرية ٢٤٤/٤ ط. مذكور بالقاهرة.

٢- د./ محمود جمال الدين زكى -العقود المسماة- ص ٦٣، ٦٤ ط. دار الفكر.

٣- د./ عبد الرازق السنهورى -المرجع السابق- ص ١٠، ١١.

وهذا بخلاف الكفالة العينية، لأن الكفيل العيني وإن كان يتصرف في ماله بنقله عيناً مملوكة له برهن ضماناً لدين شخص آخر إلا أنه لا يكون ملزماً بنقل حق عيني أصلي سواء إلى الدائن أو إلى المدين.

يضاف إلى ذلك أنه في حالة نزع ملكية العين المحملة بالرهن وفاء للدين يكون من حق الكفيل الرجوع على المدين بما أداه عنه، فإذا نزل عن هذا الحق فإنه يكون متبرعاً به، لا بحق الرهن الذي أتقل به العين، ومن ثم فإن التصرف لا يعتبر هبة وإن كان يعتبر تبرعاً.

الترجيح

بعد عرض تعريفات الفقهاء وما ورد عليها من اعتراضات، فإنى أرى ترجيح ما ذهب إليه المالكية، وهو أن الهبة (تمليك من له التبرع ذاتاً تنقل شرعاً بلا عوض لأهل بصيغة أو ما يدل عليه).

وذلك للأسباب الآتية :

١- ورد في تعريف الحنفية والشافعية والإمامية لفظ (تمليك عين) ولفظ عين، مشترك لفظي، إذ أن العين قد تكون عين ماء، وقد تكون عيناً باصرة، وقد تكون عيناً ذهبية أو فضية، والتعريفات يجب أن تصان عن الاشتراك.

٢- ذكر الحنابلة أن الهبة (تمليك صادر ممن له التصرف...) والتصرف لفظ عام، فالصغير والسفيه لا تصح الهبة الصادرة منهما، لعدم أهلية التبرع، في حين يصح التصرف الصادر منهما إذا كان تصرفاً نافعاً، كقبول الهبة.

٣- قيد الشافعية الموهوب بكونه (غير واجب)، بينما قيده الحنابلة بكونه (مقدوراً على تسليمه)، أما الإمامية فقيده بكونه (منجزاً ومجرداً عن القرية)، واقتصر الزيدية على (القرية) في حين لم يقيده الحنفية والإباضية بشيء.

وإذا كان تقييد التعريف أولى من إطلاقه فإن تقييد الملكية الشيء الموهوب بكونه (ذاتاً تنقل شرعاً لمن هو أهل لاستحقاقها) هو أفضل تقييد وذلك لأمرين :

الأمر الأول : أن الذى يقبل النقل شرعاً هو الذى يصح تملكه شرعاً، كما هو واضح من إخراج المحترزات، فى حين أن صحة التمليك الشرعى قد تتخلف مع القيود الأخرى التى ذكرها الفقهاء، كما لو كان الموهوب أم ولد.

الأمر الثانى : أن من هو أهل للهبة يُخرج من ليس أهلاً لها، كالحرب وكذا هبة العبد المسلم والمصحف للذمى، فى حين يتخلف هذا القيد فى التعريفات الأخرى.

لهذا كله كان الراجح فى نظرى هو ما ذهب إليه المالكية.

وبالموازنة بين التعريف الذى أورده القانون المدنى المصرى فى المادة (٤٨٦) والتعريفات التى أوردها فقهاء الشريعة الإسلامية يتبين لنا أن تعريف القانون المدنى المصرى تعريف قاصر إذ أنه لا يمنع من دخول الصدقة ^{الوصية} وكان الأخرى بالقانون المدنى أن يضيف إلى التعريف الذى أورده عبارة (حال حياة الواهب) حتى يميز الهبة عن الوصية والتى هى تصرف مضاف إلى ما بعد الموت.

﴿المبحث الثانى﴾

﴿مشروعية الهبة والتمييز بينها وبين العقود التى تشبهها﴾

وفيه مطلبان

المطلب الأول

مشروعية الهبة

(أ) أدلة مشروعية الهبة

الهبة عقد مشروع، وقد دل على مشروعيته الكتاب، والسنة، والإجماع، والمعقول.

١ - الكتاب

قوله تعالى ﴿فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ وَنَبِيئًا مَرِيئًا﴾ (١).

فالله سبحانه وتعالى قد أباح الأكل عن طريق الهبة، وإباحة الأكل عن طريق الهبة دليل على جوازها.

٢ - السنة

ورد فى السنة المطهرة أكثر من دليل على جواز الهبة نختار منها ما يأتى :

أ- ما روى عن أبى هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (تهادوا تحابوا) (٢).

فقد أخبر الرسول صلى الله عليه وسلم أن الهدية وهى نوع من الهبة تجلب الود والمحبة، وهذا دليل على استحبابها.

ب- ما روى عن عائشة رضى الله عنها قالت : (كان النبى صلى الله عليه وسلم يقبل الهدية وينيب عليها) (٣).

١- سورة النساء الآية (٤).

٢- السنن الكبرى للبيهقى ١٦٩/٦ ط. دار المعارف العثمانية.

٣- الحديث رواه أحمد، والبخارى، وأبو دواد، والترمذى : انظر : نيل الأوطار ٥/٦ ط. دار التراث، وانظر سنن أبى دواد ٢٩٠/٣ -تحقيق- محى الدين عبد الحميد ط. المكتبة العصرية، سنن الترمذى ٣٢٨/٤ ط.

ج- ما روى عن علي رضي الله عنه قال : (أهدى كسرى لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقبل منه وأهدى إليه قيصر فقبل وأهدى له الملوك فقبل منها) (١).

فالنبي صلى الله عليه وسلم قبل الهدية حتى من الكافر، وكل ما جاز في حق النبي صلى الله عليه وسلم جاز في حق أمته ما دام لم يتم الدليل على خصوصيته به.

٣- الإجماع

نقل الثقة من الفقهاء إجماع المسلمين في كل عصر وفي كل مصر على جواز الهبة واستحبابها بجميع أنواعها حيث لم يترتب عليها حرام أو مكروه، لأنها سبب التواد والتحاب والترحم قال تعالى : ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ (٢) (٣).

٤- المعقول

أن الهبة تذهب الضغائن والأحقاد، وتؤلف القلوب على المحبة، وتدلل على كرم الأخلاق، وطهارة الأعراق، بالإضافة إلى أنها باب من أبواب الإحسان واكتساب سبب التواد بين الإخوان، وكل ذلك مندوب إليه بعد الإيمان، ولا يكون الشيء مندوباً إلا إذا كان مشروعاً (٤).

غير أن هذا الندب قد يعرض له الوجوب، كالهبة للمضطر، وقد يعرض له الحرمة، كالهبة لمن يعين على المعاصي مثل الزنا وشرب الخمر، وقد يعرض له الكراهة، كما لو قصد الواهب من هبته الرياء والفخر أمام الناس (٥).

دار الحديث.

١- الحديث رواه أحمد، والترمذي : انظر : نيل الأوطار ٢/٦، وانظر : مسند الإمام أحمد بن حنبل ١١١/٢ - تحقيق- أحمد شاکر ط. دار الحديث.

٢- سورة المائدة الآية (٢).

٣- ينظر : الهداية شرح بداية المبتدى ٢٤٤/٣، تبیین الحقائق ٩١/٥، الحاوی الكبير ٥٣٤/٧ ط. دار الكتب.

٤- المبسوط ٤٧/١٢، تبیین الحقائق ٩١/٥، زاد المحتاج ٤٣٣/٢ ط. المكتبة العصرية.

٥- ينظر : حاشية العدوی وشرح الخرشي ١٠١/٧ ط. دار صادر بيروت.

(ب) حكمة مشروعية الهبة

شرعت الهبة لعظم فاندتها، فهي تعد باباً من أبواب التعاون على البر والتقوى قال تعالى ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾ (١) كما أنها تزيل الضغائن والأحقاد، وتزيد من تأليف القلوب، وتجلب الود والمحبة وصدق رسول الله ﷺ إذ يقول فيما رواه أبو هريرة رضي الله عنه : (تهادوا تحابوا) (٢).

والهبة من صفات الكمال فقد وصف المولى جل وعلا نفسه بها فقال في كتابه العزيز منكرأ على الكافرين ومخبراً عن نفسه : ﴿أَمْ عِنْدَهُمْ خَزَائِنُ رَحْمَةِ رَبِّكَ الْعَزِيزِ الْوَدَّابِ﴾ (٣).

فالإنسان إذا باشر الهبة اكتسب بها أشرف الصفات وأنبأها بما فيها من الجود والكرم، وإزالة شح النفس وبخلها، وإدخال البهجة والسرور على قلب الموهوب له، فتقوى بها الصلوات وتزداد بها أوامر الود والمحبة، فمن دأب عليها وحرص على فعلها فقد كفى نفسه شرها وواقاها شحها فكان بذلك إن شاء الله من المفلحين، لقول رب العالمين : ﴿وَمَنْ يَبُوقْ شُحِّ نَفْسِهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ﴾ (٤).

١- سورة المائدة الآية (٢).

٢- الحديث سبق تخريجه في ص٤

٣- سورة ص الآية (٩).

٤- سورة الحشر الآية (٩).

المطلب الثانى

التمييز بين الهبة وبين ما يشبهها من العقود

الإباحة، والوصية، والعارية، والوقف، عقود تشتهر مع الهبة فى صفة التبرع، ولكنها تختلف عنها فى أمور نوردتها على النحو الآتى :

أولاً : الفرق بين الهبة والإباحة

الإباحة فى اللغة : الإحلال يقال : أبحتك الشيء أى : أحلته لك.

وأباح الرجل ماله، أذن فيه بالأخذ والترك.

والمباح خلاف المحظور (١).

أما فى الاصطلاح : فهى الإذن بإتيان الفعل كيف شاء الفاعل (٢).

ويقصد علماء أصول الفقه بالإباحة ما خير فيه الشارع بين الفعل والترك، فلا هو مدح على الفعل ولا ذم على الترك (٣).

وليس المقصود من الإباحة هنا الإباحة من الشارع كما يقصد علماء الأصول، لأن الإباحة على هذا النحو حكم شرعى، وإنما المقصود من الإباحة هى الإباحة من العباد، كأن يضع شخص مائدة كى يأكل منها من يأذن له فى الأكل (٤).

والإباحة على هذا النحو تختلف عن الهبة فى أمور هى :

١- أن الهبة عند الجمهور تتوقف على الإيجاب والقبول، بخلاف الإباحة فهى تتوقف على الإذن من المالك.

١- لسان العرب مادة (بوح) ٣٨٤/١، المصباح المنير ٩١/١.

٢- التعريفات للجرجاني الحنفى ص ٢٩ ط. عالم الكتب.

٣- الموافقات فى أصول الشريعة للشاطبى ١٠٩/١ ط. دار الفكر العربى.

٤- حاشية البيجيرمى على الخطيب ٣٩١/٣ ط. مصطفى البابى الحلبي.

٢- يحق للموهوب له أن يتصرف فى الشئ الموهوب بكل أنواع التصرفات، بخلاف المباح له فلا يحق له أن يتصرف إلا فى حدود ما أبيع له.

٣- أن الهبة لا تكون إلا ذاتاً، بخلاف المباح فقد يكون ذاتاً وقد يكون منفعة.

ثانياً : الفرق بين الهبة والوصية

الوصية فى اللغة : مأخوذة من الوصاية وهى العهد، يقال : أوصى الرجل، ووصاه أى : عهد إليه(١).

أما فى الاصطلاح :

فقد عرفها الحنفية بأنها (تمليك مضاف إلى ما بعد الموت) (٢).

وعرفها المالكية بأنها (عقد يوجب حقاً فى ثلث عاقده يلزم بموته أو نيابة عنه) (٣).

وعرفها الشافعية بأنها (تبرع بحق مضاف ولو تقديراً لما بعد الموت وليست تبرع بتدبير ولا تعليق عتق وإن التحق بها حكماً) (٤).

وعرفها الحنابلة بأنها (الأمر بالتصرف بعد الموت) (٥).

فهذه التعريفات وإن اختلفت ألفاظها إلا أنها متفقة على أن الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت.

وإذا كانت الوصية تتفق مع الهبة فى صفة التبرع، إلا أنها تختلف عنها فى أمور هى :

١- الهبة تصرف حال الحياة، والوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت.

١- لسان العرب مادة (وصى) (٤٨٥٣/٦، المصباح المنير ٩١٢/٢).

٢- مجمع الأنهر ٦٩٠/٢.

٣- شرح الخرشي وحاشية العدوى ١٦٧/٨.

٤- أسنى المطالب ٢٩/٣.

٥- كشاف القناع ٣٣٥/٤.

٢- يصح للإنسان أن يهب جميع ماله ما دام صحيحاً، بخلاف الموصى (بالكسر) فلا يصح له أن يوصى بأكثر من ثلث التركة إلا بإجازة الورثة.

٣- الهبة لا يجوز الرجوع فيها عند الجمهور باستثناء الوالد فيما وهب لولده، بخلاف الوصية فيجوز الرجوع فيها مادام الموصى (بالكسر) حياً.

٤- الهبة تصح للوارث، بخلاف الوصية.

ثالثاً : الفرق بين الهبة والعارية

الإعارة فى اللغة : مأخوذة من التعاور، وهو التدول والتناوب مع الرد.

والإعارة مصدر أعار، والاسم منه العارية، وتطلق على الفعل والشئ المعار (١).

أما فى الاصطلاح :

فقد عرفها الحنفية بأنها (تمليك المنافع بغير عوض) (٢).

وعرفها المالكية بأنها (تمليك منفعة مؤقتة بلا عوض) (٣).

وعرفها الشافعية بأنها (إباحة منفعة ما يحل الانتفاع به مع بقاء عينه) (٤).

وعرفها الحنابلة بأنها (الانتفاع بعين من أعيان المال) (٥).

وهى عقد جائز باتفاق الفقهاء، فيجوز لكل من المعير والمستعير رد العارية متى شاء لما روى عن

أبى أمامه رضي الله عنه أنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول فى خطبة عام حجة الوداع : العارية مؤداه

١- تاج العروس مادة (عور) ٤٣٠/٣.

٢- الهداية شرح بداية المبتدى ٢٢٠/٣.

٣- الشرح الصغير وحاشية الصاوى ٣٦/٥.

٤- البيجيرمى على الخطيب ١٢٨/٣.

٥- المغنى والشرح الكبير ٣٥٤/٦.

والزعيم غارم والدين مقضى (١).

غير أن رد العارية مقيد بعدم إلحاق الضرر بالمستعير، لقوله صلى الله عليه وسلم فيما رواه ابن عباس رضى الله عنهما : "لا ضرر ولا ضرار" (٢).

فلوا أعاره أرضاً يزرعها فلا يرجع فيها وقت الحصاد، وإنما عليه إن ينتظر بياض الأرض (٣).

ويرى الشافعية أن المعير إذا اشترط على المستعير قلع الزرع أو هدم البناء كان له ذلك ورجع فى العارية عملاً بشرطه لما روى عن كثير بن عبد الله المزنى عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو شرطاً أحل حراماً (٤).

ولأن المستعير رضى بالضرر فعليه أن يتحمل ما أدخله على نفسه.

ويجوز للمعير إذا لم يشترط القلع أو الهدم أن يبذل القيمة للمستعير ويرجع فى العارية.

فإذا لم يشترط القلع أو الهدم ولم يبذل القيمة للمستعير وجب عليه الانتظار رفعا للضرر (٥).

وعلى ضوء ما تقدم يمكن التفريق بين الهبة والعارية وذلك على النحو الآتى :

١- الهبة ترد على العين، والإعارة ترد على المنفعة.

٢- الهبة تصح فيما يستهلك كالأطعمة والدرهم والدنانير، بخلاف العارية، لأنها مردودة والرد لا يتحقق مع الاستهلاك (٦).

١- سنن الترمذى ٥٥٦/٣ الحديث رقم ١٢٦٥ ط. دار الحديث.

٢- المسند للإمام أحمد بن حنبل ٣١٣/١.

٣- ينظر : الهداية شرح بداية المبتدى ٢٣٠/٣، حاشية الصاوى والشرح الصغير ٤٦/٥، المهذب ٣٦٣/١، المبدع فى شرح المقنع ١٣٩/٥.

٤- السنن الكبرى للبيهقى ٧٩/٦.

٥- ينظر المهذب ٣٦٣/١، ٣٦٤.

٦- البناية فى شرح الهداية ٧٨٦/٧، شرح منح الجليل ٤٨٩/٣.

٣- يصح للموهوب له وطو الجارية الموهوبة، بخلاف المستعير، لأن الفروج لا تعار (١).

٤- الهبة إذا هلك عند الموهوب له لا يضمنها، لأنه مالك لها، بخلاف العارية فضمنها على المستعير محل خلاف بين الفقهاء وهذا الخلاف مبنى على اعتبار يد المستعير على العارية هي يد ضمان أم هي يد أمانة؟ (٢).

رابعاً : الفرق بين الهبة والوقف

الوقف لغة : الحبس، يقال : وقف الأرض على المساكين وقفاً، أى : حبسها عليهم.

ويطلق الوقف على السكون، يقال : وقفت الدابة تقف وقفاً ووقوفاً، أى سكنت.

كما يطلق على المنع، يقال : وقفت الرجل عن الشيء وقفاً، أى : منعته عنه (٣).

أما الوقف فى الاصطلاح :

وقد عرفه الحنفية بأنه (حبس العين على ملك الواقف والتصديق بالمنافع) (٤).

وعرفه المالكية بأنه (إعطاء منفعة شىء مدة وجوده لازماً بقاؤه فى ملك معطيها ولو تقديراً) (٥).

وعرفه الشافعية بأنه (حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف فى رقبته على مصرف مباح) (٦).

وعرفه الحنابلة بأنه (تحبيس الأصل وتحبيس المنفعة) (٧).

فإذا كان الوقف يرد على المنافع كما هو واضح من التعريفات السابقة فهل الملك فى الشىء

١- شرح منح الجليل ٣/٤٩٠، زاد المحتاج ٢/٢٩٤.

٢- البداية فى شرح الهداية ٧/٧٨٠، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٥/٤١، زاد المحتاج ٢/٢٩٥، كشف القناع ٤/٧٢.

٣- لسان العرب مادة (وقف) ٦/٤٨٩٨، والمصباح المنير ٢/٩٢٢.

٤- الدرر الحكام ٢/١٣٢.

٥- شرح منح الجليل ٤/٣٤.

٦- حواشى الشروانى ٦/٢٣٥.

٧- المبدع فى شرح المقنع ٥/٣.

الموقوف يبقى على ملك الواقف، أم ينتقل بالوقف إلى الله تعالى؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

فيرى الإمام أبو حنيفة والمالكية أن الوقف يبقى على ملك الواقف (١).

ويرى الشافعية في الأصح عندهم، والحنابلة في القول الظاهر، أبو يوسف ومحمد من الحنفية أن ملكية الوقف تنتقل بالوقف إلى الله تعالى فيمتنع على الواقف التصرف فيه ويلزم التبرع بريعه على جهة الوقف (٢).

وبعد هذا العرض الموجز يمكن أن نستخرج الفارق بين الهبة والوقف وذلك على النحو الآتي :

١- أن الهبة ترد على الذات، بخلاف الوقف فهو يرد على المنفعة.

٢- أن الهبة يفسدها التوقيت، بخلاف الوقف فيجوز توقيته عند بعض الفقهاء (٣).

٣- أن الهبة تؤدي إلى زوال ملك الواهب، بخلاف الوقف إذ يبقى الموقوف على ملك الواقف، وقيل

: ينتقل الملك بالوقف إلى الله تعالى (٤).

١- الهداية شرح بداية المبتدى ١٣/٣، جواهر الإكليل ٢/٢٠٥.

٢- ينظر مغنى المحتاج ٢/٣٧٦، ورضة الطالبين ٥/٤٢، الكافي ٢/٤٥٥، الهداية شرح بداية المبتدى ٣/١٣.

٣- شرح الصغير وحاشية الصاوى ٥/٣٨٥.

٤- الهداية شرح بداية المبتدى ٣/١٣، ١٤، زاد المحتاج ٢/٤٢٨.

المبحث الثالث

أنواع الهبة

تقديم

الهبة جنس لكل تملك حال الحياة بغير عوض، وهذا التملك قد يكون عطية، وقد يكون صدقة، وقد يكون هدية، وقد يكون عمرى، وقد يكون رقبى، وقد يكون منحة، وقد يكون نقوطاً، وهذه الأنواع معروفة ومشهورة فى الفقه الإسلامى.

وبالإضافة إلى هذه الأنواع فهناك نوعان آخران درج العرف الحاضر عليهما وهما :

أ- نوع من الهبة يلزم الخاطب بتقديمه لمخطوبته ويسمى عرفاً (شبكة).

ب- نوع من الهبة يعطى للعامل بعد استيفاء أجره ويسمى عرفاً (وهبة أو بقشيش).

وهذان النوعان المذكوران لا على سبيل الحصر، فقد تكون هناك أنواع أخرى ولكنها تفتقد إلى الاستفاضة العرفية، كما قد تستحدث أنواع أخرى فى المستقبل.

وجدير بالذكر أن هذه الأنواع باعتبارها عقود مستقلة يجب أن تتوافر فيها الأركان العامة للعقد، وهو الإيجاب والقبول عند الحنفية والعاقدان والمعقود عليه والصيغة عند الجمهور، والتراضى والمحل والسبب فى القانون المدنى المصرى.

وسنبين هذه الأركان مفصلة فى المبحث الرابع من هذا الباب.

أما عن أنواع الهبة فسنكلم عنها من الناحية الشرعية وطبقاً للعرف الغالب بشأنها فنقول : والله الموفق.

أولاً : العطية

العطية فى اللغة : اسم لما يعطى والجمع عطايا، وقد استعملها الفقهاء فى مناقلة خاصة، ومنه فلان

يتعاطى كذا إذا اقدم عليه (١).

أما العطية فى الاصطلاح : فإن العرف هو الذى يحكمها، ولهذا اختلف الفقهاء فى وضع تعريف لها تبعاً لاختلاف العرف السائد لديهم بشأنها.

فالبعض منهم كابن عرفة (٢) المالكى جعل العطية جنس لكل عقود التبرعات، فبدخل فيها العارية، والوقف، والوصية، والهبة، حيث عرفها بأنها (تمليك بغير عوض إنشاء) (٣).

إما صاحب البدائع (٤) من الحنفية فذكر أن العطية والهبة لفظان مترادفان إذا اطلق أحدهما أريد به الآخر، فقال : (فالإيجاب أن يقول الواهب وهبت هذا الشيء لك، أو ملكته منك، أو جعلته لك، أو هو لك عطية) (٥). وقال أيضاً : (والهبة بمعنى العطية) (٦).

أما صاحب المبدع (٧) من الحنابلة فقد خص العطية بنوع معين من الهبة وهو (الهبة فى مرض الموت) حيث قال : (والعطية الهبة فى مرض الموت، فذكر الهبة فى الصحة والمرض) (٨)، أى : أن العطية فى باب الهبة يراد منها الهبة فى مرض الموت وهذا هو السر فى أن المصنف قال : (باب الهبة والعطية) ليذكر الهبة فى حال الصحة والهبة فى حال المرض.

وينبنى على ما يراه ابن عرفة المالكى أن تكون العطية عقداً تبرعياً له حكم العقد الذى ورد عليه

١- لسان العرب مادة (عطى) ٣٠٠١/٤، المصباح المنير ٥٧١/٢.

٢- هو محمد بن عرفة الورغمى إمام تونس وعالمها، وولد بتونس سنة ٧١٦هـ، ومن تصانيفه، المختصر الكبير فى فقه المالكية، المختصر الشامل فى التوحيد، وغيرهما، وتوفى سنة ٨٠٣هـ، ينظر : الأعلام للزركى ٤٣/٧. ط. دار العلم للملايين بيروت

٣- ينظر حاشية العدوى والخرشى ١٠٢/٧، مواهب الجليل ٤٩/٦، شرح منح الجليل ٨٢/٤.

٤- هو أبو بكر مسعود بن أحمد الكلبانى (علاء الدين) فقيه أصولى، له تصانيف كثيرة منها، السلطان المبين فى أصول الدين، بدائع الصنائع، توفى بطلب سنة ٥٨٧هـ، ينظر : معجم المؤلفين ٧٦، ٧٥/٣. ط. دار إحياء التراث العربى.

٥- بدائع الصنائع ١١٥/٦.

٦- المرجع السابق ص ١١٦.

٧- هو برهان الدين أبو إسحاق إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح الحنبلى، صنف شرح المقنع فى الفقه، كما صنف كتاباً فى أصول الفقه، كان مولده سنة ٨١٦هـ وكانت وفاته سنة ٨٨٤هـ. ينظر : شذرات الذهب ٣٣٨/٧. ط. دار الفكر.

٨- المبدع فى شرح المقنع ٣٦٠/٥.

التعاطى، سواء أكان هبة أو عارية، أو غيرهما من عقود التبرعات.

وبهذا تكون الهبة نوعاً من العطية وليس العكس.

وينبنى على ما يراه صاحب البدائع من الحنفية أن تكون العطية والهبة لفظان مترادفان كل منهما يعنى الآخر وهو (تمليك مال حال الحياة بغير عوض).

ومن ثم فليس أحدهما نوعاً من الآخر.

أما ما يراه صاحب المبدع من الحنابلة فينبى عليه أن تكون العطية عقداً مرتبطاً بنوع معين من الهبة (وهو الهبة فى مرض الموت)، أما الهبة فى حال الصحة فلا يصح إطلاق لفظ العطية عليها.

وأرى أن يكون لفظ اصطلاح العطية خاصاً بهبة الأصول للفروع على سبيل المساعدة غير الحاجية^(١). لما رواه الحصين عن عامر قال : سمعت ابن بشير رضى الله عنهما وهو على المنبر يقول : أعطانى أبى عطية، فقالت عمرة بنت رواحة : لا أرضى حتى تشهد رسول الله ﷺ، فأتى رسول الله ﷺ فقال : إنى أعطيت ابنى من عمرة بنت رواحة عطية فأمرتنى أن أشهدك يا رسول الله، فقال : أعطيت سائر ولدك مثل هذا ؟ قال : لا، قال : فاتقوا الله واعدلوا بين أولادكم، قال : فرد عطيته^(٢).

ثانياً : الصدقة

الصدقة فى اللغة : ما تُصدق به على مسكين، يقال : تصدق عليه، وفى التنزيل ﴿وَتَصَدَّقْ عَلَيْنَا﴾^(٣).

والصدقة اسم، والجمع صدقات، والفاعل متصدق، أما المصدق (بالتخفيف) فهو الذى يأخذ صدقات النعم.

مأمورى

١- التقييد بكون العطية للفروع على سبيل المساعدة غير الحاجية يخرج الهدية للفروع فهى على سبيل الإكرام فتسمى (هدية)، ويخرج صدقة التطوع للفروع، إذ هى على سبيل الحاجة فتسمى (معوثة).

٢- صحيح البخارى مع فتح البارى ٢١١/٥.

٣- سورة يوسف الآية (٨٨).

أما الصدقة فى الاصطلاح : فهى (هبة ما يتمحض به طلب ثواب الآخرة) (١).

فالهبة : جنس لكل أنواع الهبات.

وإضافة الهبة إلى ما يتمحض به طلب ثواب الآخرة : يخرج ما عدا الصدقة كالعطية والهدية وغيرهما من أنواع الهبات، إذ هى مجردة عن هذا القصد.

فإن قصد من الهبة ثواب الآخرة ووجه المعطى (بالفتح) فهى صدقة عند المالكية والشافعية (٢).

أما الحنفية والحنابلة فيعتبرونها هبة خالصة، لأن الصدقة عندهم ما قصد به ثواب الآخرة فقط، فإن خالطها شىء من أمور الدنيا انقلبت هبة (٣).

أقسام الصدقة

تنقسم الصدقة إلى خمسة أقسام وهى :

١- صدقة مفروضة من جهة الشرع على الأموال، وهى زكاة النقدين - الذهب والفضة أو ما يماثلها-، وزكاة التجارة، وزكاة الزروع والثمار، وزكاة البهائم -الإبل والبقر والغنم- **وزكاة المعادن** .

٢- صدقة مفروضة حقاً لله تعالى، كالفدية والكفارة.

٣- صدقة يفرضها الشخص على نفسه، وهى الصدقة الواجبة بالنذر.

٤- صدقة على الأبدان وهى زكاة الفطر.

٥- صدقة التطوع، وهى الصدقة التى يقصد بها وجه الله تعالى (٤)، وهذه الصدقة هى التى تعتبر نوعاً من أنواع الهبة، أما ما عداها من الصدقات فهو ليس بمقصود على الإطلاق، لأنه مفروض حقاً لله تعالى.

١- ينظر : نيل الأوطار ٣٤٥/٥ ط. مكتبة التراث.

٢- حاشية الدسوقى مع الشرح الكبير ٨٧/٤، وروضة الطالبين ٣٦٤/٤.

٣- بدائع الصنائع ١٣٣/٦، كشف القناع ٢٩٩/٤.

٤- ينظر : الموسوعة الفقهية الصادرة من وزارة الأوقاف ٣٢٥/٢٦ ط. دار الصفوة ١٤٠٢ هـ - ١٩٩٢ م.

حكم الصدقة التكليفية

صدقة التطوع مندوب إليها وقد ورد هذا النذب في القرآن الكريم وكثير من الأحاديث النبوية الشريفة.

أ- القرآن الكريم

قال تعالى : ﴿ **مَنْ ذَا الَّذِي يقرضُ اللهَ قرضاً حسناً فيبضاً عنه له أضعافاً كثيرةً والله يقبضُ ويبسطُ وإليه ترجعون** ﴾ (١). أى : من ذا الذى ينفق فى سبيل الله فيعين ضعيفاً، أو يعطى مقتراً، أو يقوى من أراد الجهاد فى سبيل الله فذلك هو القرض الحسن الذى يقرضه العبد لربه.

وإنما جعله المولى جل وعلا قرضاً حسناً، لأن المعطى يعطى ذلك عن نذب الله أياه وحثه له عليه احتساباً منه، فهو طاعة لله ومعصية للشيطان (٢).

ب- السنة

ورد فى فضل صدقة التطوع أحاديث كثير عن رسول الله ﷺ نذكر منها ما يأتى :

١- ما روى عن أبى هريرة رضي الله عنه أنه قال : قال رسول الله ﷺ : ما تصدق أحد بصدقة من طيب ولا يقبل الله إلا الطيب إلا أخذها الرحمن بيمينه وإن كانت تمرة تربي فى كف الرحمن حتى تكون أعظم من الجبل كما يربي أحدكم فلوله أو فصيله (٣).

٢- ماروى عن أبى سعيد الخدرى قال : قال رسول الله ﷺ : أيما مؤمن أطعم مؤمناً على جوع أطعمه الله يوم القيامة من ثمار الجنة، وأيما مؤمن سقى مؤمناً على ظمأ سقاه الله يوم القيامة من الرحيق المختوم، وأيما مؤمن كسا مؤمناً على عرى كساه الله من خضر الجنة (٤).

وجه الدلالة من كلا الحديثين ظاهرة، وهو حث المؤمن على المبادرة بالتصدق من طيب ماله، لنيل

١- سورة البقرة الآية (٢٤٥).

٢- تفسير الطبرى ٢٨٢/٥ ط. دار المعارف.

٣- سنن النسائى ٤٠/٣.

٤- سنن النسائى ٦٣٣/٤.

الثواب العظيم الذي أعده الله للمتصدقين.

التصدق على ذوى القرابة والأزواج

يجوز التصدق على الأقرباء والأزواج بصدقة التطوع، بل أن بعض الفقهاء يرى أنه يسن التصدق عليهم ولهم أخذها ولو كانوا ممن تجب نفقتهم على المتصدق لما روى عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إذا أنفق الرجل على أهله يحتسبها فهو له صدقة (١).

ولما روى عن سليمان بن عامر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : الصدقة على المسكين صدقة وعلى ذى الرحم اثنان صدقة وصلة (٢).

ولما روى عن سعد بن أبي وقاص أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : إنك لن تنفق نفقة تبتغي بها وجه الله إلا أجرت عليها، حتى ما تجعل في في أمرك (٣).

وجه الدلالة من الجميع ظاهرة وهي أفضلية التصدق على ذوى القرابة والأزواج.

التصدق على الفقراء والأغنياء بصدقة التطوع

الأصل أن صدقة التطوع تعطى للفقراء والمحتاجين لقوله تعالى ﴿أَوْ مَسْكِينًا ذَا مَتْرَبَةٍ﴾ (٤). ولكن أن أعطيت لغنى فإنها تحل له، فقد يكون غنياً يملك النصاب وله عيال والناس يتصدقون عليه لنيل الثواب، ولكن يستحب للغنى أن يتعفف عنها، لأنه سبحانه وتعالى قد مدح المستعفين عن السؤال مع وجود حاجتهم (٥) فقال : ﴿يَحْسَبُهُمُ الْجَاهِلُ أَغْنِيَاءَ مِنَ التَّعَفُّفِ﴾ (٦).

ويدخل في الصدقة العتق إذا كان سببه القرابة إلى الله تعالى، لما روى عن ابن عباس رضى الله

١- صحيح البخارى مع فتح البارى ١/١٣٦، وانظر المجموع شرح الهذب ٦/٢٣٨ ط. دار الفكر، كشاف القناع ٢/٢٩٦.

٢- سنن الترمذى ٣/٣٨.

٣- صحيح البخارى مع فتح البارى ١/١٣٦.

٤- سورة البلد الآية (١٦).

٥- المبسوط ١٢/٩٢، مغنى المحتاج ٣/١٢٠ كشاف القناع ٢/٢٩٨.

٦- سورة البقرة الآية ٢٧٣.

عنهما أن رسول الله ﷺ قال : أيما امرئ مسلم أعتق امرءاً مسلماً استنقذ الله بكل عضو منه عضواً من النار (١).

أما إذا كان سبب العتق الكفارة، كالقتل والظهار، أو القرابة، أو التمثيل بالعبد، أو التبويض، أو العتق بسبب محظور (٢)، فإنه لا يعتبر من الصدقة، لأن العتق بسبب هذه الأشياء يكون واجباً.

ثالثاً : الهدية

لهدية لغة ما أتحف به، يقال : أهديت له وإليه، وفي التنزيل ﴿وَإِنِّي مُرْسَلَةٌ إِلَيْهِمْ بِهَدِيَّةٍ﴾ (٣).
والتهادى تبادل الهدية، وفي الحديث "تهادوا تحابوا" (٤) والجمع هدايا (٥).

أما الهدية في الاصطلاح فقد عرفها بعض الفقهاء بأنها "تمليك ما يحمل غالباً بلا عوض إلى المهدي إليه إكراماً للعرف" (٦).

فعنصر الإكرام والتودد في الهدية هو أهم ما يميزها عن غيرها من أنواع الهبات.

حكم الهدية التكليفية

الهدية مندوب إليها لما فيها من التودد والتحاب وتأليف القلوب ونزع الغل والأحقاد، قال رسول الله ﷺ : "تهادوا تحابوا" (٧). وكان ﷺ فيما روته عائشة رضي الله عنها "يقبل الهدية ويثيب عليها" (٨).
كما كان ﷺ يهدي إلى الكفار ويقبل هداياهم فعن أم كلثوم بنت سلمة قالت : لما تزوج النبي ﷺ أم سلمة قال لها : إني قد أهديت إلى النجاشي حلة أو أقي مسك، ولا أرى النجاشي إلا قد مات، ولا أرى

١- صحيح البخارى مع فتح البارى ١٤٦/٥.

٢- العتق بسبب محظور: أن يقول السيد للعبد أنت حر لغير وجه الله فيعتق عليه وجوباً لوجه الله.

٣- سورة النمل الآية (٣٥).

٤- السنن الكبرى ١٦٩/٦.

٥- لسان العرب مادة (هدى) ٤٦٤١/٦.

٦- أسنى المطالب ٤٧٨/٢.

٧- الحديث سبق تخريجه

٨- سنن الترمذى ٣٣٨/٤.

هديتى إلا مردودة فإن ردت علىّ فهى لك (١).

وعن على رضي الله عنه قال : أهدى كسرى لرسول صلى الله عليه وسلم فقبل منه، وأهدى له قيصر فقبل، وأهدى إليه الملوك فقبل منها" (٢).

رابعاً : العمرى

العمرى فى اللغة : ما تجعله لرجل طول عمره، أو عمره، وهى اسم من أعمار يقال : أعمرتك الدار عمرى، أى : جعلتها لك تسكنها مدة عمره (٣).

أما فى الاصطلاح : فقد عرفها المالكية بتعريفين

أحدهما : "تمليك منفعة حياة المعطى - بالفتح - بغير عوض إنشاء" (٤).

والثانى : "هبة منافع الملك مدة عمر الموهوب له، أو مدة عمره وعمر عقبه" (٥).

وهذا التعريف فى نظرى أرجح من سابقه، لأنه تناول صورتي العمرى، وهى هبة منافع الملك مدة حياة المعمر (بالفتح) أو مدة حياته وحياة ورثته.

أما الحنفية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية، فقد عرفوها بالمثال :

فقال الحنفية : (هى أن يقول الرجل للأخر هذه الدار لك عمرى، أو عمره، أو حياتى، أو حياتك، فإذا مات فهى رد على) (٦).

وقال الشافعية : (هى أن يقول أعمرتك هذه الدار مثلاً، أى جعلتها لك عمره أو حياتك، أو ما عشت، أو نحو ذلك، فإذا مات تكون لورثتك، فإنها تكون هبة حكماً، فإذا مات كانت لورثته، فإن لم يكن

١- السنن الكبرى للبيهقى ٢٦/٦.

٢- مسند الإمام أحمد ١١١/٢.

٣- لسان العرب مادة (عمر) ٣١٠١/٤.

٤- جواهر الإكليل ٢١٤/٢.

٥- المنتقى مع موطأ للإمام مالك للباي ١١٩/٦.

٦- الفتاوى الهندية ٣٧٥/٤، تبين الحقائق ١٠٤/٥.

له ورثة فليبت المال ولا تعود إلى الواهب بحال، وإن اقتصر على قوله أعمرتك : ولم يتعرض لما بعده فهي هبة أيضاً في المذهب الجديد إذ ليس في جعلها مدة حياته ما ينافي انتقالها إلى الورثة، وفي المذهب القديم بطلان الهبة، كما لو قال : أعمرتك سنة.

وإن قال : أعمرتك فإذا مت عادت إلى وإلى وارثي، فإنها تكون هبة صحيحة ويلغو الشرط في الأصح (١).

وقال الحنابلة : (هي أن يقول الرجل أعمرتك داري هذه، أو هي لك عمري، أو ما عشت أو مدة حياتك، أو ما حييت، ونحو ذلك (٢).

أما الظاهرية فقالوا : (هي أن يقول : هذه الدار، أو هذه الأرض، أو هذا الشيء عمري لك، أو قد أعمرتك إياها، أو هي لك عمري) (٣).

وقد سميت العمري لتفبيدها بالعمر

مشروعية العمري

ذهب الفقهاء إلى القول بمشروعية العمري (٤) وستدلوا على ذلك بالآتي :

١- ما روى عن زيد بن ثابت رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "من أعمر شيئاً فهو لمعمره محياه ومماته، ولا ترقبوا، فمن أرقب شيئاً فهو سبيله. وفي رواية فهو سبيل الميراث" (٥).

٢- ما روى عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال : "قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : العمري جائزة لمن أعمرها، والرقبي جائزة لمن أرقبها" (٦).

١- مغنى المحتاج ٣٩٨/٢، المجموع شرح المذهب ٣٩١/٥.

٢- المغنى والشرح الكبير ٣٠٢/٦.

٣- المحلى ١٦٤/٩ ط. دار الفكر.

٤- ينظر بدائع الصنائع ١١٦/٦، مواهب الجليل ٦١/٦، المجموع شرح المذهب ٣٩١/٥، المغنى والشرح الكبير ٣٠٢/٦، المحلى ١٦٤/٩.

٥- السنن الكبرى للبيهقي ١٧٥/٦.

٦- سنن النسائي ٢٦٩/٦، ٢٧٠.

٣- ما روى عن ابن عباس رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "العمري جائزة لمن أمرها والرقبي جائزة لمن أرقبها، والعائد في هبته كالعائد في قيئه" (١).

نوع التملك في العمري

اختلف الفقهاء في نوع التملك بالعمري على قولين :

القول الأول : العمري تملك للرقبة، وإلى هذا ذهب الحنفية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية، ووافقهم الزيدية إذا كانت العمري مطلقة (٢).

القول الثاني : العمري تملك للمنفعة، وإلى هذا ذهب المالكية، ووافقهم الزيدية إذا كانت العمري مقيدة (٣).

وقد استدل أصحاب القول الأول بما روى عن جابر رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "أمسكوا عليكم أموالكم ولا تفسدوها، فإنه من أمر عمري فهي للذي أمرها حياً وميتاً ولعقبه" (٤).

وما روى عن جابر رضي الله عنه قال : "قضى النبي صلى الله عليه وسلم بالعمري أنها لمن وهبت له" (٥).

فقوله صلى الله عليه وسلم في الحديث الأول : فهي للذي أمرها حياً وميتاً ولعقبه، وقضاؤه في الحديث الثاني أنها لمن وهبت له يدل على أن العمري تملك للرقبة، إذا لو كانت تملك للمنفعة لما أمر الرسول صلى الله عليه وسلم بإمساکها، ولما أعطاهما حكم الهبة.

واستدل أصحاب القول الثاني على ما ذهبوا إليه بما روى عن عبد الرحمن بن القاسم أنه سمع مكحولاً الدمشقي يسأل القاسم بن محمد عن العمري ما يقول الناس فيها، فقال القاسم بن محمد : ما

١- صحيح مسلم مع شرح الإمام النووي ٨٠/١١.

٢- بدائع الصنائع ١١٦/٦، مغني المحتاج ٣٩٨/٢، المغني والشرح الكبير ٣٠٤/٦، المحلى ١٦٤/٩، البحر الزخار ١٤٤/٤.

٣- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٩٧/٤، البحر الزخار ١٤٤/٤.

٤- السنن الكبرى للبيهقي ١٧٣/٦.

٥- صحيح البخاري مع فتح الباري ٢٣٨/٥.

أدرکت الناس إلا وهم على شروطهم فى أموالهم وفيما أعطوه" (١).

فقد دل هذا الأثر على اعتبار الشرط فى العمرى، والشرط هو أنها ترجع لصاحبها فكانت تمليكا للمنفعة، لأن تمليك الرقبة يتنافى مع التأقيت.

وأرى ترجيح ما ذهب إليه أصحاب القول الأول، وهو أن العمرى تمليك للرقبة، وذلك لقوة ما استدلوا به من السنة، ولأن ما استدل به أصحاب القول الثانى مروى عن تابعى وقول التابعى ليس بحجة، ولو سلمنا بحجيته فهو لا يقوى على معارضة الأحاديث الصحيحة المروية عن رسول الله ﷺ.

وينبنى على كون العمرى تمليك للرقبة، وجوب إلغاء شرط التأقيت بالعمر، لفساده، فإذا مات المعمر له تكون ملكاً لورثته شأنها فى ذلك شأن الهبة المجردة عن الشرط.

خامساً : الرقبى

الرقبى فى اللغة : مأخوذة من المراقبة، يقال : رقبته، ورتقبته أى : انتظرته.

والترقب الانتظار، وكذا الارتقاب، ومنه قوله تعالى على لسان هارون لأخيه موسى عليهما السلام ﴿إِنِّي خَشِيتُ أَنْ تَقُولَ فَرَّقْتَ بَيْنَ بَنِي إِسْرَائِيلَ وَلَمْ تَرْقُبْ قَوْلِي﴾ (٢). أى لم تنتظر قولى (٣).

أما الرقبى فى الاصطلاح : فهى عند الجمهور أن يقول الرجل للآخر : أرقبتك الدار، أو هى لك رقبى مدة حياتك، على أنك إن مت قبلى عادت إلى وإن مت قبلك فهى لك (٤).

وقال المالكية : هى أن يقول كل واحد لصاحبه : إن مت فدارى ملك لك، أو حبس عليك (٥).

وقد سميت رقبى، لأن كل واحدٍ منهما يرقب موت صاحبه

١- موطأ الإمام مالك مع المنتقى ١٣٣/٦.

٢- سورة طه الآية (٩٤).

٣- لسان العرب مادة (رقب) ١٦٩٩/٣، المصباح المنير ص ٣١٩.

٤- الفتاوى الهندية ٣٧٤/٤، مغنى المحتاج ٣٩٩/٢، المغنى والشرح الكبير ٣٠٣/٦، البحر الزخار ١٤٥/٤، المحلى ١٠٤/١٠، ط. دار الاتحاد العربى.

٥- حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٩٨/٤.

مشروعية الرقبي

اختلف الفقهاء فى مشروعية الرقبي على قولين :

القول الأول : جواز الرقبي، وإلى هذا ذهب الشافعية فى الجديد، والحنابلة، والزيدية، والظاهرية ووافقهم أبو يوسف من الحنفية (١).

القول الثانى : الرقبي باطله وإلى هذا ذهب المالكية، والإمام أبو حنيفة ومحمد والشافعية فى المذهب القديم (٢).

وقد استدل القائلون بالجواز بما روى عن جابر رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "الرقبي جائزة" (٣). وفى رواية "العمري جائزة لأهلها، والرقبي جائزة لأهلها" (٤).

قالوا رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد أفادت صراحة جواز الرقبي فكانت مشروعة لذلك.

وقد استدل القائلون ببطلان الرقبي على ما ذهبوا إليه بما روى عن شريح رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم (أجاز العمري ورد الرقبي) (٥) (٦).

فرده رضي الله عنه للرقبي يدل على عدم مشروعيتها، فتكون باطله.

وقد نوقش هذا الاستدلال : بأنه استدلال يتعارض مع حديث جابر المتقدم من أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز العمري والرقبي، فجمعاً بين الحديثين نقول : الرقبي قد تكون من الإرقاب، وقد تكون من الترقب، فإن كانت من الإرقاب، كأن يقول : رقبة دارى لك، كانت جائزة، وإن كانت من الترقب، كأن يقول : أرقب موتك فراقب موتى فإن مت أنا فهي لك وإن مت أنت فهي لى، كانت غير جائزة، لأنها تعليق التملك

١- مغنى المحتاج ٣٩٩/٢، المغنى والشرح الكبير ٣٠٣/٦، البحر الزخار ١٤٥/٤، المحلى ١٥٤/١٠ ط. دار الاتحاد العربى، الهداية ٢٣٠/٣.

٢- جواهر الإكليل ٢١٤/٢، الهداية ٢٣٠/٣، مغنى المحتاج ٣٩٩/٢.

٣- سنن النسائى ٢٧٠/٦.

٤- سنن الترمذى ٦٢٥/٣.

٥- نصب الراية ٢٧٢/٥.

٦- انظر : المبسوط ٨٩/١٢.

بالخطر، وهو موت المملك قبله فتكون باطلة (١).

نوع التملك فى الرقبى

اختلف الفقهاء القائلون بمشروعية الرقبى فى نوع التملك بها على قولين :

القول الأول : الرقبى تملك للعين، أما الشرط فيلغو لفساده، وإلى هذا ذهب الشافعية والحنابلة والظاهرية (٢).

القول الثانى : الرقبى إذا كانت مقيدة تفيد تملك المنفعة، وإذا كانت مطلقة تفيد تملك العين وإلى هذا ذهب الزيدية (٣).

وقد استدل أصحاب القول الأول بما روى عن زيد بن ثابت رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من أعرم شيئاً فهو لمعمره ولا ترقبوا، فمن أرقب شيئاً فهو سبيله، وفى رواية فهو سبيل الميراث (٤). فقله صلى الله عليه وسلم : فمن أرقب شيئاً فهو سبيله، وقوله فى الرواية الأخرى : فهو سبيل الميراث، يدل على أن الرقبى تملك للعين دون اعتداد بشرط الإرقاب مطلقاً كان أم مقيداً (٥).

واستدل أصحاب القول الثانى بالمعقول فقالوا : أن التقييد فى الرقبى أمانة على الإعارة، والإعارة تملك للمنفعة، من أجل هذا كانت الرقبى مع التقييد تملك للمنفعة، بخلاف الإطلاق فى الرقبى، فهو أمانة على التأييد، والتأييد هبة، والهبة تملك للعين، من أجل هذا كانت الرقبى مع الإطلاق تملك للعين (٦).

وأرى ترجيح ما ذهب إليه أصحاب القول الأول، لأن ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم صريح الدلالة فى عدم التفرقة بي الرقبى المطلقة والمقيدة، وما استدل به أصحاب القول الثانى معقول فى مقابلة نص فلا يعتد به.

١- المبسوط ١٢/٨٩.

٢- مغنى المحتاج ٢/٣٩٩، كشف القناع ٤/٣٠٩، المحلى ٩/١٦٧. ط. دار الفكر.

٣- البحر الزخار ٤/١٤٥.

٤- الحديث سبق تخريجه.

٥- ينظر المحلى ٩/١٦٧. ط. دار الفكر.

٦- البحر الزخار ٤/١٤٥.

سادساً: المنحة

المنحة : بكسر الميم فى الأصل، الشاة أو الناقة يعطيها صاحبها رجلاً يشرب لبنها، ثم يردّها إذا انقطع اللبن، ثم كثر استعماله حتى أطلق على كل عطاء (١).

أما المنحة فى الاصطلاح : فقد اختلفت فى القانون المدنى عنها بالنسبة للفقہ الإسلامى.

فالمنحة فى الفقہ الإسلامى تطلق على معين :

أحدهما : أن يعطيه شاة أو بقرة، أو ناقة يحلبها فى أيام اللبن، ثم تعود إلى ربها.

الثانى : أن يعطيه المال هبة، أو صلة فيكون له. وهى قد تكون هبة، وقد تكون عارية، فتكون هبة إذا وردت على ما يستهلك بالاستعمال، كالدرهم، والدنانير، وتكون عارية إذا وردت على ما لا يستهلك بالاستعمال، كالدار، والداية (٢).

أما فى القانون المدنى فتطلق المنحة على ما يعطيه صاحب العمل لعماله زيادة على أجورهم المحددة أو المتفق عليها، من مقابل نقدى غالباً، أو عينى أحياناً فى مناسبة من المناسبات، أو أوقات معينة من السنة كمناسبة عيد من الأعياد، أو فى ختام السنة، أو فى ختام الميزانية.

والأصل فى المنحة أنها تبرع من قبل صاحب العمل فلا التزام مفروض عليه بأدائها بل يكون حراً فى تحديد مقدارها والمنتفعين بها، ولذلك فهى لا تكتسب وصف الأجر ولا تخضع لنظامه.

غير أن صفة التبرع تنتفى عن المنحة إذا أصبح صاحب العمل ملزماً بأدائها بحيث لا يملك الرجوع فيها، أو الانتقاص من قدرها، وعندئذ تحمل المنحة معنى الزيادة فى الأجر الأسمى المحدد أو المتفق عليه، فتعتبر من ملحقات الأجر الأسمى، وبذلك يثبت لها وصف الأجر وتخضع لنظامه.

وقد عنى المشرع الوضعى بإيراز حالات المنحة الملزمة المكتسبة وصف الأجر فنص على أنه يعتبر جزءاً من الأجر "كل منحة تعطى للعامل علاوة على الأجر إذا كانت مقررة فى عقود العمل الفردية أو المشتركة أو الأنظمة الأساسية للعمل، أو جرى العرف بمنحها حتى أصبح العمال يعتبرونها

١- المصباح المنير ٧٩٨/٢.

٢- البدائع ١١٦/٦، قوانين الأحكام الشرعية لابن جزى ص ٤٠٣.

جزءاً من الأجر لا تبرعاً" (مادة ٣/٦٨٣ من القانون المدني) (١).

وقد تطلب القضاء توافر شروط ثلاثة كي تصبح المنحة جزءاً من الأجر، لا تبرعاً، وهذه الشروط هي:

الشرط الأول

أن تكون المنحة عامة : بمعنى أن تصرف لجميع عمال المنشأة، أو لطائفة منهم، وذلك على أساس شروط موضوعية يتبين منها أن صرف المنحة لم يعد متروكاً لإرادة صاحب العمل وتقديره الشخصي. أما إذا كان صاحب العمل له مطلق الحرية في أن يحرم من المنحة من شاء دون تقييد بشروط معينة، فإن شرط عمومية المنحة ينتفى، وينتفى بالتالي إلزامها.

الشرط الثاني

أن تكون المنحة مستمرة، وهو ما يعبر عنه بشرط استقرار المنحة. ويعتبر هذا الشرط متوافراً إذا ثبت أن المؤسسة كانت تصرف المنحة مدة تزيد عن خمس سنوات، لأن هذه المدة تجعل لها صفة العرف الجارى بين الناس.

الشرط الثالث

ثبات قيمة المنحة، المقصود من الثبات هو الثبات النسبي، الذى يدل على أن صاحب العمل لم تعد له أى سلطة فى تقديرها، ولا يتعارض مع هذا الثبات أن تكون المنحة قد تغيرت مرة واحدة بالزيادة خلال عدة سنوات (٢).

١- د/ حسن كيرة - أصول قانون العمل - ص ٤٠٨، ٤٠٧ ط. ثانية ١٩٦٩، د/ حسام الدين كامل الأهوانى - شرح قانون العمل رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ ص ١٠٥، م/ محمد عزمى البكرى - مدونة الفقه والقضاء فى قانون العمل الجديد ١٨٥/١ وما بعدها ط. ١٩٨٥.

٢- د/ على العريف - شرح قانون العمل - ١/١٩٦ ط. ١٩٦٣، م/ فتحى عبد الصبور - الوسيط فى قانون العمل - ٢٥٢، ١٩٦٧، د/ عبد الودود يحيى - شرح قانون العمل - ص ٩٥، ٩٤ ط. دار الفكر، د/ محمد على عمران - شرح قانون العمل والتأمينات الإجتماعية - ص ٣٣٤ وما بعدها ط. ١٩٧٠، م/ محمد عزمى بكرى - المرجع السابق - ص ١٨٩ وما بعدها.

سابعاً : النقوط

النقوط : بضم النون والقاف فى اللغة المعاصرة هو ما يقدم فى الأعراس (١).

أما عرفاً فيمكن تعريفه بأنه "نوع من الهبة يقدم فى الأعراس والختان وغيرهما من المناسبات السارة"

ويقدم النقوط فى صورة مبلغ نقدى أو فى صورة هدية تستهلك كالأطعمة، أو لا تستهلك كالمجوهرات، غير أنه إن كان مقدماً فى عرس فغالباً ما يقدم فى صورة مبلغ من المال إعانة للعروسين على مواجهة نفقات الزوجية.

تكيف النقوط من الناحية الشرعية

لم أجد فيما أطلعت عليه من الفقه الإسلامى أحد قد تعرض للنقوط، سوى المتأخرين من المذهب المالكى، والشافعى، والحنبلية، وقد اختلفت آراؤهم بشأنه على النحو التالى :

فيرى المالكية : أن النقوط هبة بعوض، ومن ثم يكون لمقدمه أن يطالب بقيمة ما دفعه معجلاً، ولا يلزمه الصبر لعرس مماثل حتى لو جرى العرف بالتأخير لعرس مماثل، وقيل : يعمل بالعرف الجارى بالتأخير.

وإن كان المهدي (بكسر الدال) قد أكل عند المهدي إليه قدراً من اللحم فإن هذا الأكل يحسب من قيمة هديته، ما لم يقضى فيه بثواب (٢).

أما الشافعية : فيرون أن ما يقدم من نقوط سواء كان مما يستهلك كالأطعمة، أو مما لا يستهلك كالمجوهرات، يخضع الرجوع فيه إلى عادة أمثال الدافع لهذا المدفوع إليه، فحيث جرت العادة بارجوع رجوع وإلا فلا.

هذا إن كان النقوط قد قدم لصاحب الفرح من أجل أن يأخذه لنفسه، وإلا بأن كان النقوط لنحو خاتن أو غيره ممن يعملون فى الفرح، فلا رجوع فيه على صاحب الفرح، وإن كان الإعطاء من أجله، لأنه

١- المنجد فى اللغة والأعلام ص ٨٣٣ ط. دار التراث - بيروت - لبنان الثانية والعشرون.

٢- ينظر : الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ١٠٢/٤، مواهب الجليل ٦٦/٦.

وإن كان لأجله إلا أنه لم يدخل في ملكه، لهذا لم يلزمه دفعه (١).

أما الحنابلة : فيرون أن النقوط هبة، ومن ثم فهو يأخذ حكمها، وحكمها عدم جواز الرجوع فيها ما لم تكن من الوالد لولده (٢).

وأرى أن النقوط هبة مشروطة بالرد عرفاً في عرس مماثل لمقدمه، فكان مقدم النقوط يقول للمقدم إليه : خذ هذه الهدية في عرسك على أن تعوضني إياها في عرسى.

ويترتب على ذلك ما يأتي :

١- لا يشترط أن يكون الرد على مثل ما قدم، وإنما يجوز بالأكثر وبالأقل على حسب سعة المال وضيقها، ويترك ذلك لحسن المعاملة بين الناس. ولكن الأفضل أن يكون الرد بالأكثر للقادر على ذلك، لقوله تعالى ﴿وَإِذَا حُبِّتُمْ بِرَحْمَةٍ فَحَبِّبُوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوهَا﴾ (٣). وقوله ﷺ في الحديث الذي رواه أبو هريرة رضي الله عنه "خيركم أحسنكم قضاء" (٤).

٢- إذا كان النقوط في صورة عين من الأعيان، سواء كانت مما تستهلك كالمأكل والمشروب، أو مما لا تستهلك كالذهب والفضة، فإن الرد يجوز على مثل صورة ما قدم، ويجوز أن يكون في صورة أخرى حسبما يقضيه العرف.

٣- يلتزم كل من المهدى والمهدى إليه بالأجل المحدد عرفاً، فلا يحق للمهدى أن يطالب بالعوض قبل حلول الأجل، كما لا يحق للمهدى إليه أن يمتنع عن تقديم العوض إذا حل أجله، وإلا كان من حق المهدى مطالبته به.

١- ينظر : حاشية أبى الضياء، مع نهاية المحتاج ٤٢٥/٥، حاشية الجمل على شرح المنهج ٦٠١/٣ ط. مصطفى محمد.

٢- ينظر : الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل ٣٦،٣٥/٣ ط. دار المعرفة.

٣- سورة النساء الآية (٨٦).

٤- صحيح مسلم مع شرح النووى ٤٢،٤١/١١ ط. دار القلم.

ثامناً : الشبكة

الشبكة فى اللغة : الهدية يقدمها الخاطب لمخطوبته إعلاناً للخطبة (١).

أما عرفاً : فىمكن تعريفها بأنها "نوع من الهبة يقدمه الخاطب إلى مخطوبته تعبيراً منه عن جدية الزواج بها واستمالة لقلبها".

وتقدم الشبكة من الجواهر الذهبية فى الغالب، وقد تقدم من جواهر أخرى كالألماظ، والماس ونحوهما.

وتختلف قيمة الشبكة المادية باختلاف مستوى معيشة العروس، وغالباً ما يراعى فى هذا الاختلاف مدى قدرة الخاطب المادية.

وتتفق الشبكة مع هدايا الخطبة فى أن كلا منهما مشروط بالزواج ولكنها يختلفان فى أمرين :

الأمر الأول : أن الشبكة ملزمة باتفاق الخاطبين، أو من ينوب عنهما بخلاف هدايا الخطبة فلا إلزام فيها.

الأمر الثانى : أن الشبكة يقدمها الخاطب، بخلاف هدايا الخطبة، فقد تكون مقدمة من الخاطب، وقد تكون مقدمة من المخطوبة.

تكييف الشبكة من الناحية الشرعية

الأصل فى الشبكة أنها هدية يقدمها الخاطب لمخطوبته، إلا أن عنصر الإلزام فى وقتنا الحاضر قد حولها حتماً من هدية إلى جزء من المهر، لأن الهدية لا إلزام فيها.

ويؤيد ذلك أننا إذا نظرنا إلى عرفنا الحاضر بشأن الشبكة، نجد أنها تتناسب تناسباً عكسياً مع المهر، فإذا كبرت قيمتها قل المهر، وإذا صغرت قيمتها زاد المهر.

وهذا يدل على أن قيمة الشبكة تضاف إلى ما يدفع من مهر، من ثم فهى تأخذ حكم المهر فىسرى

١- المعجم الوجيز ص ٣٣٤ طبعة صادرة عن مجمع اللغة العربية وخاصة بوزارة التربية والتعليم ١٤١٠ هـ - ١٩٩٠ م

عليها ما يسرى على المهر من أحكام.

ويؤيد هذا ما أفتت به دار الإفتاء المصرية حديثاً من أن الشبكة تعتبر عرفاً جزءاً من المهر ومن ثم يسرى عليها ما يسرى على المهر من أحكام (١).

ولكن إذا وجد شرط أو عرف يجرد الشبكة عن الإلزام، أو يقضى بعدم اعتبارها من المهر، فإنها تكون هدية ويسرى عليها ما يسرى على هدايا الخطبة من أحكام.

تاسعاً : الوهبة

جاء في المعجم الوجيز : وهب له الشيء يهبه وهباً أعطاه إياه بلا عوض (٢).

أما اصطلاحاً : فيمكن تعريفها بأنها "نوع من الهبة يعطى للعامل بعد الفراغ من عمله واستيفاء أجره إكراماً له.

وقد عرفها بعض شراح القانون بقوله : الوهبة أو (البقتيش) كما يقال في اللغة الدارجة هي عبارة عن ما يحصل عليه العامل من عملاء المنشأة بمناسبة أداء الخدمة، وذلك تعبيراً عن ارتياحهم، وتقديراً منهم للعامل الذي قام بعمله على الوجه الأكمل (٣).

ويلاحظ أن هذا التعريف قد قصر الوهبة على ما يحصل عليه العامل من عملاء صاحب العمل دون صاحب العمل، وليس ثمة ما يمنع أن تكون الوهبة مقدمة من صاحب العمل إلى العميل مباشرة، ولهذا كان التعريف الأول هو الأفضل في نظري.

والأصل في الوهبة أنها تبرعية، بالتالي فإنه لا يمكن إلحاقها بالأجر إلا أن ذبوعها وانتشارها في بعض الأعمال، كالمطاعم، والفنادق، ومحال الحلاقة، أدى في الواقع إلى أن أصبح من العسير على العملاء في هذا النوع من أنواع الأعمال الامتناع عن دفع الوهبة، بل أكثر من ذلك فإن قيمة الوهبة أصبحت تضاف إلى قيمة الحساب، وجزت عادة العمال إلى المطالبة بها إذا لم يقيم العميل بأدائها وقد ترتب على ذلك بطبيعة الحال أن تغيرت النظرة إلى الوهبة ، فأصبحت الحصييلة التي يحصل عليها

١- الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية المجلد الخامس ص ١٨٨٧ ط. ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م.

٢- المعجم الوجيز ص ٦٨٢ طبعة صادرة عن مجمع اللغة العربية وخاصة بوزارة التربية والتعليم.

٣- د/ عبد الودود يحيى - شرح قانون العمل - ص ٩٩ ط. دار الفكر.

العامل من العملاء تدخل في تقدير رب العمل عند تقديره للأجر ، بل إنه في بعض الأعمال يعتمد العامل أساسا على ما يحصل عليه من هبة.

ولم يترك القانون الوضعي هذه المسألة دون تنظيم فالمادة (١/٦٨٤) من القانون المدني والمادة (٤/٣) من قانون العمل تنصان على أن الوهبة لا تعتبر أجرا إلا إذا جرى العرف بدفعها ، وكانت لها قواعد تسمح بضبطها (١) وتعتبر في حكم الوهبة النسبة المنوية التي يدفعها العملاء مقابل الخدمة في المنشأة السياحية.

وكانت المادة ٣/٣ من القانون الملغى رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ تنص على أنه "ولا يلحق بالأجر ما يعطى على سبيل الوهبة إلا إذا جرى العرف بدفعها وكانت لها قواعد تسمح بضبطها.

ويجوز في بعض الأعمال ، كأعمال الفنادق والمطاعم والمقاهي والمشارب ألا يكون للعامل أجر سوى ما يحصل عليه من هبة ، وما يتناوله من طعام على أن يحدد عقد العمل قواعد ضبطها"

ومما تقدم يتبين أنه يشترط لاعتبار الوهبة جزءا من الأجر لا تبرعا توافر شرطين هـ

الشرط الأول : أن يجرى العرف بدفعها

المقصود بالعرف هنا ليس العرف بمعناه الاصطلاحي الدقيق، وإنما المقصود به أن تجرى عادة العملاء بدفعها بحيث يكون ذلك قد روعى عند تقدير الأجر الذي يحصل عليه العامل ، سواء كان دفعها ملزما ، أم غير ملزم.

فإذا لم يجر العرف بدفع الوهبة فإنها لا تعتبر أجرا ، بل يعتبر قبضها رشوة يعاقب عليها العامل وفقا للمادة (١٠٦) عقوبات ، إذا كان قبضها قد تم دون علم صاحب العمل أو رضائه.

الشرط الثاني : أن توجد قواعد تسمح بضبطها

ويتحقق ذلك إذا وجدت قواعد تسمح بمعرفة مقدارها ، ولو على وجه التقريب وذلك مثل أن تكون الوهبة عبارة عن نسبة مئوية من حساب العملاء ، أو يكون صاحب العمل هو الذي يتقاضاها من

١- وفي هذا الصدد ذكرت محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في ٢٧ فبراير ١٩٦٥ أنه لا يدخل ضمن الوهبة التي تعد أجرا ما يدفعه العملاء باختيارهم بخلاف مبالغ الوهبة التي لها قواعد تسمح بضبطها. مجموعة أحكام النقض المكتب الفني س ١٦ ص ١٠٩٨.

العملاء ثم يدفعها إلى العمال.

ولهذا الشرط أهمية بالغة إذا أن اعتبار الوهبة جزءاً من الأجر يقتضى تحديد مقدار الأجر الذى يتقاضاه العامل بصورة منضبطة أثناء قيامه بالعمل أو أثناء إجازته العادية، أو المرضية وقد أوردت المادة (٢/٦٨٤) من التقنين المدنى تطبيقاً خاصاً للحالة التى تعتبر فيها الوهبة جزءاً من الأجر، لتحقيق طريقة من طرق التحديد المنضبط لها، فجرت على أن (تعتبر الوهبة جزءاً من الأجر إذا كان ما يدفعه العملاء إلى مستخدمى المتجر الواحد يجمع فى صندوق مشترك ليقوم رب العمل بعد ذلك بتوزيعه على هؤلاء المستخدمين بنفسه أو تحت إشرافه).

وبهذا يكون وضع صندوق فى المنشأة لجمع الوهبة قرينة على توافر هذه العادة، دون تحمل بعبء إثبات ذلك (١).

١- ينظر : د/ على العريف -شرح قانون العمل- ٢٩١/١ وما بعدها ط. مخيمر ١٩٦٣، د/ محمد عمران - شرح قانون العمل والتأمينات الإجتماعية ص ٣٤٢ ط. دار النهضة العربية ١٩٧٠، د/ عبد الودود يحيى - شرح قانون العمل- ص ١٠٠ ط. دار الفكر، د/ محمود جمال الدين زكى -قانون العمل- ص ٢٥٣ ط. الثالثة ١٩٨٣، م/ محمد عزمى البكرى- مدونة الفقه والقضاء فى قانون العمل الجديد ٢٠٧/١ وما بعدها ط. المكتبة القانونية ١٩٨٥.

﴿المبحث الرابع﴾

﴿أركان المبة﴾

تقديم

الركن لغة : هو الجانب القوى ، قال تعالى : على لسان لوط عليه السلام ﴿لَوَآنَّ لِي بِكُمْ قُوَّةً أَوْ آوِي إِلَى رُكْنٍ شَدِيدٍ﴾ (١) أى عز ومنعة ، وقال فى شأن فرعون : ﴿فَتَوَلَّى بِرُكْنِهِ﴾ (٢) أى تقوى بملكه وجنده.

والجمع أركان مثل قفل أفعال ، وأركان الشئ أجزاء ماهيته ، أما الشروط فهى التى تتوقف صحة الأركان عليها (٣).

أما الركن فى الاصطلاح : فقد استعمله علماء الأصول بالمعنى الذى استعمله به أهل اللغة فذكروا أن أركان الشئ أجزاءه فى الوجود ، والتى لا يحصل إلا بحصولها داخله فى حقيقته محققة لهويته (٤).

أما علماء الفقه فقد اختلفوا فيما بينهم :

فيرى الحنفية أن الركن ما كان داخلًا فى حقيقة الشئ (٥).

ويرى الجمهور من المالكية، والشافعية، والحنابلة، أن الركن هو ما يتوقف حصول العقد عليه (٦).

فيترتب على ما ذهب إليه الحنفية وجود ركن واحد للهبة وهو الصيغة الممثلة فى الإيجاب والقبول (٧).

١- سورة هود الآية ٨٠.

٢- سورة الذاريات الآية ٣٩.

٣- لسان العرب مادة (ركن) ١٧٢١/٣ ، المصباح المنير ٣٢٤/١.

٤- التلويح على التوضيح ١٣٠/٢ ط محمد على صبيح ، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب ٢٠٨/٢ الناشر. مكتبة الكليات الأزهرية ١٣٩٣هـ.

٥- مجمع الأنهر ٤/٢.

٦- حاشية العدوى مع شرح الخرشي ٥/٥ ، حاشية الجمل على شرح المنهج ٥/٣ ، مطالب أولى النهى ٤/٣ ط المكتب الإسلامى.

٧- بدائع الصنائع ١١٥/٦ ، تبیین الحقائق ٩١/٥.

أما ما ذهب إليه الجمهور فيترتب عليه وجود أركان ثلاثة للهيئة هي :

١ - الصيغة - الإيجاب والقبول -

٢ - العاقدان - الواهب والموهوب له -

٣ - المحل - الشيء الموهوب - (١)

ويرجع سبب الخلاف بين العلماء في ذلك إلى أن الركن قد يكون ركناً أصلياً وهو ما كان داخلاً في حقيقة الشيء وماهيته ، وذلك هو الإيجاب والقبول وهو ما اعتمده فقهاء الحنفية ، وقد يكون ركناً غير أصلي وهو ما يتوقف حصول العقد عليه ، وذلك هو بقية الأركان التي اعتمدها جمهور الفقهاء .

ولم يسلك المقتن المدني المصري كعادته مسلك الحنفية حيث أضاف إلى الصيغة ركنين آخرين وهما المحل والسبب (٢) . كما لم يسلك مسلك الجمهور حيث لم يعتبر العاقدين من الأركان وأضاف ركن السبب وهو الباعث والدافع على الهيئة وهو ما يقابل حكم الهيئة التكليفية عند علماء الفقه الإسلامي والذي أشرت إليه سالفاً في عجز أدلة مشروعية الهيئة (٣) ، ولم يقف القانون المدني المصري عند هذا الحد بل أضاف الشكلية في هبة العقار وكذا هبة المنقول غير المقبوض (٤) .

وأرى ترجيح ما ذهب إليه الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة من جعل هذه الأركان الثلاثة وهي الصيغة - العاقدين - المحل ، لأن العقد ما دام متوقفاً على هذه الأشياء فلا بد من اعتبارها جميعاً . وبناء على ما تقدم فإنني سأقوم بتفصيل أركان الهيئة في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري ،

١- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٨٧/٤ ، مغنى المحتاج ٣٩٧/٢ وما يعدها الإنصاق ١١٨/٧ ط دار التراث .

٢- الركن الحقيقي للعقد في ظل القانون المدني المصري هو الصيغة فقط (التراضى) المتمثلة في الإيجاب والقبول ، أما المحل والسبب فركنان في الإلتزام لا في العقد ، ومع ذلك فقد جرى اصطلاح الفقهاء على اعتبارهما من أركان العقد ، فيقال : أركان العقد ثلاثة ، الرضى - المحل - السبب . وبالإضافة إلى هذه الأركان المعتادة لكل عقد فقد يضيف القانون ، أو الطرفان ركناً رابعاً وهو الشكلية (في العقد الشكلي) أو التسليم (في العقد العيني) . - د/ أحمد حشمت أبو ستيت - نظرية الإلتزام في القانون المدني الجديد - ص ٧٠ ، ٧١ . ط . مصر ١٩٥٤ ، وانظر د/ جميل الشرقاوى - النظرية العامة للإلتزام - ص ١١١ . الناشر . دار النهضة العربية ١٩٧٦ .

٣- ينظر : ص ٢٥ من الرسالة

٤- د/ عبد الرزاق السنهورى - الوسيط في شرح القانون المدني - ٢٦/٥ ، مجموعة الأعمال التحضيرية ٢٤١/٤ .

وذلك على النحو الآتي :

أولاً : الصيغة

الصيغة هي الركن المتفق عليه بين الفقهاء جميعاً، ويقصد بالصيغة الإيجاب والقبول.

فالإيجاب : هو ما صدر ممن له التملك.

والقبول : هو ما صدر ممن له التملك.

وهذا هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء (١).

أما الحنفية : فيرون أن الإيجاب هو ما صدر أولاً ، كأن يقول الواهب للموهوب له: وهبت لك هذا الشيء، والقبول ما صدر ثانياً، كأن يقول الموهوب له : قبلت (٢).

أما فقهاء القانون فذكروا أن الإيجاب : هو التعبير الجازم (البات) عن إرادة أحد الطرفين موجهاً إلى الطرف الآخر بقصد انعقاد عقد بينهما.

أما القبول : فهو شق العقد الثاني والذي بانضمامه إلى الإيجاب ينعقد العقد (٣).

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين

القول الأول

القول

الهيئة تنعقد بالإيجاب ^{رغم} وإلى هذا ذهب الجمهور من المالكية والشافعية الحنابلة وزهر من الحنفية (٤)

١- ينظر : شرح منح الجليل ٤٦٢/٢، حاشية الجمل على شرح المنهج ٦/٣ وما بعدها، المغنى والشرح الكبير ٣/٤.

٢- مجمع الأنهر ٤/٢، بتبيين الحقائق ٣/٤، حاشية ابن عابدين ٦/٤ ط دار التراث.

٣- د/ أحمد حشمت أبو ستيت-المرجع السابق- ص ٩٠، ١٠٠.

٤- شرح الخرشي، وحاشية العدوى ١٠٥/٧، روضة الطالبين ٣٦٥/٥ ط المكتب الإسلامي، مطالب أولى النهي ٣٨٤/٤، بدائع الصنائع ١١٥/٦.

القول الثانى

الهبة تتعقد بالإيجاب وحده إلى هذا ذهب الحنفية عدا الإمام زفر (١).

وفى القانون المدنى المصرى لا يكفى الإيجاب وحده بل لابد من القبول، وهذا ما أوضحتها الفقرة الأولى من المادة (٤٨٧) من القانون المدنى : بقولها : "لا تتم الهبة إلا إذا قبلها الموهوب له أو نائبه".

وذلك لأن الهبة وإن كانت تبرعا إلا أنها تتقل عنق الموهوب له بالجميل وتفرض عليه واجبات أدبية نحو الواهب، وقد يؤثر الموهوب له رفض الهبة إذا استشف من ورائها غايات للواهب لا يحمدتها (٢).

وتظهر ثمرة هذا الخلاف فيمن حلف ألا يهب هذه الدار لفلان، فوهبها له إلا أن الموهوب له لم يقبل الهبة، فعلى رأى الجمهور لا يحنث الواهب، لأن الهبة لم تتحقق، إذ هى لا تتحقق عندهم إلا بالقبول والموهوب له لم يقبل، أما على رأى الحنفية ما عدا زفر، فإن الواهب يحنث، لأنه حلف ألا يهب وقد وقعت منه الهبة وتحققت بالإيجاب (٣).

الأدلة

استدل الجمهور على ما ذهبوا إليه من أن الصيغة هى مجموع الإيجاب والقبول بالآتى:

١- ما روى عن أبى هريرة رضي الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : "لو اهدى إلى ذراع لقبلت، ولو دعيت إلى كراع (٤) لأجبت" (٥)

فقوله صلى الله عليه وسلم فى الحديث : "لقبلت" وقوله : "لأجبت" دليل ظاهر فى اعتبار القبول جزءا من أركان الهبة.

أدلم ترجم

٢- ما روى عن أم كلثوم بنت أبى سلمة قالت : "لما تزوج النبى صلى الله عليه وسلم قال لها : أنى قد أهديت إلى النجاشى حلة أواقى من مسك، ولا أرى النجاشى إلا قد مات، ولا أرى هديتى إلا مردودة، فإن ردت

١- بدائع الصنائع ١١٥/٦، البحر الرائق ٢٨٥/٧.

٢- د/ عبد الرازق السنهورى- الوسيط فى شرح القانون المدنى- ٢٩/٥.

٣- البدائع ١١٥/٦.

٤- الكراع : هو وزان غراب من البقر والغنم، المصباح المنير ٢٢٨/٢.

٥- السنن الكبرى للبيهقى ١٦٩/٦.

على فهي لك. قالت وكان كما قال رسول الله ﷺ وردت عليه هديته فأعطى كل امرأة من نسانه أوقية مسك، وأعطى أم سلمة أوقية المسك والحلة" (١).

فقد أدى موت النجاشي إلى رد الهدية التي أهديت إليه من رسول الله ﷺ ، وذلك لعدم تحقق القبول قبل موته ، وفي هذا دليل على اشتراط القبول لتمام الهدية.

٣ - قياس الهدية على البيع ، بجامع انتقال الملك في كل ، والبيع لا ينعقد إلا بالقبول فكذا الهدية (٢).

أما الحنفية فقد استدلووا على ما ذهبوا إليه من أن الصيغة تتحقق بالإيجاب فقط بالآتي :

١ - ما روى عن الصعب بن جثامة رضي عنه أنه أهدى إلى رسول الله ﷺ حمارا وحشيا وهو بالأبواء ، أو بودان ، فرد عليه ، فلما رأى ما في وجهه قال : أما إنا لا نرده عليك إلا أنا حرم" (٣).

فقد أطلق الراوى فى هذا الحديث لفظ الإهداء بدون القبول، والإهداء من ألفاظ الهدية ، فدل على عدم توقف الهدية على القبول (٤).

يمكن مناقشة هذا الدليل على وجهين

الوجه الأول :

يحتمل أن يكون لفظ الإهداء من الراوى على اعتبار ما سيكون لو أن النبى ﷺ قد قبل الهدية.

الوجه الثانى :

أن قول النبى ﷺ : " إنا لم نرده عليك إلا أنا حرم" دليل على أن للمهدى إليه حق القبول والرد ، فهذا الدليل عليكم لا لكم.

٢ - ما رواه عروة عن عائشة رضي عنها أن أبا بكر رضي عنه نحلها جذاذ (٥) عشرون وسقا (٦) من ماله

١- صحيح البخارى مع فتح البارى ٢٢٢/٥ ، السنن الكبرى للبيهقى ٢٦/٦ .

٢- روضة الطالبين ٣٦٥/٥ .

٣- صحيح البخارى مع ففتح البارى ٢٠٢/٥ .

٤- بدائع الصنائع ١١٥/٦ .

٥- الجذاذ : مأخوذ من الجذ وهو القطع، يقال : جذذت الشيء جذا، أى : قطعته، ينظر لسان العرب ٥٧٤/١ .

بالعالية ، فلما مرض قال : يا بنية ما أحد أحب إلى غنى بعدى منك ، ولا أحد أعز على فقرا منك ، وكنت نحلته جذاذ عشرين وسقا ووددت أنك حزتيه أو قبضتيه وهو اليوم مال الوارث أخوك وأختاك فاققسموه على كتاب الله عز وجل" (١).

فقد أطلق الصديق رضي الله عنه إسم النحلة بدون القبض ، والنحلة من ألفاظ الهبة ، فثبت أن الهبة فى اللغة عبارة عن نفس إيجاب الملك ، والأصل أن معنى التصرف الشرعى وهو ما دل عليه اللفظ لغة (٢) ، ويمكن مناقشة هذا الاستدلال : بأنه استدلال غير صحيح ، لأن الأثر المذكور قد دل على أن الهبة تملك بالقبض حتى لو سبقها قبول من جانب الموهوب له ، ولا دلالة فيه على أن الهبة تملك بالإيجاب وحده.

كما أن القبول قد يكون باللفظ كقول الموهوب له : " قبلت " أو ما يقوم مقام هذا اللفظ عرفا ، وقد يكون بالفعل ، كما لو قام الموهوب له بقبض الموهوب دون أن يتلفظ بالقبول ، وقد دل هذا الأثر على أن القبول الفعلى هو الذى تتم به الهبة ، وبذلك يكون ما استدللتم به عليكم لا لكم.

٣ - أن المقصود من الهبة هو اكتساب المدح والثناء بإظهار الجود والسخاء ، وهذا يحصل بدون القبول (٣).

صلى الله على محمد وآله

يمكن مناقشة ذلك : بأنه معقول فى مقابلة نص فيكون مردودا ولو سلم جدلا عدم وجود نص ، فإن الاكتفاء بالإيجاب وحده من شأنه أن يؤدي إلى انتقال الملك إلى الغير مباشرة دون توقف على قبول ذلك الغير والمعروف شرعا أن الإنسان لا يملك إلا بإذنه حتى يتحقق للسؤال وجهه من أين اكتسبه وفيما أنفقه ، كما أن الموهوب له قد يؤثر رفض الهبة إذا استشرف من ورائها غايات للواهب لا يحمدنها الموهوب له.

كما أن الهبة عقد ، لا إرادة منفردة ، فتتوقف على القبول حتى لا يملك الموهوب له حقا دون رضاه. ولهذا كله كان الراجح فى نظرى هو ما ذهب إليه الجمهور وتبعهم فيه القانون المدنى المصرى من

٦- الوسق : حمل بعير ، يقال : عنده وسق من تمر ، والجمع وسوق ، وهو ستون صاعا بصاع النبى ﷺ ، والصاع خمسة أرتال وثلاث ، انظر المصباح المنير ٩٠٩/٢ .
١- موطأ الإمام مالك مع شرح الزقانى ٤٤٧/٤ ط مصطفى البابى الحلبي .
٢- البدائع ١١٥/٦ .
٣- المرجع السابق ١١٥/٦ .

توقف الهبة على الإيجاب والقبول معا.

﴿حقيقة التراضى فى القانون المدنى المصرى﴾

ذكرت فيما سبق أن القانون المدنى المصرى قد اتفق مع جمهور الفقهاء فى اعتبار الإيجاب والقبول ركنا من أركان الهبة.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن المقنن المدنى المصرى قد رأى ضرورة تسجيل الهبة فى ورقة رسمية عن طريق مكاتب التوثيق وذلك متى كانت الهبة واردة على عقار، أو منقول لم يقبض، ما لم تتم الهبة تحت ستار عقد آخر مادة (٤٨٨).

من أجل هذا قسم شراح القانون المدنى شروط الانعقاد إلى شروط موضوعية وشروط شكلية.

(أ) الشروط الموضوعية

اشتراط القانون المدنى المصرى لانعقاد الهبة وجود التراضى بين المتعاقدين، ويقصد بالتراضى تطابق إرادة المتعاقدين وتوافقها وانصرافها إلى إبرام عقد الهبة، وبهذا يكون قبول الموهوب له ضروريا لانعقاد الهبة وقد نصت على ذلك المادة (١/٤٨٧) مدنى بقولها: "لا تتم الهبة إلا إذا قبلها الموهوب له أو (نائبه)، وإذا كان القبول على أى صورة ضروريا فليس بلازم أن يكون صريحا، بل يعتبر سكوت الموهوب له قبولا لإيجاب الواهب، لأن هذا الإيجاب يتمحض لمنفعته، فإذا كان الواهب هو ولى الموهوب له، أو وصيه، ناب عنه فى قبول الهبة، وكذلك الحال إذا كان قيما عليه.

وتسرى على التعبير عن الإرادة فى هذا العقد القواعد العامة التى تسرى على غيره من العقود، والغالب أن يكون الإيجاب صريحا، ولكن يجوز أن يكون ضمنيا، كزوج يقدم هدية لزوجته فى مناسبة خاصة، أو صديق يقدم هدية لصديقه لمناسبة زفافه، وفى هذه الحالة يجب أن يدل المظهر المتخذ على قصد الموجب، لأن نية الهبة لا تفترض (١).

(ب) الشروط الشكلية

الهبة فى ظل القانون المدنى المصرى عقد شكلى، ويبرر الشكلية فى عقد الهبة هو أن الهبة عقد

١- د / محمد كامل مرسى- المرجع السابق- ٢٣/٢، د / محمود جمال الدين زكى- المرجع السابق- ص ١٣١ وما بعدها، مجموعة الأعمال التحضيرية ٢٤٦/٤.

خطير يقع نادرا ولدوافع قوية ، إذ يتجرد الواهب عن ماله دون مقابل، ولذلك فإن الواهب فى أشد الحاجة إلى التأمل والتدبير وتعينه الشكلية على ذلك، وقد ورد فى هذا الصدد نص المادة(٤٨٨) والتي نصت على ما يأتى

١- تكون الهبة بورقة رسمية وإلا وقعت باطله ما لم تتم تحت ستار عقد آخر.

٢- ومع ذلك يجوز فى المنقول أن تتم الهبة بالقبض دون حاجة إلى ورقة رسمية.

فمن هذا النص يتبين أن شكل الهبة فى العقار يختلف عنها بالنسبة للمنقول، وهو ما نوضحه فى الآتى

١- شكل الهبة فى العقار

لا تتم هبة العقار إلا بورقة رسمية (١)، وذلك عن طريق مكاتب التوثيق بعد دفع الرسم المستحق، ويجب على الموثق التثبت من أهلية المتعاقدين ورضائهما، ولا يجوز التوثيق إلا بحضور شاهدين يوقعان عقد الهبة، وعلى الموثق قبل توقيع المتعاقدين على الهبة أن يتلو سيرة العقد مع بيان الأثر القانونى المترتب عليه ، ويكون من حقه رفض التوثيق إذا اتضح له عدم توافر الأهلية ، أو الرضاء لدى المتعاقدين ، أو أن الهبة ظاهرة البطلان.

وفى الغالب يكون قبول الموهوب له للهبة متصلا بإيجاب الواهب ، فتحرر الورقة الرسمية متضمنة كل من الإيجاب والقبول فى وقت واحد ، ولكن قد ينفصل القبول عن الإيجاب وفى هذه الحالة يجب أن يكون الإيجاب فى ورقة رسمية ، أما القبول فلم يشترط القانون المدنى المصرى أن يكون مكتوبا فى ورقة رسمية فيمكن أن يتم بورقة عرفية أو باللفظ أو حتى بمجرد السكوت ، وذلك لأن الشكلية تقررت أصلا لحماية الواهب ، فجاز تيسيرا على الموهوب له أن يقبل الهبة بأى طريقة من طرق التعبير عن الإرادة.

وجدير بالذكر أن الورقة الرسمية يجب أن تتضمن جميع عناصر الهبة من مال موهوب ، وواهب ،

١- تطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن الأصل طبقا لنص المادة (١/٤٨٨) من القانون المدنى فى هبة العقار أن تكون بورقة رسمية حتى يتوافر للواهب الأسباب الجدية فى عقد ينزل به عن ماله دون مقابل وإلا وقعت الهبة باطله بطلانا مطلقا ولا تصححها الإجازة. جلسة ١٢-٥-١٩٨٥ طعن رقم ٦٤ س ٥٢ ق، وانظر القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض المصرية فى خمس سنوات -١٩٨٠- ١٩٨٥- إعداد م/ نبيل البناوى، ج٢ ص ١٢٥٧، ط. ١٩٨٩.

وموهوب له ، وجميع الشروط التي يحتويها هذا العقد من عوض والتزامات مفروضة على الموهوب له.

٢ - شكل الهبة فى المنقول

تكون هبة المنقول بورقة رسمية كهبة العقار ، فنص المادة (٤٨٨) مدنى صريح فى اشتراط كون الهبة بورقة رسمية ، وكل ما ذكر بشأن الرسمية فى هبة العقار يسرى على هبة المنقول. فإذا وثقت هبة المنقول فى ورقة رسمية انعقدت الهبة دون حاجة إلى القبض.

وقد اقتصت هبة المنقول بأن قبضها مغنى عن الرسمية ، وهذا هو ما أوضحته المادة (٢/٤٨٨) "ومع ذلك يجوز فى المنقول أن تتم الهبة بالقبض ، دون حاجة إلى ورقة رسمية".

فإذا لجأ المتعاقدان إلى القبض فى إبرام هبة المنقول سميت الهبة عندئذ بالهبة اليدوية لأنها تتم بالتسليم أى : بالمناولة من يد الواهب إلى يد الموهوب له ، ويعتبر التسليم فى الهبة اليدوية ركنا فى العقد وليس التزاما ناشئا عنه ، فلا تتم الهبة إلا بتسليم الموهوب تسليميا فعليا بقبضه ، ومعنى هذا أن الهبة فى هذه الحالة عقد عينى بالمعنى الحقيقى لهذا الاصطلاح ، وتطبيقا لذلك ، إذا كان الموهوب منقولا وكان صريح نص العقد يفيد الهبة ، فلا يجوز اعتباره هبة لمجرد بقاء الموهوب فى حوزة الواهب ، وإنما يعتبر هبة باطلة قانونا إذا كان العقد عرفيا ولم يسلم للموهوب وقت الهبة.

وينبنى على ذلك أن الوعد بالهبة فى المنقول باطل كالوعد بها فى العقار ما لم يكن بعقد رسمى طبقا للمادة (٤٩٠) مدنى "الوعد بالهبة لا ينعقد إلا إذا كان بورقة رسمية" (١).

جزاء الإخلال بشكل الهبة

تبطل الهبة بطلانا مطلقا إذا اختلف شكلها فى العقار أو المنقول ، فيبقى الموهوب ملكا للواهب ، فإذا أراد المتعاقدان الاستمرار فى الهبة فليس أمامهما إلا أن يعيدا إبرام العقد من جديد لاستيفاء الشكل المطلوب ، فعندئذ تتم الهبة ، ولكنها تكون هبة جديدة غير الهبة الباطلة.

ولكن هل التنفيذ الاختيارى للهبة الباطلة لعيب فى الشكل إجازة لها أم تنفيذ لالتزام طبيعى ؟.

١- د/ عبد الرزاق السنهورى- المرجع السابق- ٥٤/٥ ، د/ محمود جمال الدين زكى- المرجع السابق- ص ١٠٧ وما بعدها.

اتجه الفقه القانونى أول الأمر إلى القول : بأن الهبة الباطلة بطلانا مطلقا لعيب فى الشكل يتخلف عنها إلترام طبيعى يعتبر تسليم الموهوب له للهبة تنفيذا له ، وقد استند هذا الرأى إلى صريح ما ورد بالأعمال التحضيرية والمذكرة الإيضاحية للقانون المدنى (١).

غير أن الرأى الفقهى القانونى الحديث يرى أن الهبة الباطلة من حيث الشكل ترد عليها الإجازة، وقد استند هذا الرأى لنص المادة (٤٨٩) مدنى "إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب فى الشكل فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه" فالهبة الباطلة من حيث الشكل، ترد عليها الإجازة ما دام القانون قد نص على ذلك ، ونص فى الوقت ذاته على الطريقة التى تتم بها الإجازة وهى التنفيذ الاختيارى للهبة الباطلة ، ومن ثم لا تلحق الإجازة الهبة الباطلة إلا بهذه الطريقة دون غيرها ، كالقول أو التصرف أو غيرها من طرق التعبير عن الإرادة الصريحة أو الضمنية ، فيسلم الواهب للموهوب له قاصدا بذلك إجازة الهبة فتقلب بذلك الهبة الباطلة إلى هبة صحيحة ، وتنتقل ملكية المال الموهوب عقارا كان أو منقولا للموهوب له ، فلا يستطيع الواهب استرداده (٢).

الاستثناء من وجوب الشكلية أو العينية فى الهبة

يستثنى من وجوب الشكلية فى العقار والمنقول ، أو العينية بالنسبة للمنقول الهبة غير المباشرة والهبة المستترة ، وذلك لأن القاعدة سالفة الذكر خاصة بالهبات المباشرة (المكشوفة) دون غيرها.

أ - الهبة غير المباشرة

الهبة غير المباشرة تنشأ من أى عقد غير عقد الهبة من غير أن يكون التبرع الذى تحتويه مخفيا، والذى يميزها عن الهبات المستترة وهو وجود الصورية فى الهبات المستترة ، أما الهبات غير المباشرة فتظهر فيها نية الواهب فى التبرع ورغبته فى الهبة ، وتقع الهبات غير المباشرة غالبا فى صورة التنازل أو الترك ، كما إذا أعطى دائن مدينه مخالصة بدين مستحق عليه ، أو تنازل شخص عن حق انتفاع ، أو حق ارتفاق مقرر لمنفعة عقاره على عقار الموهوب له، ومن صورها أيضا التعهد بالدفع، والاعتراف البسيط بالدين ، وحوالة الحق ، والوفاء عن الغير والتعهد به ، والاشتراط لمصلحة الغير،

١ - مجموعة الأعمال التحضيرية ٢٥٢/٤.

٢ - د/ محمد كامل مرسى- المرجع السابق- ٨٠/٢ وما بعدها، د/ عبد الرزاق السنهورى ٦٩/٥ وما بعدها، وانظر نقض مدنى فى ١٩٨٥/٥/١٢ طعن رقم ٦٤ س ٥٢ ق، م/ نبيل البناوى -المرجع السابق- ١٢٥٧/٢.

والشراء باسم مستعار ، والمحابة فى عقود المعاوضة(١).

(ب) الهبة المستترة

تعتبر الهبة المستترة فى الواقع هبة مباشرة إذ من خلالها ينقل الواهب للموهوب له حقا عينيا أو يلتزم له بحق شخصى ولكنها تختلف من حيث أن ظاهرها يختلف عن حقيقتها فهى فى حقيقتها هبة لكنها تظهر تحت اسم عقد آخر سائراً لها.

والعقد السائر للهبة سواء كان بيعاً أو غيره يجب أن يكون مستوفياً لشروط الانعقاد فى الظاهر ، فإذا كان العقد العقد السائر للهبة عقد بيع مثلاً وجب أن يذكر ثمنها سورياً وإلا كانت الهبة مكتشوفة وتستوجب الرسمية.

وجعل الهبة تحت ستار عقد آخر لا يعفيها من سائر شروط الهبة كأهلية التبرع فى الواهب وملكته للموهوب ، وفى هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأن الهبة المستترة فى صورة بيع صحيحة متى توافرت فيها ظاهرياً الأركان اللازمة لانعقاد البيع ، ولا يغير من ذلك ثبوت نية المتصرف بالتبرع بأدلة أخرى (٢).

وقد أعفيت الهبة غير المباشرة من الشكل بحكم النظام الخاص الذى يسرى عليها أما الهبة المستترة فهى هبة مباشرة ، وكان الواجب أن تخضع لشكل الهبة ولكن القانون أعفاها من هذا الشكل بنص صريح إذ تقول المادة الأولى من المادة (١/٤٨٨) مدنى "تكون الهبة بورقة رسمية ، وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار آخر".

فالنص يعفى الهبة التى تتم تحت ستار عقد آخر أى : الهبة المستترة من الشكلية ، سواء كانت هبة عقار أو منقول ، ومن ثمّ تم هبة المنقول دون حاجة إلى ورقة رسمية ودون حاجة إلى القبض إذا كانت هبة مستترة.

١- د/ محمد كامل مرسى- المرجع السابق- ١١٢/٢ وما بعدها ، د/ محمد جمال الدين زكى- المرجع السابق- ص١١٦ وما بعدها.

٢- نقض مدنى فى ١٤/٣/١٩٧٩ السنة ٣٠، ونقض مدنى فى ١٥/١٢/١٩٨٣ طعن رقم ٥٩٩ س ٥٠ ق، نقض مدنى فى ١٢/٥/١٩٨٥ طعن رقم ٦٤ س ٥٢ ق، ينظر : الحكم الأول مجموعة أحكام النقض المدنى ج ٣ ص ٤٠٨ المكتب الفنى، ينظر الحكم الثانى والثالث -القاوعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى خمسة سنوات- ١٩٨٠/١٩٨٥، إعداد م/ نبيل البناوى ج ٢ ص ١٢٥٦، ط. ١٩٨٩.

شروط الصيغة

في ردهم العلم وهم
الظاهر اعم المصنفه

١ - أن يكون القبول متصلاً بالإيجاب ، فلا يجوز تأخير القبول عن الإيجاب ، وإنما يشترط التواصل المعتاد كالبيع (١) خلافاً للملكية حيث أجازوا تأخير القبول في ظاهر المذهب عندهم (٢).

٢ - موافقة القبول للإيجاب ، فلو أعطى على سبيل الهبة فقبل الآخر على سبيل الإعارة لم تتعقد الهبة (٣).

٣ - أن تكون الصيغة موجزة ، فإن علقت على شرط غير محقق الوجود الوجود في الحال ، أو أضيفت إلى زمن مستقبل لم تصح الهبة (٤).

٤ - أن يكون كل من الإيجاب والقبول حقيقاً ، وصادراً من شخص له إرادة يعتد بها ، بحيث لا يشوب إرادته عيب يفسدها (٥).

٥ - ألا تكون الصيغة مؤقتة ، فلو قال الواهب للموهوب : وهبت لك الدار لمدة شهر ، أو سنة فسدت الهبة ، وإلى هذا ذهب الجمهور (٦) وخالف الزيدية حيث ذهبوا إلى صحة الهبة وبطلان شرط التوقيت (٧).

وأرى ترجيح ما ذهب إليه الجمهور من بطلان الهبة بشرط التوقيت ، لأن الهبة تقتضي التملك ، والتمليك من طبيعة الدوام ، فالتوقيت يبطل العقد وإذا بطل العقد بطل الشرط تبعاً.

وتجدر الإشارة إلى أن الإيجاب والقبول يكونان باللفظ من الواهب والموهوب له ، كأن يقول الواهب وهبتك ، أو منحتك ، أو ملكتك بلا ثمن ، ويقول الموهوب له قبلت ذلك ، أو رضيتك ، والأخرس تكفيه الإشارة المفهمة الدالة على الإرادة ، ويصح أن يكون الإيجاب والقبول بالكتابة مع النية ، كما يصح

أما ركنيهم لم يتكلم في ذلك

١ - البحر الرائق ٢٦٢/٥ ، زاد المحتاج ٤٣٤/٢ ، البحر الزخار ١٣١/٤ .

٢ - حاشية الدسوقي والشرح الكبير ٨٨/٤ .

٣ - ينظر : المراجع السابقة .

٤ - بدائع الصنائع ١١٨/٦ ، أسنى المطالب ٤٧٩/٢ ، المغنى والشرح الكبير ٢٥٦/٦ .

٥ - بدائع الصنائع ١١٨/٦ ، الشرح الصغير وحاشية الصاوي ٤٣٣/٥ ، مغنى المحتاج ٣٩٧/٢ .

٦ - الفتاوى الهندية ٣٧٤/٤ ، مواهب الجليل ٥٣/٦ ، رودة الطالبين ٣٦٦/٥ ، المغنى والشرح الكبير ٢٦٤/٦ .

٧ - البحر الزخار ١٣٢/٤ ، التاج المذهب ٢٧١/٣ ط دار إحياء الكتب .

كونها بالمعاطاه^(١) ، خلافا للزيدية ، حيث يرون أن المعاطاة غير كافية لانعقاد الهبة^(٢)

ثانياً : العاقدان

ذكرنا فيما سبق أن العاقدان من الأركان عند الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة ، بخلاف الحنفية والقانون المدنى المصرى إذ يعتبر كل منهما العاقدين من الشروط لا من الأركان.

وبناء على ما تقدم فإنى سأتكلم عن العاقدين كركن عند الجمهور ، وكشروط عند الحنفية والقانون المدنى فنقول وبالله التوفيق :

العاقدان : هما الواهب والموهوب له ، فالواهب هو من صدرت منه الهبة والموهوب له : هو من صدرت إليه الهبة.

وقد اشترطت الفقهاء فى كل من الواهب والموهوب له شروطاً يجب توفرها حتى تكون الهبة صحيحة وهذه الشروط هى :

أولاً شروط الواهب

يشترط فى الواهب شرطان :

١- أن يكون الواهب من أهل التبرع

فلا تصح هبة الصبى والمجنون، لأنهما لا يملكان التبرع، وكذا الأب لا يملك هبة مال الصغير من غير شريطة العوض لقوله تعالى : ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾^(٣) والتصرف فى مال الصغير بالهبة تصرف ليس بالحسن ، ولأن التبرع بمال الصغير دون مقابل فيه إضرار به فيكون ممنوعاً ، لقوله ﷺ فى الحديث الذى رواه ابن عباس رضي الله عنه " لا ضرر ولا ضرار " ^(٤).

كما لا تجوز الهبة من المفلس المحجور عليه ، وكذا الرقيق بغير إذن سيده لأن كلاهما لا يملك

١- حاشية ابن عابدين ٥/٤ حاشية العدوى وشرح الخرشي ، مغنى المحتاج ٢/٣٩٧ ، ٣٩٨ ، المغنى والشرح الكبير ٢٥٢/٦ .

٢- البحر الزخار ٤/١٣٣ .

٣- سورة الإسراء الآية ٣٤ .

٤- مسند الإمام أحمد بن حنبل ١/٣١٣ ، ط.المكتب الإسلامى .

التبرع.

كما لا تجوز الهبة من المريض فيما زاد على ثلث ماله ، لعدم أهلية التبرع فى الزائد عن هذا القدر إلا بإذن الورثة(١) ، ويأخذ حكم المريض الزوجة عند المالكية(٢).

وقد تشدد القانون المدنى المصرى فى أهلية الواهب أسوة بعلماء الفقه الإسلامى فتطلب أهلية التبرع وهى أقوى من أهلية التصرف، لأن الواهب يقوم بعمل ضار به ضرراً محضاً.

وبناءً على ذلك فإن الصبى غير المميّزة وهو من لم يبلغ السابعة من عمرة، والمجنون والمعتوه وناقصى الأهلية وهما الصبى المميّز، والمحجوز عليه للسفه أو الغفلة، فإن أياً منهم ليس أهلاً للهبة، فتكون الهبة الصادرة من هؤلاء جميعاً هبة باطلة ولو أذن الولى، أو الوصى ، أو القيم، أو القاضى.

وقد استثنى القانون من ذلك أمرين

الأول : ما نصت عليه المادة (٥) والمادة (٣٨) من قانون الولاية على المال من أنه ليس للولى، أو الوصى التبرع بمال القاصر إلا لأداء واجب إنسانى أو عائلى وبإذن المحكمة.

الثانى : ما نصت عليه المادة (٣٩) من قانون الولاية على المال من أن الواصى أو القيم تجوز له مباشرة التصرفات الآتية بإذن المحكمة وهى :

التنازل عن الحقوق والدعاوى ، قبول الأحكام القابلة للطعن بالطرق العادية والتنازل عن هذه الطعون بعد رفعها ، والتنازل عن التأمينات وأضعافها(٣).

وبهذا يكون القانون المدنى المصرى قد اتفق مع الفقه الإسلامى فى اشتراط أهلية التبرع عدا حالتى الإستثناء.

١- ينظر : بدائع الصنائع ١١٨/٦ ، حاشية الدسوقى ٨٨/٤ ، مغنى المحتاج ٣٩٧/٢ ، كشاف القناع ٢٩٨/٤ ، شرائع الإسلام ٢٢٩/١ ، البحر الزخار ١٣٣/٤ .

٢- حاشية الدسوقى والشرح الكبير ٨٨/٤ .

٣- د/ محمد كامل موسى- شرح القانون المدنى الجديد (العقود المسماة)- ٥٩/٢ ، د/ عبد الرازق السنهورى الوسيط فى شرح القانون المدنى- ٩٧/٥ ، ٩٨ ، د/ جمال الدين العاقل عقد الهبة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى- ص ٨٤ وما بعدها.

ولكن هل السفية (١) من أهل التبرع فتصح منه الهبة ، أم أنه ليس من أهل التبرع ومن ثم تكون الهبة الصادرة منه مردودة كالهبة الصادرة من الصبي ؟.

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين.

القول الأول

للام نا قصة

ذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة والإمامية والزيدية إلى عدم صحة تصرف السفية (٢) وإن اختلفوا في أن تصرف السفية هل هو مردود بمجرد السفه أم بحكم الحاكم ؟.

فيرى بعضهم أنه محجور عليه بمجرد السفه (٣) ، ويرى البعض الآخر أنه محجور عليه بحكم الحاكم (٤) وينبنى على ذلك أن تصرفات السفية قبل الحجر عليه تكون باطلة على الأول وصحيحة على الثاني.

القول الثاني :

مخالفة لصحاحه

ذهب الإمام أبو حنيفة إلى صحة تصرف السفية وإن كان مبذرا يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحه ، وذلك لأنه مخاطب عاقل فلا يجوز الحجر عليه (٥).

وفي القانون المدني المصري يعتبر تصرف السفية ومن في حكمه كذى الغفلة تصرفاً باطلاً ولو اذن له القيم أو المحكمه ، وذلك لأن السفية وذا الغفلة لا يملكان أهلية التبرع إلا في الوقف والوصيه إذا اذنت المحكمه فيهما (م ١/١١٦ مدني) أما الهبة فلا يملكانها ولو بإذن القيم أو المحكمه ، أما الهبات الصادرة منهما قبل تسجيل قرر الحجر ، فهي في الأصل صحيحة ، ولا يسرى قرر الحجر في حق الغير إلا من وقت تسجيل القرار ، و لكن يقع كثيراً أن السفية أو ذا الغفلة يتوقع الحجر عليه ، فيتصرف في ماله قبل الحجر متواطئاً مع من تعرف إليه ، أو ينتهز الغير هذه الفرصه فيستغله ففي هاتين الحالتين -

١- السفه : هو خفة تعترى الإنسان فتحمله على العمل بخلاف موجب الشرع والعقل مع قيام العقل ، وقد غلب في عرف الفقهاء على تبذير المال وإتلافه على خلاف مقتضى الشرع والعقل - تكملة فتح القدير ٢٥٩/٩ ط مصطفى الباي الحلبي .

٢- جواهر الإكليل ٢/٢١٢ ، مغنى المحتاج ٢/١٧١ ، كشف القناع ٤/٢٩٨ ، جواهر الكلام ٢٨/١٦٣ ، التاج المذهب ٢/٣٠٨ ط دار إحياء الكتب العربية .

٣- حاشية الصاوي على أقرب المسالك ٢/١٣٠ ، الروضة البهية ١/٣٦١ .

٤- الأشباه والنظائر في الفروع للسيوطي - ص ٢٥٩ ط. دار الفكر .

٥- الهدايه مع فتح القدير ٩/٢٥٩ ط مصطفى الباي الحلبي .

التواطؤ والاستغلال - يكون التصرف باطلا إذا كان من أعمال التبرع ، وقابلا للإبطال إذا كان من أعمال التصرف أو أعمال الإدارة وفي هذا الصدد تنص المادة (١١٥/٢ مدني) علي ما يأتي :

"أما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر، فلا يكون باطلا أو قابلا للإبطال إلا اذا كان نتيجة إستغلال أو تواطؤ" (١)

الأدلة

أولا : استدلل الجمهور علي ما ذهبوا إليه بالكتاب والسنة.

(أ) الكتاب

قوله تعالى ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا﴾ (٢) وقوله ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ (٣).

فالله سبحانه وتعالى قد نهى في الآية الأولى الأولياء أن يعطوا السفهاء أموالهم، وأمرهم في الآية الثانية بدفع أموال اليتامى إليهم بشرط إيناس الرشد فيهم بطريقة الإختيار، وما كان هذا النهى وذلك الأمر المشروط إلا لعدم اضاعة أموال السفهاء، ومقتضى هذا الحجر عليهم، وإلا لم يكن للنهى في الآية الأولى، والأمر في الآية الثانية معنى لو كانت تصرفات السفهاء نافذة عليهم، وهذا محال.

(ب) السنة

ما روى عن أنس رضي الله عنه أن رجلا (٤) كان في عقده ضعفاً، وكان يبيع، وأن أهله أتوا النبي صلى الله عليه وسلم فقالوا يا رسول الله : أحجر عليه، فدعاه النبي صلى الله عليه وسلم فنهاه، فقال : يا رسول الله لا أصبر عن البيع فقال : إذا بايعت فقل هاء وهاء ولا خلابة (٥). وفي رواية إذا بايعت فقل لا خلابة (٦). أى : لا غش ولا

١- عبد الرازق السنهورى- المرجع السابق- ص٩٨،٩٩.

٢- سورة النساء الآية (٥) .

٣- سورة النساء الآية (٦).

٤- هذا الرجل هو حبان بن منقذ بن عمرو الأنصارى، وقيل هو والد حبان وكان قد شج في بعض مغازيه مع النبي صلى الله عليه وسلم بحجر في رأسه فأصابته مأمومة، فتغير بها لسانه وعقله، ولكنه لم يخرج عن التمييز ينظر : شرح الإمام النووى مع صحيح الإمام مسلم ٤٣٣/١٠ ط دار القلم بيروت.

٥- سنن الترمذى ٥٤٣/٣.

٦- سنن النسائى ٢٥٢/٧.

خدیعة.

فقد دل هذا الحديث على صحة الحجر على السفیه، لأن أهل من لا یحسن التصرف قد طلبوا من النبی ﷺ أن یحجر علیه فأقرهم على ذلك، فلو لم یکن الحجر معروفاً لديهم لما طلبوه ولأنکر علیهم ﷺ.

ثانياً : استدلل الإمام أبو حنیفة على ما ذهب إليه بأن السفیه مخاطب عاقل وفي الحجر علیه إهدار لأدميته وضرر في نفسه، والضرر في النفس أبلغ من الضرر في المال.

ويمكن مناقشة ذلك : بأن الحجر على السفیه إنما كان لحكمة وهي عدم اضاعة المال، والسفیه لا یحسن التصرف في ماله، فلو ترك وشأنه لأهلك ماله، فكان في الحجر علیه محافظة على أمواله حتى إذا رفع الله عنه هذا البلاء وجد المال الذي یعیش به عیشة كريمة، ومن هنا كان إهدار آدميته في عدم الحجر علیه، لهذا كله كان الراجح في نظری هو ما ذهب إليه الجمهور من عدم صحة تصرف السفیه.

٢- أن يكون الواهب غير مكره على الهبة

فإذا أكره الواهب على الهبة لم تصح منه وذلك لأن من شروط الواهب أن يكون مكلفاً، والإكراه یمنع التكليف فيمنع الهبة، وإلى هذا ذهب الشافعية والحنابلة والزيدية(١).

ويرى الحنفية والمالكية أن المكروه ینعقد تصرفه، ولكنه يتوقف على اجازته له بعد زوال الإكراه(٢).
محلنا لا یستحق عند طه و٢٠١٠ حلاله

وفي القانون المدني المصري یؤدی الإكراه (٣) على الهبة إلى قابلية العقد للإبطال لمصلحة من وقع الإكراه علیه ، وذلك كان يستغل الموهوب له نفوذه الأدبی على الواهب فيحمله على التجرد من ماله لمصلحته ، ويقع هذا عادة بين الزوج على زوجته، وبين الرئيس على المرؤوس.

كما أن النفوذ الأدبی إذا قصد به الوصول إلى غرض غير مشروع يعد إكراها ، فكذلك العطف

١- مغنی المحتاج ٧/٢، كشاف القناع ١٣٩/٣، التاج المذهب ٣٠٨/٢.

٢- حاشية ابن عابدين ٤/٤ ط دار أحياء التراث العربی حاشية الدسوقي ٦/٣ ط الحلبي.

٣- الإكراه : هو الضغط على الشخص لیصدر رضاؤه بتصرف تحت تأثير الخوف من أذى یهدد به. أو هو العمل الذي یبعث في نفس الشخص رهبة تحمله على التعاقد.

والحنو إذا أستغل لايتزاز مال الواهب.

أما الغلط (١) فيجب أن يكون جوهريا ، سواء فى الشئ الموهوب ، كان يهب شخص لآخر أرضا زراعية ثم يتبن بعد ذلك أنها أرض بناء ، أو فى شخص الموهوب له ، كان يهب شخص لآخر على أنه قريبه ثم يتبين غير ذلك ، أو فى قيمة المال الموهوب ، كان يهب شخص لآخر أسهما ، وهو يجهل أن سهما منها قد ربح جائزة كبيرة.

أما التدليس (٢) : فأى طريقة من الطرق الإحتيالية يدفع الواهب إلى الهبة فهو يكفى لإفساد رضائه حتى ولو كان هذا الطريق مجرد الكذب أو الكتمان.

وإذا وقع التدليس من غير الموهوب له فللواهب أن يطلب إبطال الهبة إذا كان الموهوب له يعلم أو كان من المفروض أن يعلم بهذا التدليس مادة (١٢٦/م).

أما الاستغلال (٣) : فيتحقق باستغلال الموهوب له فى الواهب طيشة البين أو هواه الجامح مثال ذلك : أن يتزوج شيخ من فتاة فيصبح تحت سلطانها فتستغل ضعفه وهواه فيهب لها من الهبات المستترة ولأولادها ما تشاء، أو أن يلقي الطيش بشاب ثرى فى أيدى بطانة من سوء فيستغلونه ويبتزون ماله فإذا وقع للواهب أى اكراه أو غلط أو تدليس علم النحو المبين كان له حتى لو لم يكن له حق الرجوع فى الهبة أن يطالب بإبطال العقد (٤).

وواضح مما تقدم المدنى المصرى يتفق مع الحنفية والمالكية، لأن قابلية العقد للإبطال تعنى أن العقد صحيح حتى يتقرر إبطاله.

وأرى ترجيح ما ذهب إليه الشافعية الحنابلة والزيدية من بطلان تصرف السفیه، لما روى عن ابن عباس رضی الله عنهما قال : قال رسول الله ﷺ : تجاوز الله عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكروا

١- الغلط : وهم يقوم فى ذهن الشخص فيصور له الأمر على غير حقيقته ويكون هو الدافع إلى التعاقد.

٢- التدليس : هو استعمال حيلة توقع المتعاقد فى غلط يدفعه إلى التعاقد.

٣- الاستغلال : هو أن يستغل أحد المتعاقدين حالة الضعف التى يوجد فيها المتعاقد الآخر للحصول على مزايا لا يقابلها منفعة لهذا الأخير أو تتفاوت معها، انظر هذه التعريفات؛ د/ عبد المنعم فرج الصدة - مصادر الالتزام - ص ١٨١، ١٩٧، ٢٠٥، ٢١٨. ط. ١٩٦٠، وانظر د/ جميل الشرقاوى - النظرية العامة للالتزام - ص ١١١ وما بعدها. ط. ١٩٧٦.

٤- عبد الرازق السنهورى - المرجع السابق - ١٠٦ أو ما بعدها.

عليه^(١)، ولأن تصرف المكره ما دام يتوقف على الإجازة فإنه يعتبر كأن لم يكن وقت حدوث الإكراه.

ثانياً : شروط الموهوب له

١- أن يكون له أهلية التملك لما يوهب له، فلا تصح الهبة للحيوان والجماد وما شابه ذلك مما ليس هو أهلاً للتملك، كالرقيق فإن أطلق له الهبة فهي لسيدة، لعدم أهليته للتملك أما المحجور عليه فتصح له الهبة والذي يقبل عنه وليه، فإن لم يكن له ولي قبل عنه الحاكم^(٢).

٢- أن يكون موجوداً وجوداً حقيقياً وقت الهبة، فإن كان معروفاً أو موجوداً وجوداً حكيمياً، كالحمل المستكن لم تصح الهبة، لأن القبول وهو ركن الهبة لا يتحقق فيهما^(٣).

وبهذا أخذ القانون المدنى المصرى^(٤).

ثالثاً : المحل

الأصل فى الهبة أن تكون عقداً ملزماً لجانب واحد، وهو جانب الواهب، فيلتزم وحده ومحل التزامه هو الشيء الموهوب، ولكن يجوز أن يشترط الواهب فى الهبة عوضاً، فتكون الهبة كالبيع ملزمة للجانبين، ويكون محل التزام الموهوب له هو هذا العوض المشترط.

فالهبة إذن يكون لها دائماً محل واحد وهو الشيء الموهوب، ولكن قد يكون لها محل آخر وهو العوض، وسنتكلم عن كلا المحلين فى الآتى :

أولاً : الشيء الموهوب

الشيء الموهوب هو : ما تقع عليه الهبة من الواهب إلى الموهوب له. وقد اشترط الفقهاء فى الشيء الموهوب شروطاً حتى تكون الهبة صحيحة وهذه الشروط هى :

- ١- المستدرك للحاكم ١٩٨/٢ ط. دار المعرفة.
- ٢- مغنى المحتاج ٣٩٧/٢، حاشية الدسوقي ٨٧/٤.
- ٣- المبسوط ٦٠/١٢ مغنى المحتاج ٣٩٧/٢.
- ٤- د/ محمد كامل مرسى- العقود المسماة- ٦٧/٢، د/ عبد الرازق السنهورى الوسيط فى شرح القانون المدنى- ١٠٢/٥، د/ أكثم الخولى- العقود المدنية- ١٠٣، ١٠٤.

١- أن يكون مملوكاً للواهب

فإذا كان الموهوب غير مملوك للواهب كان الواهب فضولياً^(١)، وتصرف الفضولى يقع باطلاً، سواء كان هبة، أم غيرها من أنواع التصرفات، وإلى هذا ذهب الحنابلة والشافعية فى قول لهم ووافقهم المالكية إذا كان تصرفه بغير الهبة^(٢).

أما الحنفية والشافعية فى القول الآخر فقد ذهبوا إلى أن تصرفه يقع صحيحاً ويتوقف نفاذه على إجازة المالك الأصلى ووافقهم المالكية إذا كان تصرفه بالهبة^(٣).

أما التقنين المدنى المصرى فقد أحال بالمادة (٤٩١م) هبة ملك الغير إلى المادتين (٤٦٦، ٤٦٧م) فقد نصت المادة (٤٩١م) على ما يأتى :

"إذا وردت الهبة على شيء معين بالذات غير مملوك للواهب، سرت عليها أحكام المادتين ٤٦٦، ٤٦٧" وبالرجوع إلى المادتين المذكورتين تبين أن المادة (٤٦٦) تنص على ما يأتى:

١- إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع، ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على العقار، سجل العقد أم لم يسجل.

٢- وفى كل حال لا يسرى هذا البيع فى حق المالك للعين المبيعة ولو أجاز المشتري العقد.

أما المادة (٤٦٧) فتتص على ما يأتى :

١- إذا أقر المالك البيع سرى العقد فى حقه وانقلب صحيحاً فى حق المشتري.

٢- وكذلك ينقلب العقد صحيحاً فى حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد، بذلك تكون هبة ملك الغير فى القانون المدنى المصرى كبيع ملك الغير، البطلان النسبى لمصلحة الموهوب له وعدم النفاذ فى حق المالك الأصلى^(٤).

١- الفضولى : هو من يتصرف فى حق غيره بغير إذن شرعى، حاشية ابن عابدين ١٣٥/٤ ط دار أحياء التراث العربى.

٢- كشاف القناع ١٥٧/٣، مغنى المحتاج ١٥/٢، حاشية الدسوقى ٨٧/٤.

٣- البدائع ١١٩/٦، مغنى المحتاج ١٥/٢، حاشية الدسوقى ٨٨/٤.

٤- د/ أكتّم الخولى- العقود المدنية- ص ١٠٥.

وبذلك يكون المقنن المدنى المصرى قد وافق الحنفية ومن وافقهم من عدم نفاذ التصرف فى حق المالك الاصلى إلا بالاجازة.

ونرى ترجيح ما ذهب إليه الحنابلة ومن وافقهم من بطلان تصرف الفضولى، لأن من لا يملك الشيء لا يملك التصرف فيه ما لم يكن مفوضاً من المالك، والفضولى ليس كذلك، فيكون تصرفه مردوداً، فإذا أجازة المالك الاصلى كان عقداً جديداً وينتج أثره من وقت صدوره والله أعلم.

٢- أن يكون مالا منقولاً

يشترط فى الموهوب أيضاً أن يكون مالا منقولاً، فلا تتعد هبة ما ليس بمال أصلاً كالحر والميتة والدم، كما لا تجوز هبة ما ليس بمتقوم من الأموال كالخمر والخنزير والكلب غير المأذون فيه^(١) وقد اشترط القانون المدنى المصرى فى الشيء الموهوب أن يكون صالحاً للتعامل فيه، وقد تناولت المادة (٨١م) الأشياء التى يجوز التعامل فيها فنصت على ما يأتى :

- ١- كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية،
- ٢- والأشياء التى تخرج عن التعامل بطبيعتها هى التى لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها، وأما الخارجة بحكم القانون فهى التى لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية.

فقد أفاد هذا النص أن ما يخرج عن التعامل فيه بطبيعته أو بحكم القانون لا يصلح أن يكون محلاً للحقوق المالية ومن هذه الحقوق الهبة.

ويقصد بالأشياء الخارجية عن التعامل بطبيعتها: الأشياء التى ينتفع بها جميع الناس بغير أن يحول انتفاع بعضهم دون انتفاع البعض الآخر، كأشعة الشمس، والهواء، والبخار، ولذلك عرفها المقنن بأنها الأشياء التى لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها وهذه الأشياء غير قابلة للتملك أو الانتقال من يد إلى أخرى لذا ينعقد فيها البيع ولا يترتب عليه التزام ما، فى ذمة أحد المتعاقدين. كما لا يجوز بسببه المطالبة بتعويض.

أما الأشياء الخارجية عن التعامل بحكم القانون: فهى الأشياء التى يحظر القانون التعامل فيها إما للمصلحة الخاصة كتحریم بيع ملك الغير، وإما للمصلحة العامة كتحریم التعامل فيما يمس النظام العام

١- البدائع ٦/١١٩، حاشية الدسوقى ٤/٨٧.

والآداب(١).

٣- أن يكون موجوداً معلوماً وقت الهبة

فلا تتعقد هبة ما ليس بموجود وقت العقد مثل أن يهب ما يثمره نخلة في هذا العام، أو ما تلده أغنامه هذه السنة، وذلك لأن، تملك لمعدوم وتمليك المعدوم يبطل العقد(٢).

وخالف في ذلك المالكية حيث أجازوا هبة المعدوم المتوقع الوجود كالثمرة قبل بدو صلاحها وكذلك المغصوب وفي الجملة كل ما لا يصح بيعه في الشرع من جهة العرر(٣).

ولا يكفي عند جمهور الفقهاء أن يكون الموهوب موجوداً وقت الهبة بل لابد من كونه معلوماً فلا يصح هبة المجهول عندهم كالبيع(٤).

وخالف في ذلك المالكية أيضاً حيث يرون صحة هبة المجهول قياساً على النذر والوصية(٥).

وقد جاء القانون المدني المصري موافقاً لما عليه الجمهور حيث اشترط في الموهوب أن يكون موجوداً وقت العقد، فإن وجد كان العقد نهائياً وإلا كان باطلاً بطلاناً مطلقاً، وإذا ظهر أن الشيء الموهوب قد هلك قبل العقد أو وقت التعاقد فإن العقد لا ينعقد، لعدم وجود محل له، مثال ذلك أن يهب شخص لآخر منزله ثم يظهر أنه قد احترق قبل ذلك، أو يهب له ما شيته ثم يظهر أنها نفقت قبل التعاقد أو وقت حصوله ويعتبر الشيء غير موجود أيضاً إذا فقد وجوده القانوني كالنزول لآخر عن حق انتفاع انقضى قبل ذلك بانتهاء مدته.

وكما اشترط القانون المدني في الموهوب أن يكون معيناً أو قابلاً لتعيين أي أن يكون معلوماً للمتعاقدين فقد نص في المادة (١٣٣) من التقنين المدني على ما يأتي:

١- إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره، وإلا كان العقد باطلاً.

- ١- أنور سلطان- العقود المسماة شرح عقدي البيع والمقايضة- ص ١٤٤، ١٤٥ ط. دار نشر الثقافة- أولى ١٩٥١، د/ عبد المنعم فرج الصدة- مصادر الالتزام- ص ٢٤٢. ط. ١٩٦٠ وانظر مجموعة الأعمال التحضيرية ١/٤٥٩، ٤٦٠ ط. دار الكتاب العربي.
- ٢- البدائع ١١٩/٦، المجموع شرح المهذب ٣٧٦/٥، المغنى والشرح الكبير ٢٥٥/٦.
- ٣- بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٣٢٩/٢ ط الحلبي.
- ٤- البدائع ١١٩/٦، المجموع شرح المهذب ٣٧٣/٥، المغنى والشرح الكبير ٢٥٦/٦.
- ٥- حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير ٨٨/٤، بداية المجتهد ٣٢٩/٢.

٢- ويكفى أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره وإذا لم يتفق المتعاقدان علي درجة الشئ من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أى ظرف آخر، التزم المدين بان يسلم شيئاً من صنف متوسط(١).

وبهذا يكون القانون المدنى قد اتفق تماما مع الجمهور فى اشتراط وجود الموهوب واشتراط معلوميته ، وهو ما أرجحه حسما لما قد يقع من خلاف بين المتعاقدين.

٤ - أن يكون مقدورا على تسليمه

فإذا كان الموهوب غير مقدور على تسليمه ، كما لو كان عبدا فأبق أو بغيرا فشرده لم تصح الهبة عند الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة ، وذلك لأن الهبة تصرف فى الحال والعجز عند التسليم ينافى ذلك(٢).

وخالف فى ذلك المالكية حيث يرون صحة هبة غير المقدور على تسليمه(٣).

ويرجع سبب الخلاف بين المالكية والجمهور إلى أن الهبة هل تلزم بالعقد أم بالقبض فمن قال بالقبض اشترط القدرة على التسليم ومن قال بالعقد لم يشترط ذلك ما دام تسليم الموهوب أمر غير مستحيل ، وسنتكلم عن أدلة الفقهاء فى ذلك مفصلة عند تعرضنا لحكم الرجوع فى الهبة قبل القبض.

ومما اختلفوا فيه أيضا كون الموهوب مفرزا أى غير مشاع.

فذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة إلى عدم اشتراط هذا الشرط ، فيجوز عندهم هبة المشاع ، سواء كان يقبل القسمة أم لا يقبلها(٤).

وخالف فى ذلك الحنفية حيث فرقوا بين المشاع الذى يمكن قسمته ، وبين المشاع الذى لا يمكن قسمته ، فمنعوا الهبة فى الأول وأجازوها فى الثانى(٥).

وقد جاء القانون المدنى المصرى موافقا لما عليه الجمهور حيث أجاز هبة المشاع مطلقا سواء كان

١- ينظر : جمال الدين العاقل- عقد الهبة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدنى- ص ١٢١.

٢- البدائع ١١٨/٦ ، المجموع شرح المهذب ٣٧٣/٥ ، كشاف القناع ٢٩٨/٤.

٣- بداية المجتهد ٣٢٩/٢.

٤- بداية المجتهد ٣٢٩/٢ ، المجموع شرح المهذب ٣٧٤/٥ ، المغنى والشرح الكبير ٢٥٥/٦ ، ٢٥٦.

٥- المبسوط ٦٤/١٢ ، البحر الرائق ٢٨٦/٧.

المشاع يقبل القسمة ، أو لا يقبلها ، وقد أفادت هذا الحكم المادة (٨٢٦) من القانون المدنى بقولها : "كل شريك فى الشىوع يملك حصته ملكا تاما ، وله أن يتصرف فيها ، وأن يستولى على ثمارها ، وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء.

فهذا النص يجيز للمالك على الشىوع أن يتصرف فى ماله الشائع بالبيع والهبة وسائر التصرفات ، ومن ثم تكون هبة المشاع هبة جائزة سواء كان المشاع مما لا يقبل القسمة أو مما يقبلها(١).

وقد استدل الجمهور على ما ذهبوا إليه بالسنة والمعقول.

أ - السنة

ما روى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : كنا عند رسول الله ﷺ إذا أتته وقد هوأزن فقالوا : يا محمد إنا أصل وعشيرة، وقد نزل بنا من البلاء ما لا يخفى عليك ، فامن علينا من الله عليك ، فقال : اختاروا من أموالكم ، أو من نساتكم وأبنائكم ، فقالوا خيرتنا بين أحسابنا وأموالنا بل نختر نساتنا وأبنائنا ، فقال رسول الله ﷺ : أما ما كان لى ولبنى عبد المطلب فهو لكم... (٢).

فقوله ﷺ "أما ما كان لى ولبنى عبد المطلب فهو لكم" يدل على جواز هبة المشاع مطلقا، فكانت جائزة.

ب - المعقول

قياس هبة المشاع على بيعة ، بجامع انتقال الملك فى كل ، وبيع المشاع صحيح ، سواء كان يقبل القسمة أو لا يقبلها ، فكذا تصح هبته(٣).

واستدل الحنفية على ما ذهبوا إليه بأن القبض شرط فى الهبة كالرهن ووجوب القسمة يمنع صحة القبض وتمامه لهذا لم تجز هبة المشاع الذى يمكن قسمته ، بخلاف ما لا يمكن قسمته فتصح هبته لعدم ذلك فيه(٤).

١- د/ محمد كامل موسى- المرجع السابق- ٤٤/٥ ، د/ عبد الرازق السنهورى- المرجع السابق ١٢٤/٥.

٢- للحديث بقية ينظر سنن النسائى ٢٦٢/٦ ، ٢٦٣ ط دار البشائر الإسلامية.

٣- المجموع شرح المهذب ٣٧٥/٥.

٤- البدائع ١١٩/٦.

وأرى ترجيح ما ذهب إليه الجمهور ووافقهم فيه القانون المدنى من جواز هبة المشاع سواء كان يقبل القسمة أو لا يقبلها ، وذلك لقوة أدلتهم من السنة والمعقول ، ولأن المشاع الذى يقبل القسمة يجوز بيعه ، فجازت هبته كالذى لا يتقسم.

ثانياً : العوض

يكون العوض محلاً للهبة إذا شرطه الواهب على الموهوب له ، وتصيح الهبة فى هذه الحالة عقداً ملزماً يمنع الواهب من الرجوع فى هبته كما يلزم الموهوب له بأداء ما اشترط عليه من عوض .
وحتى تحتفظ الهبة بالطابع التبرعى يجب أن تكون قيمة العوض المشروط أقل من قيمة المال الموهوب ، حتى يكون الفرق بين القيمتين هبة وإلا كان العقد معاوضة لا تبرعاً .
فإذا كان العوض متأخراً عن العقد وليس مشروطاً فيه كان محلاً للهبة أخرى باعتباره هبة مبتدأة(١)(٢).

١- ينظر : الفتاوى الهندية ٣٩٤/٤ .

٢- د/ عبد الرازق السنهورى- الوسيط فى شرح القانون المدنى ١٢٨/٥٥ .

ركن السبب فى القانون

تسرى نظرية السبب فى القانون المدنى على عقد الهبة كما تسرى على غيره من العقود. والسبب هو نية التبرع طبقا للمذهب القديم ، ولكن لما كانت نية التبرع موجودة حتما فى كل هبة بمجرد التراضى ، فإنه يجب الأخذ بالنظرية الحديثة والتي تعتبر السبب هو الدافع الرئيسى للتبرع(١).

وقد اشترط القانون فى هذا الدافع أن يكون مشروعاً، وألا يكون مرتبطاً بشرط مستحيل على الموهوب له وإلا كانت الهبة باطلة بطلاناً مطلقاً.

مثال الشرط غير المشروع : أن يهب شخص لـ ر هبة على أن يقتل الموهوب له غريم الواهب ، أو يهب لامرأة من أجل إقامة علاقة محرمة معها.

ومثال الهبة المقترنة بشرط مستحيل : أن يهب شخص لآخر ويشترط عليه الصعود إلى السماء.

ومحل البطلان المطلق مع الشرط غير المشروع أو المستحيل ، أن يكون هذا الشرط هو الدافع إلى الهبة وإلا بأن لم يكن كذلك ، فإن الهبة تقع صحيحة ويلغو الشرط(٢).

وقد ورد بالمشروع التمهيدى للتقنين المدنى تطبيقاً لنظرية السبب :

الأول : بطلان الهبة المقترنة بشرط مستحيل ، أو غير مشروع إذا كان الشرط هو الدافع للهبة ، وبطلان الشرط دون الهبة إذا لم يكن الشرط سبباً دافعاً (مادة ٩٩٦ من المشروع التمهيدى) وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد العامة.

الثانى : وجوب رد الهدايا المقدمة من أحد الخطيبين للآخر أو من الغير ، أو لهما معا إذا فسخت الخطبة وطلب الواهب الرد. ~~المادة ٦٧٠~~ (مادة ٦٧٠ مشروع تمهيدى) وقد حذف هذا النص أيضاً اكتفاء بأحكام العرف فى هذا الشأن.

أما ما أثير من خلاف حول ضرورة علم المتعاقد الآخر بعدم مشروعية السبب كشرط لإبطال العقد وذلك إزاء النص المطلق الوارد بالمادة (١٢٦ م) فليس لهذا الخلاف ثمرة عملية فى نطاق الهبة ، إذ هناك إتفاق على أن علم الموهوب له بعدم مشروعية السبب ليس شرطاً لازماً لإبطال الهبة(٣).

١- د/ عبد الرازق السنهورى- المرجع السابق- ص ١٣٢ ، مجموعة الأعمال التحضيرية ٤/٢٦١ .
٢- د/ محمد كامل مرسى- شرح القانون المدنى الجديد (العقود المسماة)- ٥٤/٢ ، د/ محمود جمال الدين زكى- الوجيز فى النظرية العامة للإلتزامات فى القانون المدنى المصرى- ص ٢٠٨، ٢٠٩ ط. ١٩٧٨ ، جمال الدين العاقل- المرجع السابق- ص ١٣٩ .
٣- أكثم الخولى- العقود المدنية- ص ١٠٨ ، ١٠٩ .

﴿الفصل الثانى﴾

﴿أحكام الرجوع فى الهبة﴾

وفيه ثلاثة مباحث

المبحث الأول : حكم الرجوع فى الهبة

المبحث الثانى : كيفية الرجوع فى الهبة

المبحث الثالث : آثار الرجوع فى الهبة

﴿المبحث الأول﴾

﴿حكم الرجوع فى الهبة﴾

نتكلم فى هذا المبحث عن حكم الرجوع فى الهبة قبل القبض وبعده فى المطلبين الآتين

﴿المطلب الأول﴾

﴿حكم الرجوع فى الهبة قبل القبض﴾

اختلف الفقهاء فى حكم الرجوع فى الهبة قبل القبض على ثلاثة أقوال

القول الأول : يجوز الرجوع فى الهبة قبل القبض وإلى هذا ذهب الحنفية، والشافعية، والإمامية، والزيدية، والحنابلة فى رواية لهم (١).

القول الثانى : لا يجوز الرجوع فى الهبة قبل القبض وإلى هذا ذهب المالكية، والظاهرية (٢).

القول الثالث : التفصيل وحاصله : أن الموهوب إذا كان مكيلاً، أو موزوناً . جاز الرجوع فيه قبل القبض، وإذا كان غير مكيلاً، أو موزون، لم يحز الرجوع فيه قبل قبضه، وإلى هذا ذهب الحنابلة فى الرواية الأخرى (٣).

ويرجع سبب الخلاف بين العلماء فى ذلك إلى أن الهبة هل تلزم بالعقد، أم لا تلزم به، أم منها ما يلزم بالعقد، ومنها ما لا يلزم به ؟

فمن قال : بعدم لزومها بالعقد أجاز الرجوع فيها قبل القبض، ومن قال : بلزومها بالعقد منع الرجوع فيها قبل القبض، ومن قال : منها ما لا يلزم بالعقد، ومنها ما يلزم به، أجاز الرجوع فيها قبل القبض فى المكيلاً والموزون ومنعه فيما عداه .

أما القانون المدنى المصرى فقد جعل الهبة قبل القبض هبة باطلة ومن ثم لا يترتب عليها أى آثار

١- بدائع الصنائع ١١٥/٦، بهيمى على الخطيب ٢٢١/٣، شرائع الإسلام ٢٩٩/١، البحر الزخار ١٣٢/٤، المغنى والشرح الكبير ٢٥١/٦.

٢- بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٣٢٩/٢، المحلى ١٢٠/٩ ط. دار الفكر.

٣- المغنى والشرح الكبير ٢٥٠/٦، الإيضاح ١٢٠/٧

قانونية، وقد أفادت المادة (٤٨٨) من القانون المدني هذا الحكم عندما نصت على ما يأتي :

١- [تكون الهبة بورقة رسمية (١) وإلا وقعت باطلة، ما لم تتم تحت ستار آخر.

٢- مع ذلك يجوز في المنقول أن تتم الهبة بالقبض دون حاجة إلى ورقة رسمية [فمن هذا النص يتضح أن هبة العقار قبل تسجيلها في ورقة رسمية، تعتبر هبة باطلة بطلاناً مطلقاً، وكذلك هبة المنقول قبل قبضها، أو تسجيلها في ورقة رسمية، تعتبر هبة باطلة بطلاناً مطلقاً، فيبقى الموهوب ملكاً للواهب يستطيع أن يتصرف فيه كما يريد، ولا يجوز للموهوب له أن يطالبه بالتسليم (٢).

الأدلة

أولاً : استدل الحنفية ومن وافقهم على جواز الرجوع في الهبة قبل القبض بالإجماع، والمعقول.

(أ) الإجماع

روى جواز الرجوع في الهبة قبل القبض عن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما، وغيرهما ولم يعرف لها من الصحابة مخالف، فكان إجماعاً.

ويقوى ذلك ما يأتي :

١- ما رواه عروة عن عائشة رضي الله عنها : "أن أبا بكر رضي الله عنه نحلها جذاذ عشرين وسقاً من ماله بالعالية، فلما مرض قال : يا بني ما أحد أحب إلي غنى بعدى منك، ولا أحد أعز على فقرا منك، وكنت نحلته جذاذ عشرين وسقاً ووددت أنك حزينة، أو قبضت به وهو اليوم هو اليوم مال الوارث، أخوك واختاك، فاقتموه على كتاب الله عز وجل" (٣).

١- يقصد بالرسمية : توثيق الهبة بمكاتب التوثيق المختصة، وتعتبر الرسمية قبض حكماً للموهوب، ومن ثم فهي تنقل الملك إلى الموهوب له شأنها في ذلك شأن القبض الحقيقي، بل أقوى، نظراً لتوثيقها، ينظر هذا المعنى : د/ محمود جمال الدين زكي - العقود المسماة ص ١٠٧، ص من الرسالة.

٢- د/ عبد الرازق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - ٥/٥٣، م/ أنور العمروسي - التعليق على نصوص القانون المدني - ٢/٣٨٤، لأعمال التحضيرية ٤/٢٤٧.

٣- موطأ الإمام مالك مع شرح الزقاني ٤/٤٧٧ ط. مصطفى البابي الحلبي.

كتبه
م. م. م.

٢ - ما روى عن عروة عن الزبير عن عبد الرحمن القارئ عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: ما بال رجال ينحلون أبناءهم نحلا ثم يمسونها فإن مات ابن أحدهم قال: ما لي بيدي لم أعطه أحد، وإن مات هو قال: كنت أعطيته إياه، من نحل نحلة لم يحزها الذي نحلها حتى يكون إن مات لورثته، فهي باطل.

كما روى عن عمر رضي الله عنه أنه قال: الإنحال ميراث ما لم يقبض.

كما روى عن عثمان، وابن عمر، وابن عباس رضي الله عنهم أنهم قالوا: لا تجوز الصدقة حتى تقبض، كما روى ذلك عن معاذ بن جبل وشريح ^(١)(٢).

فهذه الأقوال عن الصحابة رضوان الله عليهم تفيد صراحة جواز الرجوع في الهبة قبل قبضها.

(ب) المعقول

قياس الهبة على القرض، بجامع أن كلا منهما عقد إرفاق، والقرض لا يملك إلا بالقبض، فكذا الهبة ^(٣).

ثانياً : استدل المالكية والظاهرية على عدم جواز الرجوع في الهبة قبل القبض بالكتاب والمعقول.

(أ) الكتاب

قوله تعالى [يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ] ^(٤).

فالهبة إذا تمت باللفظ كان الوفاء بها لازماً دون توقف على القبض ^(٥).

وقد نوقش ذلك بأن المراد بالعقود التي يجب الوفاء بها في الآية الكريمة، هي العقود اللازمة،

١ - مصنف عبد الرزاق ١٠٨/٩ ط. دار القلم.

٢ - ينظر : بدائع الصنائع ١٢٠/٦، المغنى والشرح الكبير ٢٤٧/٦ .

٣ - حاشية البجيرمي على الخطيب ٢٢/٣ ط. مصطفى البابي الحلبي، والحاوي الكبير ٥٣٥/٧ ط. دار الكتب.

٤ - سورة المائدة الآية (١).

٥ - المحلى ١٢٠/٩، ١٢١

والهبة قبل القبض غير لازمة، فالآية لا تتناولها (١).

(ب) المعقول

قالوا : الهبة عقد، فلم يكن القبض شرط في صحتها، كسائر العقود (٢).

ويمكن مناقشة ذلك من وجهين

الوجه الأول : هذا القياس مخالف لما روى عن الصحابة رضوان الله عليهم من جواز الرجوع في

الهبة قبل القبض، فيكون مردوداً.

الوجه الثاني : هذا القياس قياس غير منضبط، لأن العقود منها ما هو جائز كالعارية، ومنها ما هو

لازم كالبيع.

ثالثاً : استدلال الحنابلة على رواية التفصيل فقالوا : الهبة أحد نوعي التمليك فكان منها ما لا يلزم قبل

القبض، ومنها ما يلزم قبله، كالبيع، فإن منه ما لا يلزم قبل القبض، وهو الصرف وبيع الربويات،

ومنه ما يلزم قبله، وهو ما عدا ذلك من البيوع (٣).

ويمكن مناقشة هذا الاستدلال من وجهين

الوجه الأول : قياس الهبة على البيع قياس مع الفارق، ووجه الفرق :

أن البيع قائم على المعارضة، بخلاف الهبة فهي قائمة على التبرع فافتراقاً.

الوجه الثاني : أن العلة في الربويات ليست الكيل والوزن إجماعاً، بل هي محل خلاف، ومن ثم فإن

هذا القياس قياس على مختلف فيه فيكون مردوداً.

وأرى ترجيح ما ذهب إليه الحنفية ومن وافقهم من جواز الرجوع في الهبة قبل القبض، فبالإضافة

إلى قوة ما استدلوا به، فإن ما ذهبوا إليه يعطى الواهب الفرصة للاطمئنان والمشاورة قبل إقباض الهبة

حتى إذا ما قام بتسليمها إلى الموهوب له. كان ذلك دليلاً على رغبته فيها وحرصه على إتمامها.

١- الحاوي الكبير ٥٣٦/٧.

٢- بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٣٢٩/٢.

٣- المغنى والشرح الكبير ٢٥١/٦، كشاف القناع ٣٠١/٤.

المطب الثاني

حكم الرجوع فى الهبة بعد القبض

اتفق الفقهاء على أن الهبة إذا تمت بالقبض مستوفية أركانها وشروطها ترتب حكمها، وهو انتقال ملك الشيء الموهوب من الواهب إلى الموهوب له، ولكنهم اختلفوا فى حكم الرجوع فيها على قولين :

القول الأول : لا يجوز الرجوع فى الهبة بعد القبض باستثناء الوالد فيما وهب لولده، وإلى هذا ذهب

الجمهور من المالكية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية، والإباضية (١).

القول الثانى : يجوز الرجوع فى الهبة بعد القبض بشرط عدم وجود مانع من الرجوع وإلى هذا ذهب

الحنفية، والإمامية، والزيدية (٢).

هذا الخلاف مبنى على خلاف آخر، وهو أن الهبة بعد القبض هل هى عقد لازم، أم جائزة؟ فمن قال: باللزوم لم يجر الرجوع إلا أنه استثنى من هذا اللزوم الوالد فيما وهب لولده، فأجاز له الرجوع للنص عليه (٣)، ومن قال بالجواز^{أجاز} الرجوع إلا أنه اشترط لهذا الجواز عدم وجود مانع من الرجوع.

أما القانون المدنى المصرى، فقد سلك مسلك الحنفية ومن وافقهم حيث أجاز للواهب الرجوع فى الهبة بعد القبض إذا لم يوجد مانع من الرجوع إلا أنه قد انفرد بحكم خاص عندما قيد رجوع الواهب فى حالة عدم وجود مانع من الرجوع (٤) بوجود عذر أمام القضاء يبرر له هذا الرجوع، وقد ذكرت المادة (٥٠١) من القانون المدنى المصرى أعماراً للرجوع فى الهبة فى حالة عدم وجود مانع من موانع الرجوع فيها، وهذه الأعمار هى :

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

١- شرح الخرئقى وحاشية العدوى ١١٣/٥ ط. العامرية الشرفية، الاستذكار لابن عبد البر ٣١٢/٢٢ ط. دار قتيبة، المجموع شرح المذهب ٣٨٢/٥، الإنصاف ١٤٥/٧، المحلى ١٢٧/٩ ط. دار التراث، كتاب النيل وشفاء العليل ١٤/١٢ ط. دار الفتح.

٢- بدائع الصنائع ١٢٧/٦ ط. دار الحديث، فقه الإمام جعفر الصادق ط. الجواد، البحر الزخار ١٤٠/٤.

٣- إلا إذا اعتبرنا ما يعطيه الوالد لولده عطية وليست هبة اصطلاحاً فإنه ينتج عن ذلك عدم الاستثناء عند الجمهور، على اعتبار أن العطية مشروطة بالعدل بين الأولاد، وأن لا تكون حيلة لتفويت الميراث على بعض المستحقين، فيتوسع فى الرجوع فيها تصحيحاً للأوضاع بما لا يتوسع فى غيرها.

٤- سنتكلم عن هذا الموانع تفصيلاً فى الباب الثانى بعون الله تعالى.

(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)

(ج) (أن يرزق الواهب ~~بمعه~~ ^{بمعه} ولداً يظل حياً إلى وقت الرجوع، أو أن يكون للواهب ولد يظنه ميتاً وقت الهبة فإذا به حي)

وجدير بالذكر أن هذه الأعدار المذكورة ليست على سبيل الحصر فلا مانع أن تقوم أعدار أخرى غير الأعدار المذكورة، فإذا تقدم الواهب بعذر يرى أنه عذر مقنع للرجوع في الهبة وأقره القاضى على أنه عذر مقبول يببر الرجوع، فسخ القاضى الهبة، لهذا العذر.

ويعتبر فسخ القاضى للهبة بسبب وجود العذر المقبول. فسحاً قضائياً خاضع لتقدير القاضى. شأنه في ذلك شأن كل فسح قضائى.

فإذا رأى القاضى أنه عذر مقبول أقره، وقضى بفسخ الهبة، وإلا امتنع عن إجابة طلب الواهب وأبقى الهبة قائمة (١).

وقد أوردت محكمة النقض المصرية حكماً بهذا الصدد عند ذكرت أن تقدير العذر المقبول الذى يجيز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له فى الرجوع فى الهبة لا يترك للواهب وحده بل يراقبه فيه القضاء، فيخضع لتقدير قاضى الموضوع، فإذا لم يعتبر العمل الصادر من الموهوب له جحوداً كبيراً، وأقام ذلك على أسباب سائغة رفض الحكم الترخيص للواهب فى الرجوع فى الهبة، دون تعقيب من محكمة النقض على ذلك (٢).

وقد أراد القانون المدنى المصرى بهذه القيد (وجود عذر مقبول فى حالة عدم وجود مانع من الرجوع) أن يحد من اطلاق المذهب الحنفى بشأن الرجوع فى الهبة، فالظاهر فى المذهب الحنفى أن الواهب هو الذى يستقل بتقدير العذر المقبول فى الرجوع دون رقابة عليه من أحد، فيكفى فى ذلك أن يرفع الأمر إلى القضاء، إذا لم يتراض مع الموهوب له على الرجوع حتى يجيبه القاضى إلى طلبه على الرجوع إذا أراد ~~الرجوع~~ ^{الرجوع} فى الهبة، فالقانون قيد هذا الاطلاق، فأوجب للرجوع فى الهبة عذراً مقبولاً

١- د/ محمد كامل مرسى - العقود المسماة - ١٨٥/٢، د/ عبد الرازق السنهورى ١٩٧/٥ وما بعدها، د/ محمود جمال الدين زكى - العقود المسماة - ص ١٦٥، مجموعة الأعمال التخضيرية ٢٩١/٤.

٢- جلسة ١٩٨٢/١١/١٤ الطعن رقم ٦٥٣، س ق ٤١.

عدد أمثلة منه، ولم يجعل الواهب يستقل بتقدير هذا العذر، بل جعل القضاء رقيباً عليه في ذلك، فقد يجيبه إلى طلبه، وقد يرفض هذا الطلب.

وفي هذا الصدد تقول مجموعة الأعمال التحضيرية : وبهذا يكون المشرع قد أكسب عقد الهبة صلابة وقوة في الإلزام على النحو الذي ينبغي أن يكون لعقد وهو وإن كان تبرعاً إلا أنه ملزم للمتعاقدين كسائر العقود (١).

الأدلة

أولاً : أدلة الجمهور

استدل الجمهور أولاً على عدم جواز رجوع غير الوالد لولده.

بما رواه طاوس عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا يحل لأحد يعطي العطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما وهب لولده، ومثل الذي يعطي العطية فيرجع فيها كمثل الكلب يأكل حتى إذا شبع قاء ثم عاد فرجع في قيئه (٢). فالرسول صلى الله عليه وسلم لم يستثن من الحرمة بقوله : (لا يحل) إلا الوالد الوالد فيما وهب لولده، فيبقى التحريم فيما عداه قائماً.

وقد نوقش هذا الاستدلال بأن عدم الحل الوارد في الحديث ليس المراد منه الحرمة، وإنما المراد منه الكراهة بقريئة واردة في نفس الحديث وهو قوله "ومثل الذي يعطي العطية فيرجع فيها كمثل الكلب يأكل حتى إذا شبع قاء ثم عاد فرجع في قيئه" فالمشبه به وهو الكلب لا يوصف فعله بالحل ولا بالحرمة، لأنه غير مكلف، وإنما يوصف بالكراهة لتحقيقه، ولذلك نظائر شرعية كقوله صلى الله عليه وسلم لا تحل الصدقة لغنى إلا لثلاثة في سبيل الله، وابن السبيل، ورجل كان له جار فتصدق عليه فأهدى له" (٣) فلم يكن ذلك على معنى أنها تحرم الأغنياء ولكنها على معنى "لا تحل لهم من حيث تحل لغيرهم من ذوى

١- عبد الرازق السنهوري - المرجع السابق - ١٨٥/٥، د/ محمود جمال زكى - المرجع السابق - ص ١٥٩، الأعمال التحضيرية ٢٤٢/٤.

٢- صحيح البخارى مع فتح البارى ٢٢١/٥.

٣- مسند الإمام أحمد بن حنبل ٣١/٣ ط. المكتب الإسلامى.

الحاجة" (١).

ويمكن / ذلك بأن قوله ^{صلى الله عليه وسلم} "لا يحل" ذو دلالة ظاهرة على التحريم باستثناء الوالد فيما وهب لولده، والقول بغير هذا صرف لحديث عن ظاهره فلا يصار إليه.

واستدلوا ثانياً على جواز رجوع الأب فيما وهب لولده بالسنة والمعقول.

(أ) السنة

حديث ابن عباس وابن عمر السابق.

فقد استثنى النبي ^{صلى الله عليه وسلم} من تحريم الرجوع للوالد فيما وهب لولده فكان رجوعه جائزاً.

وقد نوقش هذا الاستدلال من وجهين.

الوجه الأول : أن لفظ (إلا) الوارد في الحديث ليس للاستثناء إنما هو بمعنى (ولا) أى : ولا الوالد

يحل له أن يرجع فيما وهب لولده، ولهذا الاستعمال نظائر في القرآن الكريم ومن ذلك

قوله تعالى : ﴿وَلَا تَجَادِلُوا أَهْلَ الْكِتَابِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ إِلَّا الَّذِينَ ظَلَمُوا

مِنْهُمْ﴾ (٢). أى : ولا الذين ظلموا منهم وقوله تعالى : ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقتُلَ

مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً﴾ أى : ولا خطأ (٣) (٤).

ويمكن رد هذه المناقشة بأن لفظ (إلا) الوارد في الحديث للاستثناء وليس بمعنى (ولا) وما استدللتم

به من آيات قرآنية استعملت فيها (إلا) بمعنى (ولا) استدلال غير صحيح فقد ذكر المفسرون / أن لفظ

(إلا) الوارد في الآية للاستثناء الحقيقي، والمعنى : ﴿وَلَا تَجَادِلُوا أَهْلَ الْكِتَابِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ إِلَّا

الَّذِينَ ظَلَمُوا مِنْهُمْ﴾ أى : حادوا عن الحق، فلم يؤدوا الجزية، ونصبوا لكم الحرب، فانتصروا

١- ينظر : شرح معاني الآثار للطحاوى ٧٩/٤ ط. الأنوار المحمدية، إعلاء السنن ١٠٠/٦ ط. دار القرآن والعلوم الإسلامية.

٢- سورة العنكبوت الآية (٤٦).

٣- سورة النساء الآية (٩٢).

٤- ينظر المبسوط ٥٥/١٢.

منهم (١).

وكذلك الشاء في قوله تعالى ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً﴾ فقد ذكر المفسرون أن (إلا) في الآية الكريمة بمعنى (لكن) أي ما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً البتة، ولكن إن قتله خطأ فعليه كذا (٢).

الوجه الثاني : أن المراد من قوله ﷺ : (إلا الوالد) أي : إلا الوالد فإن له أن يأخذ من مال ولده عند الحاجة (٣).

وقد أجيب عن ذلك، بأن هذا المعنى بعيد كل البعد، فلم يفهم أحد قط هذا المعنى، بل إن الجميع قد علم أن الأب إذا احتاج لم يكن حقه فيما أعطى لولده فقط، دون سائر ماله الذي لم يعطيه إياه (٤).

٢- ما روى عن النعمان بن بشير رضي الله عنه أن أباه أتى به إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : إني نحتت ابني هذا غلاماً فقال : أكل ولدك نحتت مثله، قال : لا قال فارجه" (٥).

فقد أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بشيراً بالرجوع في عطيته لابنه، وأقل أحوال الأمر الجواز (٦).

وقد نوقش هذا الاستدلال من وجهين

الوجه الأول : يحتمل أن يكون النعمان كان بالغاً ولم يسلمه أباه العطية، أو كان صغيراً ولكن فوض لرسول الله صلى الله عليه وسلم ليهبه له إن رآه صوباً (٧).

وقد أجيب عن ذلك بأن قوله ﷺ "فارجه" يدل على أن بشيراً كان قد أعطى ابنه العطية، وبهذا

١- تفسير القرطبي ٣٥٠/١٣ ط. دار الكتاب العربي، البحر المحيط ١٥٤/٧ ط. دار الفكر.

٢- تفسير ابن كثير ٣١٢/٥ ط. دار الكتب.

٣- المبسوط ٥٦/١٢، البدائع ١٢٨/٦.

٤- المحلى ١٣٥/٩.

٥- صحيح البخارى مع فتح البارى ٢١١/٥.

٦- ينظر : المعنى والشرح الكبير ٢٧١/٦.

٧- المبسوط ٥٦/١٢.

احتمال أنه كان بالغاً وأن أباه لم يسلم له العطية (١)، وهذا هو الاحتمال الأول، أما الثاني فيمكن رده بأن قول بشير "إني نحلته" يدل على أنه لم يرد تفويض الرسول ﷺ إنما أراد إشهاده عليها بعد إعطائها، وبهذا يرد احتمال أنه كان صغيراً، وكان أباه قد فوض رسول الله ﷺ في الهبة لابنه إن رآها صوباً، يؤيد ذلك ما جاء في بعض الرويات أن رسول الله ﷺ قال لبشير "لا تشهدني على جور" (٢).

الوجه الثاني: أن ما حدث من بشير لابنه لم يكن هبة، وإنما كان وصية بعد موته، بدليل أنه ﷺ قد اعتبر التسوية بين الأولاد، والتسوية إنما تجب في الوصية بعد الموت، أما الهبة في الصحة فلا (٣).

وقد أجيب عن ذلك بأن رسول الله ﷺ قد اعتبر التسوية في الهبة كما اعتبرها في العطية، فقد روى مسلم عن المغيرة عن الشعبي أن رسول الله ﷺ قال: إعدلوا بين أولادكم في النحل كما تحبون أن يعدلوا بينكم في البر" (٤). وروى عن ابن عباس مرفوعاً: إلى النبي ﷺ "سوا بين أولادكم في العطية" فلو كنت مفضلًا أحداً لفضلت النساء" (٥). أخرجه سعيد بن منصور والبيهقي من طريق أسناده حسن (٦).

ثم إن عدم اعتبار التسوية في الهبة كاعتبارها في الوصية محل خلاف في المذهب الحنفي، فعند الإمام محمد، ينبغي للوالد أن يسوى بين الأولاد في العطية على سبيل الإرث للذكر مثل حظ الأنثيين، وعند أبي يوسف يسوى بين الذكور والإناث (٧).

(ب) المعقول

أن الأب لا يتهم في رجوعه، لأنه لا يرجع إلا لضرورة أو إصلاح حال الولد. كما أن الولد وماله

١- المغنى والشرح الكبير ٢٧١/٦.

٢- صحيح مسلم مع شرح النووى ٧٥/١١ ط. دار القلم.

٣- المبسوط ٥٦/١٢.

٤- ٢١٣/٥، ٢١٤.

٥- السنن الكبرى للبيهقى ١٧٧/٦.

٦- فتح البارى ٢١٤/٥.

٧- ينظر: المبسوط ٥٦/١٣.

لأبيه، ومن ثم فإن رجوع الأب لا يسمى رجوعاً فى الحقيقة، وإن كان رجوعاً فى الظاهر (١). ولكن هل يقاس على الأب فى جواز الرجوع من فى حكمه كالأم والجد ؟

اختلف الفقهاء القائلون بجواز رجوع الأب فيما وهب لولده فى حكم رجوع الأم والجد، ويمكن توضيح ذلك على الآتى.

أولاً : رجوع الأم فيما وهبت لولدها

للفقهاء القائلين بجواز رجوع الأب فيما وهب لولده ثلاثة أقوال حول جواز رجوع الأم فيما وهبت لولدها.

القول الأول : وإليه ذهب المالكية فى قول لهم، والشافعية فى المشهور عندهم والحنابلة فى رواية، والظاهرية، وهو جواز رجوع الأم فيما وهبت لولدها، كالأب (٢).

وحتجهم : إن لفظ الوالد المستثنى فى الحديث يتناول الأم كما يتناول الأب.

ومن جهة المعنى فإن الأب كالأم، بجامع أن كلا منهما أحد أبوين فإذا جاز للأب الرجوع فينبغى أن تكون كذلك الأم ، لعدم الفارق (٣).

القول الثانى : وإليه ذهب الشافعية فى غير المشهور عندهم والحنابلة فى الرواية الأخرى، وهو عدم جواز رجوع الأم فيما وهبت لولدها (٤).

وحتجهم ما روى عن عائشة رضى الله عنها قالت : قال رسول الله ﷺ : أطيب ما أكل الرجل من كسبه وولده من كسبه (٥).

١- ينظر : المجموع شرح المذهب ٣٨٢/٥، أعلام الموقعين ٣٤٦/٢ ط. السعادة.

٢- مواهب الجليل ٦٤/٦، المجموع شرح المذهب ٣٨٥/٥، المبدع فى شرح المقنع ٣٧٧/٥، المحلى ١٢٧/٩.

٣- ينظر : بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٣٣٣/٢، المنتقى شرح الموطأ ١١٧/٦ ط. دار الكتاب العربى.

٤- المجموع شرح المذهب ٣٨٥/٥، المغنى والشرح الكبير ٢٧٣/٦.

٥- مصنف ابن أبى شيبة ١٩٦/٤ ط. الهند.

فالرسول ﷺ قد خص الوالد بالذكر، وهو باطلاقه يتناول الأب دون الأم (١).

وقد أجاب ابن حزم (٢) عن ذلك بأ الأم تقع على الجنس وهي فيه اسم الوالد (٣).

القول الثالث : وإليه ذهب المالكية في القول المعتمد عندهم، ومضمونه أن الولد إن كان كبيراً جاز لأمه الرجوع سواء كان أبوه حياً أم لا، وإن كان الولد صغيراً جاز لأمه الرجوع إن كان أبوه حياً وإلا لم يكن لها الرجوع (٤).

وقد استدلوا على جواز رجوع الأم فيما وهبت لولدها الكبير بما استدل به أصحاب القول الأول، ثم قاسوا الصغير ذا الأب عل الكبير.

واستدلوا ثانياً على عدم جواز رجوع الأم فيما وهبت لولدها الصغير الذي مات أبوه من جهة المعنى فقالوا : الصغير إذا مات أبوه صار يتيماً وهبة اليتيم لازمة، كصدقة التطوع، بخلاف الصغير ذى الأب، فهو كالكبير في جواز الرجوع، لانتفاء وصف اليتيم بوجود أبيه (٥).

وأرى ترجيح القول بجواز رجوع الأم فيما وهبت لولدها فكلاهما يقع على الجنس، فالأم والدة والهاء للتأنيت، كما أن الأم قد ساوت الأب في تحريم تفضيل بعض ولدها بالعطية، فينبغي أن تساويه في التمكن من الرجوع تخليصاً لها من الإثم، وإزالة للتفضيل المحرم.

ثانياً : الرجوع الجدة والجدة فيما وهبا لولد الولد

اختلف القائلون بجواز رجوع الأب فيما وهب لولده في جواز رجوع الجد والجدة فيما وهبا لولد الولد على قولين :

القول الأول : وإليه ذهب الشافعية في المشهور عندهم، والظاهرية، والمالكية، في غير المشهور، وهو

١- الروض المربع ٤٩٧/٢.

٢- هو أبو محمد علي بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي اليزيدي، ولد بقرطبة سنة ٣٨٤ هـ وتوفى ٤٥٠ هـ ينظر سير أعلام النبلاء ١٨٤/١٨.

٣- المحلى ١٣٦/٩.

٤- حاشية الدسوقي والشرح الكبير ٩٩/٤، جواهر الإكليل ٢١٥/٢.

٥- انظر : للرجعين السابقين.

جواز رجوع الجد والجدة فيما وهبا لولد الولد (١).

وقد احتجوا لذلك بما روى عن عبد الله بن عباس رضى الله عنهما عن النبي ﷺ قال : "ليس لأحد أن يعطى عطية فيرجع فيها إلا الولد فيما يعطى لولده" (٢). فالوالد مستثنى فى الحديث يشمل كل من له ولادة أبا كان أو أما، أما الجد والجدة فيدخلان فى الحديث باللفظ أو بالقياس (٣). ومن جهة المعنى فإن الأصول كالأب بجامع أن لكل ولادة كما فى النفقة وحصول العتق وسقوط القود ^{طحا} يجوز للأب الرجوع فكذا ينبغى لسائر الأصول لعد الفارق (٤).

القول الثانى : وإليه ذهب المالكية فى المشهور عندهم والحنابلة، والشافعية فى غير المشهور وهو عدم جواز رجوع الجد أو الجدة فيما وهبا لولد الولد (٥) وحجتهم أن الجد لا يلزمه النفقة على ولد الولد، فلا يجوز له أن يرجع فيما وهبه له قياساً على العم (٦) وتأخذ الجدة حكم الجد.

وقد نوقش ذلك بوجود الفارق بين الجد والعم.

ووجه الفرق : أن الجد أولى بالأبوة، كما أنه يقدم فى الميراث على الأخوة، فكان كالأب فى جواز الرجوع (٧).

ونرى ترجيح القول الأول : وهو جواز رجوع الجد والجدة فيما وهبا لولد الولد، وذلك لأن الله سبحانه وتعالى قد أطلق على الجد لفظ الأب فى كثير من آيات الأحكام، ومن ذلك قوله تعالى على لسان يوسف ^{عليه السلام} ﴿وَاتَّبَعْتُم مِّلَّةَ آبَائِي إِبْرَاهِيمَ وَإِسْحَاقَ وَيَعْقُوبَ﴾ (٨). وإبراهيم وإسحاق، جدا

١- مغنى المحتاج ٤٠١/١، المحلى ١٣٥/٩، جواهر الإكليل ٢١٥/٢.

٢- صحيح البخارى مع فتح البارى ٢١١/٥.

٣- حواشى الشروانى ٣١٢/٦ ط. دار صادر، حاشية البيجورى ٦٤/٢ ط. العامرة الشرقية.

٤- مغنى المحتاج ٤٠٢/٢، بجيرمى على شرح منهج الطلاب ٣٠/٣ ط. الأميرية.

٥- حاشية الدسوقى، والشرح الكبير ٩٩/٤، كشاف القناع ٣١٧/٤، مغنى المحتاج ٤٠٢/٢.

٦- ينظر : المنتقى شر الموطأ للباجى ١١٧/٦ ط. دار التراث.

٧- المرجع السابق.

٨- سورة يوسف الآية (٣٨).

يوسف العلي عليه السلام.

ومن ذلك قوله تعالى ﴿كَمَا أُنزِلَ أَبُوَيْكُمْ مِنَ الْجَنَّةِ﴾ (١) وهما آدم وحواء وأيضا قوله تعالى فى صاحبى الجدار ﴿وَكَانَ أَبُوهُمَا صَالِحًا﴾ (٢) فقد قيل : أنه الجد السابع وقيل العاشر (٣).

لهذا كله كان الراجح فى نظرى جعل الجد كالأب فى جواز الرجوع.

ثانياً : أدلة الحنفية ومن وافقهم

استدل الحنفية واللامامية والزيدية على جواز الرجوع فى الهبة بعد القبض إلا لمانع بالأدلة الآتية

(١) قوله تعالى : ﴿وَإِذَا هُبِنْتُمْ بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوهَا﴾ (٤). فالتحية فى الآية الكريمة يراد منها أكثر من معنى، منه الثناء، ومنه الهبة بالمال، وهذا المعنى الأخير هو المراد بقريته وردت فى نفس الآية وهو قوله تعالى ﴿أَوْ رُدُّوهَا﴾.

والرد يتحقق فى الأعيان مثل الهبة، ولا يتصور فى الأعراض، لأن الرد عبارة عن إعادة الشيء، وهو غير ممكن فيما ليس مادياً (٥).

ويمكن مناقشة ذلك بأن المفسرين ذكروا أن المراد من قوله تعالى ﴿فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا﴾ أى: ردوا بأحسن مما سلم عليكم، فإذا قال المسلم : السلام عليكم، كان الرد عليه : السلام عليكم ورحمة الله وبركاته، فالزيادة مندوبة، والممثلة مفروضة (٦).

ما لقول بغير هذا يصرف الآية عن ظاهرها (رد السلام) وهو لا يصر إلىه إلا بدليل، ولم يوجد دليل ظاهر يؤيد هذا التفسير (رد الأعيان) فيكون مردوداً.

١- سورة الأعراف الآية (٢٧).

٢- سورة الكهف الآية (٨٢).

٣- ينظر الجامع لأحكام القرآن ٣٨/١١ ط. دار إحياء التراث.

٤- سورة النساء الآية (٨٦).

٥- بدائع الصنائع ١٢٨/٦.

٦- ينظر : تفسير القرطبي ٢٩٧/٥ ط. دار الكاتب العربى، تفسير الطبرى ٨٦/٨ ط. دار المعارف، تفسير ابن كثير ٥٣٢/١ ط. دار البيان العربى.

٢- ما روى عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "الواهب أحق بهبته ما لم يثبت منها" (١).

فقد دل هذا الحديث على جواز رجوع الواهب في هبته ما دام لم يثبت منها : أى لم يعوض.

٣- ما روى عن الحسن عن سمره أن النبي صلى الله عليه وسلم قال "إذا كانت الهبة لذى رحم محرم لم يرجع" (٢).

فقد دل هذا الحديث على أحقية الواهب في الرجوع إذا لم تكن الهبة لذى رحم محرم.

وقد نوقش هذا الحديث وسابقه بما قاله ابن الجوزى من أن أحاديث أبي هريرة، وسمره في هذا الباب ضعيفة وليس منها ما يصح (٣).

٤- ما روى عن سيدنا عمر، وعثمان، وعلى وعبد الله بن سيدنا عمر، وأبي الدرداء، وفضاله بن عبد الله، وغيرهم رضوان الله عليهم، أنهم قالوا: بجواز رجوع الواهب في هبته إذا لم يعوض عنها ولم يرد عن غيرهم خلافه فكان إجماعاً (٤).

وقد نوقش هذا الإجماع، بأنه منقوض بأقوال الصحابة والتابعين تمنع رجوع الواهب في هبته، ومن ذلك ما يأتي:

(أ) ما روى أن معاذ بن جبل لما كان قاضياً باليمن قضى أنه أيما رجل وهب أرضاً على أنك تسمع وتطيع فسمع له وأطاع فهي للموهوب له، وأيما رجل وهب كذا وكذا إلى رجل ثم رجع إليه فهو للواهب إذا جاء الأجل، وأيما رجل وهب أرضاً ولم يشترط فهي للموهوب له (٥).

(ب) ما روى عن معمر قال : كان الحسن البصرى يقول : لا يعاد في الهبة (٦) فكيف يقال : بالإجماع مع وجود مخالفيين من الصحابة والتابعين (٧).

١- السنن الكبرى للبيهقي ١٨١/٦.

٢- السنن الكبرى ١٨١/٦.

٣- ينظر : نيل الأوطار ١٠/٦ ط مكتبة التراث.

٤- ينظر : بدائع الصنائع ١٢٨/٦

٥- مصنف عبد الرزاق ١٠٨/٩ ط. دار القلم بيروت.

٦- المرجع السابق ١٠٨/٩.

٧- المحلى ١٣٤/٩.

٥- قالوا : العوض المادى قد يكون مقصودا من هبة الأجنب، فإن الإنسان قد يهب للأجنبى إحساناً إليه، وقد يهب إليه طمعاً فى المكافأة، قال تعالى : ﴿هَلْ جَزَاءُ الْإِحْسَانِ إِلَّا الْإِحْسَانُ﴾ (١) وقال رسول الله ﷺ : فى الحديث الذى رواه ابن عمر رضى الله عنهما "من اصطنع إليكم معروفاً فجازوه" (٢) كما قال : فى الحديث الذى رواه أبو هريرة رضي الله عنه "تهادوا تحابوا" (٣) والتهادى تفاعل من الهدية فيقتضى الفعل من اثنين، وقد لا يحصل هذا المقصود من الأجنبى، وفوات المقصود من عقد محتمل يمنع لزومه، كالبيع، لأنه يعدم الرضا، والرضا فى هذا الباب كما هو شرط الصحة فهو شرط اللزوم، كما إذا وجد المشتري بالمبيع عيباً لم يلزمه العقد، لعدم الرضا عند حصول المقصود، وهو السلامة فكذا هذا (٤).

وأرى ترجيح ما ذهب إليه الجمهور من عدم جواز الرجوع فى الهبة بعد القبض باستثناء الوالد فيما وهب لولده، وذلك للأسباب الآتية.

١- كثرة النصوص التى تحت المسلمين على الوفاء بالعقود، والعهود، والشروط ومنها قوله تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (٥) والهبة عقد فيكون واجب الوفاء عملاً بالنص.

ومنها قوله تعالى : ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ﴾ (٦) وقوله ﷺ فيما رواه كثير بن عبد الله المزنى عن أبيه عن جده "المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو شرطاً أحل حراماً" (٧) ومن التزم شيئاً فقد تعهد به وشرطه على نفسه، فوجب عليه الوفاء عملاً بالنص، ووجوب الوفاء يتنافى مع جواز الرجوع.

٢- أن الواهب كان حراً مختاراً قبل صدور الهبة، بل وبعد صدورها وقبل قبضها عند أكثر العلماء، فرجوع الواهب بعد كل ذلك من شأنه أن يترك أثراً سلباً فى نفس الموهوب له.

١- سورة الرحمن الآية ٦٠.

٢- مجمع الزوائد للهيثمى ١٨١/٨ الناشر. دار الريان، دار الكتاب العربى.

٣- السنن الكبرى للبيهقى ١٦٩/٦ ط. دار المعارف العثمانية.

٤- ينظر : بدائع الصنائع ١٢٨/٦.

٥- سورة المائدة الآية (١)

٦- سورة الإسراء الآية ٣٤.

٧- السنن الكبرى ٧٩/٦.

٣- أن إجازة الرجوع فى عقد ما بعد نفاذه من شأنها أن تجعل هذا العقد عقداً غير مستقر، وإذا فقد العقد استقراره فقد كيانه، فيختل التعامل بين الناس وهذا ما ياباه الإسلام.

وبيان ذلك: أن الواهب قد يبادر بالرجوع فى الهبة بعد قبضها خوفاً من حدوث مانع يمنع كالهلاك أو الموت أو نحو ذلك فى حين يكون الموهوب له متيقظاً لمثل هذا فيبادر باستهلاك الشيء الموهوب فور قبضه حتى إذا ما فكر الواهب فى الرجوع اصطدم بمانع من موانعه، وكان من الممكن تجنب ذلك إذا قلنا بلزوم العقد بعد القبض باستثناء الوالد فيما وهب لولده.

لهذا كله كان الراجح فى نظرى هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، وإذا كان القانون المدنى المصرى قد سعى إلى تقييد إرادة الواهب فى الرجوع حيث لم يكتف بعدم وجود مانع لرجوع الواهب، وإنما اشترط بالإضافة إلى ذلك وجود عذر مقبول أمام القضاء إذا كان الرجوع بالتقاضى، فإن هذه المحاولة غير سديدة، ففكرة العذر المقبول من جانب الواهب إذا كان الرجوع بالتقاضى فكرة مقتبسة من القوانين الغربية (١) ولا توجد حكمة ظاهرة، ولا مصلحة واضحة أو غير واضحة لإقحام مبادئ من القوانين الغربية فى قواعد مستقرة فى بلادنا منذ قرون فى وقت ينادى فيه الأكثرون بالرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية الغراء ويجد هذا الإتجاه تأييداً كبيراً، فضلاً عن أن تقييد الرجوع من جانب الواهب بقيام عذر يقبله القاضى يجعل لزوم العقد تحت رحمة القاضى بدلاً من كونه مرتبطاً بإرادة الواهب (٢).

وكان أحرى بالمقنن المدنى المصرى بدلاً من هذا الخلط أن يسلك مسلك جمهور الفقهاء فيجعل عقد الهبة عقداً لازماً بعد قبضه ويستثنى من هذا اللزوم الوالد فيما وهب لولده كما سبق ذكره.

١- نقل التقنين المدنى المصرى أمثلة للعذر المقبول للرجوع فى الهبة عن التقنين الألمانى مادة (٤٣٩) ألمانى، والتقنين البولونى مادة (٣٦٤) بولونى والتقنين اللبناى مادة (٥٢٤) لبناى- د/ محمد عرفة التقنين المدنى الجديد ص ٣٣٦ ط. السعادة.

٢- ينظر : د/ محمد جمال الدين زكى - المرجع السابق - ص ١٦١.

﴿المبحث الثاني﴾

﴿كيفية الرجوع في الهبة﴾

تقديم

تكلّمنا فيما سبق عن حكم الرجوع في الهبة بهد القبض وقلنا: إنه جائز عن بعض الفقهاء إلا لمانع وغير جائز عند الأكثرين باستثناء الوالد فيما وهب لولده، لكن ما هي كيفية هذا الرجوع عند القائلين بالجواز وعند القائلين باللزوم في الحالة المستثناة عندهم؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

القول الأول : إذا ثبت حق الرجوع فإنه يكون بإرادة الواهب وحده فلا يتوقف على تراض أو تقاضى، وإلى هذا ذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية ووافقهم الإمامية والزيدية (١).

القول الثاني : يتوقف الرجوع على التراضى مع الموهب له فإذا لم يتم التراضى مع الموهوب له، فإنه يتوقف على التقاضى وإلى هذا ذهب الحنفية (٢).

وفى التقنين المدنى المصرى يتوقف الرجوع على التراضى مع الموهوب له فإذا لم يتم التراضى وأراد الواهب الرجوع كان له أن يلجأ إلى التقاضى متى كان معه عذر مقبول يبرر له هذا الرجوع وفيما يلى نتكلم عن الرجوع بالتراضى ثم الرجوع بالتقاضى.

(أ) الرجوع بالتراضى

نصت المادة (٥٠٠) من القانون المدنى المصرى فى فقرتها الأولى على ما يأتى :

"يجوز للواهب أن يرجع فى الهبة إذا قبل الموهوب له ذلك"

١- مواهب الجليل ٦/٦٣، روضة الطالبين ٥/٣٨٤، المبدع فى شرح المسحوق ٥/٣٧٧، المحلى ٩/١٢٩، فقه الإمام جعفر ٤/٢٢٩، البحر الزخار ٤/١٤٠.

٢- البدائع ٦/١٢٨، الفتاوى الهندية ٤/٣٨٥، تحفة الفقهاء ٣/٢٦٥ ط. جامعة دمشق.

فإذا تراضى الواهب مع الموهوب له على الرجوع فى الهبة كان هذا التراضى إقالة منها، وهذه الإقالة تتم سواء كان هناك مانع من موانع الرجوع فى الهبة أم لا.

والإقالة يكون لها أثر رجعيًا طبقًا للمادة (٥٠٣) من القانون المدنى وبالتالي تعتبر الهبة كان لم تكن ومن ثم يجب حماية الغير حسن النية، وهو من كسب حقًا عينيًا من الموهوب له على الشيء الموهوب قبل الإقالة.

(ب) الرجوع بالتقاضى :

إذا لم يقبل الموهوب له الرجوع فى لهبة، فليس أمام الواهب إذا أراد الرجوع إلا أن يلجأ إلى القضاء طالبًا الترخيص له فى الرجوع متى توافر شرطين.

أحدهما : عدم وجود مانع من موانع الرجوع المنصوص عليها بالمادة (٥٠٢) من القانون المدنى المصرى (١).

الثانى : وجود عذر مقبول من جانب الواهب يبرر رجوعه أمام القضاء وقد ذكرت المادة (٥٠١) من القانون المدنى المصرى أعمارًا للرجوع لا على سبيل الحصر، فمن هذه الأعمار.

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

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

(ج) أن يرزق الواهب بعد الهبة ولدًا يظل حياً إلى وقت الرجوع، أو أن يكون للواهب ولدًا يظنه ميتاً وقت الهبة فإذا به حى" (٢).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدنى، أنه ليس من الضرورى أن يقع الواهب فى فقر

١- سنتكلم بعون الله عن هذه الموانع تفصيلاً فى الباب الثانى.

٢- ينظر : م/ أنور طلبه- الوسيط فى القانون المدنى- ٣٧٥/٢ ط. ١٩٩٣، وأيضاً حكم محكمة النقض المصرية فى ١٩٨٠/١٢/٢٥ طعن رقم ٢٠٣ س ق ٥١.

شديد، بل يكفي أن ينزل عن المستوى اللائق بمكانته، ومثل ذلك أن يصبح الواهب عاجزاً عن النفقة على من تجب عليه نفقته قانونياً^(١).

وإذا كان للواهب ولدٌ وقت الهبة ثم رزق ولداً بعد ذلك فليس له الرجوع.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية: بأن المادة (٥٠٠) من القانون المدني المصرى تشترط للرجوع فى الهبة فى حالة عدم قبول الموهوب له أن يستند الواهب فى الرجوع إلى عذر يقبله القاضى فإذا كان ما تعلل به الطاعن لتبرير حقه فى الرجوع عن تنازله عن الأجرة من وقوعه فى غلط قد ثبت فساده، لكون ما يدعيه من دين الأجرة غير قابل للانقسام غير صحيح فى القانون، لأن دين الأجرة وإن كان أصلاً للمورث إلا أنه ينقسم بعد وفاته على الورثة كل بقدر حصته الميراثية^(٢).

والرجوع فى الهبة بالتقاضى إذا توافر شرطيه كان فسخاً قضائياً فإذا اختل أحد الشرطين بأن وجد مانع من موانع الرجوع فى الهبة المنصوص عليها بالمادة (٥٠٢) من القانون المدني، أو لم يقنع القاضى بعذر الواهب فى الرجوع، فإن الهبة تصبح هبة لازمة، والهبات اللازمة لا يجوز الرجوع فيها بغير التراضى ويجب على القاضى رفع الدعوى المتعلقة بذلك^(٣).

وقد استدل المالكية والشافعية ومن وافقهم على أن الرجوع إذا توافرت شروطه لا يتوقف على التراضى أو التقاضى بالآتى :

(أ) قياس الرجوع فى الهبة على الفسخ بخيار الشرط والرؤية، والفسخ بخيار الشرط والرؤية لا يتوقف على تراضى أو تقاضى فكذلك الرجوع فى الهبة إذا توافرت شروطه^(٤).

وقد نوقش هذا القياس بوجود الفارق بين الرجوع فى الهبة وبين الفسخ بخيار الشرط والرؤية.
ووجه الفرق:

- ١ - ينظر : مجموعة الأعمال التحضيرية ٤/٤٩١
- ٢ - ينظر القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى خمس سنوات من يناير ١٩٦١ حتى يناير ١٩٦٦ .
للمستشار أحمد سمير أبو شادى ط. دار الكتاب العربى للطباعة والنشر .
- ٣ - د. عبد الرازق السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى - ١٨٥/٥ .
- ٤ - مغنى المحتاج ٣/٤٠١ ، كشاف القناع ٤/٣١٦ ، البحر الزخار ٤/١٤٠ .

أن من ثبت له الخيار إذا رجع فهو مستوفٍ لعين حقه. لهذا لم يحتج في رجوعه إلى تراضى أو تقاضى؛ بخلاف من جاز له الرجوع في الهبة فإن الهبة لما صدرت بطيب من نفسه كان حقه في الرجوع ليس مستوفياً، لهذا توقف رجوعه على التراضى مع الموهوب له أو التقاضى إذا لم يتم التراضى^(١).

(ب) أنه لا حاجة إلى التراضى أو التقاضى مع ثبوت حق الرجوع للواهب^(٢)

ويمكن مناقشة ذلك بأن اللجوء إلى التقاضى إنما لزم في حالة عدم التراضى مع الموهوب له لحسم ما قد يحدث من منازعات بسبب الرجوع.

أما الحنفية فقد استدلوا على ما ذهبوا إليه من توقف الرجوع على التراضى أو التقاضى بالأدلة الآتية:

(١) قياس الرجوع في الهبة على الفسخ بسبب العيب، بجامع ثبوت حق الرجوع في كل، والفسخ بسبب العيب لا يصح إلا بالتراضى أو التقاضى، فكذلك الرجوع في الهبة لعدم الفارق^(٣).

(٢) قياس الرجوع في الهبة على الأخذ بالشفعة بجامع ثبوت الحق في كل، والأخذ بالشفعة يكون بتراضى الطرفين أو بقضاء القاضى فكذا الرجوع في الهبة^(٤).

(٣) قياس الواهب الذى يريد الرجوع في هبته على الدائن الذى يريد أخذ دينه من جنس آخر من مال المدين، والدائن لا يستطيع ذلك إلا برضى المدين أو بحكم القاضى، فكذا الواهب^(٥).

وأى ترجيح القول يتوقف رجوع الواهب على التقاضى إذا لم يتم التراضى عليه، وذلك لأن إعطاء الواهب الحق في الرجوع فيما جاز له الرجوع فيه بإرادته المنفردة دون تراضى مع الطرف الآخر أو اللجوء إلى القضاء لا يؤمن معه حدوث نزاع من جانب الموهوب له فكانت الحاجة ماسة إلى التراضى،

١- البناية على شرح الهداية ٨٤٤/٧.

٢- المحلى ١٢٨/٩ ط. دار التراث.

٣- بدائع الصنائع ١٢٨/٦، تحفة الفقهاء ٢٦٥/٣

٤- البناية على شرح الهداية ٨٤٣/٧.

٥- المبسوط ٥٧/١٢.

أو التفاضل قطعاً لما قد يحدث من نزاع من جانب الموهوب له بسبب الرجوع.

وبالموازنة بين القانون المدني المصري والشريعة الإسلامية بشأن كيفية رجوع الواهب يتبين وجود موافقة إلى حد كبير بين القانون المدني والمذهب الحنفي فكلاهما يتطلب التراضي لرجوع الواهب فإذا لم يتم التراضي، فكلاهما يشترط اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم بالرجوع، إلا أن الفقه الحنفي اكتفى في حالة الرجوع بالتفاضل بعدم وجود مانع يمنع الواهب من الرجوع في الهبة، أما القانون المدني فقد أضاف شرطاً آخر نقلاً عن القوانين الغربية وهو وجود عذر مقبول أمام القضاء يبرر رجوع الواهب. وكان رافعه في ذلك هو الحد من إطلاق جواز رجوع الواهب بما يكفل للهبة قدرًا من اللزوم.

وكان الأخرى بالقانون المدني المصري طالما أنه يسعى إلى الحد من جواز رجوع الواهب أن يسلك مسلك الجمهور من المالكية ومن وافقهم فيلزم الواهب بعدم الرجوع على الإطلاق ما لم يكن أباً، بدلاً من فكرة العذر المقبول التي تفتقد للدقة والتحديد، لخضوعها بالتقدير القاضي.

«المبحث الثالث»

«آثار الرجوع فى الهبة»

وفيه مطلبان

المطلب الأول : آثار الرجوع فى الهبة بالنسبة للمتعاقدین .

المطلب الثانى : آثار الرجوع فى الهبة بالنسبة للغير .

﴿المطلب الأول﴾

﴿أثار الرجوع في الهبة بالنسبة للمتعاقدين﴾

يترتب على الرجوع في الهبة بالنسبة للمتعاقدين الآثار الآتية :

(١) رد العين الموهوبة إلى قديم ملك الواهب.

(٢) التزام الموهوب له برد الموهوب إلى الواهب.

(٣) رجوع الواهب بالثمار.

(٤) رجوع الموهوب له بالمصروفات.

كان هذا عرضاً إجمالياً لما سنقوم بتفصيله في الفروع الأربعة الآتية:

الفرع الأول

رد العين الموهوبة إلى قديم ملك الواهب

الرجوع في الهبة فسخ لها ويترتب على ذلك اعتبار الهبة كأن لم تكن، فيعود الموهوب إلى قديم ملك الواهب ولو لم يقبضه، وإلى هذا ذهب جمهور الفقهاء من المالكية، والشافعية، والحنابلة، والإمامية، والزيدية^(١).

وقد وافق الجمهور الحنفية، إذا كان الرجوع عندهم قد تم بالتقاضي، فإن كان الرجوع بالتراضي فقد اختلفوا فيما بينهم:

فذهب أكثرهم إلى أن الرجوع في الهبة بالتراضي فسخ لها كالرجوع بالتقاضي.

وذهب الإمام زفر^(٢) إلى أن الرجوع بالتراضي هبة مبتدأه^(٣)

١- شرح منح الجليل ١٠٤/٤، مغنى المحتاج ٤٠٣/٢، المغنى والشرح الكبير ٢٨٢/٦ فقه الإمام جعفر الصادق ٢٢٩/٤، البحر الزخار ١٤٠/٤، المحلى ١٢٩/٩.

٢- هو الفقيه المجتهد زفر بن الهزيل بن قيس بن أسلم تفقه على الإمام أبي حنيفة وهو أكبر تلاميذه، وكان -

يسمى الحديث ويقتنه ولد سنة ١١٠ هـ ولوفى سنة ١٥٨ هـ سير أعلام النبلاء ٢٨/٨٥
٣- بدأه بصناع ١٣٤١ هـ لقاءى الهندية ٤٣٩٠ هـ البحر الرائق ٢٩٥/٧ تكلمه فتح
٢ لغير ٢٦/٩

وسبب الخلاف بين علماء الحنفية فى ذلك يرجع إلى أن الرجوع بالتراضى هل هو نقض للعقد من أصله، أم اتفاق على إنشاء عقد جديد؟ فمن قال بالأول : قال : هو فسخ، ومن قال بالثانى : قال : هو هبة مبتدأه وأسوة بما عليه الأكثر من الحنفية اعتبر القانون المدنى المصرى الرجوع فى الهبة فسخ لها فنص فى المادة (١/٥٠٣) مدنى على ما يأتى:

« يترتب على الرجوع فى الهبة بالتراضى أو بالتقاضى أن تعتبر الهبة كأن لم تكن، »

وقد أيد بعض شرح القانون ما ذهب إليه الإمام زفر من أن الرجوع بالتراضى هبة مبتدأه، وعاب على القانون المدنى المصرى عدم أخذه بهذا الرأى، استقراراً للمعاملات، ومحافظة على الثقة المشروعة فى التعاقد (١).

وقد استدلل الأكثر على ما ذهبوا إليه بالآتى :

(١) أن الرجوع يصح فى المشاع الذى يحتل القسمة، ولو كان هبة مبتدأه لم يصح الرجوع مع الشيوخ.

(٢) لا تتوقف صحة الرجوع على قبض الموهوب، ولو كان هبة مبتدأه لوقفت صحته على القبض.

(٣) إذا وهب شخص شيئاً فوهبه الموهوب له لآخر، ثم رجع الثانى فى هبته يكون للأول أن يرجع ولو كان هبة مبتدأه لم يكن له حق الرجوع (٢).

(٤) لا فرق بين التراضى على الرجوع والتقاضى عليه فالعاقدان يفعلان بالتراضى ما يفعله القاضى وهو الفسخ، فيظهر على الإطلاق ليشمل التراضى كما يشمل التقاضى (٣).

١- د/ محمود جمال الدين زكى - العقود المسماة - ٩٦٩، د/ أكثم الخولى - دروس فى العقود المدنية - ١٠٦، د/ جمال الدين العاقل - المرجع السابق - ٢٤٩.

٢- الفتاوى الهندية ٣٩٠/٤، البحر الرائق ٢٩٥/٧، تكملة فتح القدير ٤٦/٩.

٣- تكملة فتح القدير ٤٦/٩.

واستدل الإمام زفر بقياس الرجوع فى الهبة بالتراضى على الرد بالعيب بمجامع التراضى على الرجوع فى كل، والثانى إذا حدث بالتراضى كان عقداً جديداً فكذلك الأول، وقد أوجب عن ذلك بأن التراضى على سبب لازم يجعل العقد ابتدائياً وهنا تراضياً على رفع سبب غير لازم، وذلك لا يوجب ملكاً مبتدأ بل يكون فسخاً من الأصل^(١).

وأرى ترجيح القول بجعل الرجوع فى الهبة بالتراضى بمثابة الهبة المبتدأ إمعاناً فى الحفاظ على حقوق الغير الذى كسب حقاً على الموهوب قبل التراضى على الرجوع فيه.

الفرع الثانى

التزام الموهوب له برد الموهوب إلى الواهب

يلتزم الموهوب له برد الشيء الموهوب إلى الواهب من وقت الرجوع، وقد اختلف الفقهاء فى هذا الوقت على قولين:

فذهب الجمهور من المالكية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية، والإمامية، والزيدية^(٢) إلى أن وقت الرجوع هو وقت علم الموهوب له برجوع الواهب.

وذهب الحنفية إلى أن وقت الرجوع هو وقت التراضى إذا كان الرجوع قد تم بالتراضى أو وقت الطلب بعد قضاء القاضى إذا كان الرجوع قد تم بالتقاضى^(٣).

ويرجع سبب الخلاف بين العلماء فى ذلك إلى اختلافهم فى كيفية الرجوع فى الهبة، فمن أعطى الواهب الحق فى الرجوع بإرادته المنفردة ألزم الموهوب له برد الشيء الموهوب من وقت علمه برجوع الواهب، ومن أوقف الرجوع على التراضى أو التقاضى ألزم الموهوب له برد الشيء الموهوب من وقت الإتفاق على الرجوع إذا كان الرجوع بالتراضى أو من وقت الطلب بعد قضاء القاضى إذا كان الرجوع بالتقاضى.

١- تكملة فتح القدير ٤٦/٩.

٢- ملهب الجليل ٩٣/٦، مغنى المحتاج ٤٠٣/٢، المغنى والشرح الكبير ٢٨٢/٦، المحلى ١٢٧/٩ فقه الإمام جعفر ٢٢٩/٤، البحر الزخار ١٤٠/٤.

٣- المبسوط ٨٢/٢، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ٣٦٤/٢ ط. دار إحياء التراث.

وقد أخذ القانون المدنى المصرى بالمذهب الحنفى فنص فى المادة (٥٠٤) مدنى على ما يأتى:

١- "إذا استولى الواهب على الشيء الموهوب بغير التراضى أو التقاضى كان مسئولاً قبل الموهوب له عن هلاك الشيء سواء كان الهلاك بفعل الواهب أو بسبب أجنبى لا يد له فيه أو بسبب الإستعمال"

٢- أما إذا صدر حكم بالرجوع فى الهبة وهلك الشيء فى يد الموهوب له بعد إعداره بالتسليم، فيكون الموهوب له مسئولاً عن هذا الهلاك ولو كان بسبب أجنبى"

فمن هذا النص يتبين أن الرجوع فى الهبة كى يقع صحيحاً لابد من التراضى أو التقاضى عليه، فإذا لم يتم التراضى أو لم يصدر حكم قضائى به كانت الهبة قائمة ولا يستطيع الواهب أن يمتنع عن تسليم الشيء الموهوب إذا كان لم يسلمه، كما لا يستطيع إذا كان قد سلمه.

فإذا استرد الواهب الشيء الموهوب من الواهب بغير التراضى أو التقاضى كان مرتكباً لخطأ يسأل عنه، فإن هلك الشيء الموهوب فى يده ضمنه حتى لو وقع الهلاك بسبب أجنبى (مادة ١/٥٠٤)

أما إذا صدر حكم بالرجوع فى الهبة فإن الموهوب له يكون ملتزماً بتسليم الموهوب إلى الواهب فإن امتنع عن تسليمه بعد إعداره كان متحماً تبعه هلاك الموهوب ولو كان الهلاك بسبب أجنبى (مادة ٢/٥٠٤ مدنى (١)).

أما عن أدلة الفقهاء فقد تعرضنا لها عند كلامنا عن كيفية الرجوع فى الهبة فلا داعى لذكرها هنا لعدم التكرار.

الفرع الثالث

رجوع الواهب بالثمار

يقصد بالثمار : الزيادة الحادثة فى الشيء الموهوب بعد قبضه.

وتنقسم هذه الزيادة إلى قسمين منفصلة ومتصلة.

١- د/ عبد الرازق السنهورى- الوسيط- ٢٠٨/٥، د/ محمود جمال الدين زكى- المرجع السابق- ١٧٠، د/ جمال الدين العاقل- المرجع السابق- ٢٥٠.

فالزيادة المنفصلة : هي التي يمكن فصلها عن الشيء الموهوب دون ضرر يلحق به.

والزيادة المتصلة : هي التي لا يمكن فصلها عن الشيء الموهوب.

وكلاهما ينقسم إلى : متولده، وغير متولده.

فيكون الحاصل أربعة أقسام

١- زيادة منفصلة متولدة، كالتمر واللبن بعد الحلب.

٢- زيادة منفصلة غير متولدة، كأرش الجناية وكسب العبد.

٣- زيادة متصلة متولدة، كالسمن بالنسبة للحيوان.

٤- زيادة متصلة غير متولدة، كصبغ الثوب.

وسنتكلم أولاً عن حكم رجوع الواهب بالثمار المنفصلة وثانياً عن حكم رجوعه بالثمار المتصلة وذلك على النحو الآتي:

أولاً : حكم الرجوع بالثمار المنفصلة

اتفق الفقهاء على أن الثمار المنفصلة بنوعيتها متولدة أو غير متولدة تكون ملكاً للموهوب له إذا أراد الواهب الرجوع فيما يجوز له الرجوع فيه، حيث يكون للواهب الرجوع في الأصل وترك الزيادة للموهوب له لحدوثها على ملكة، ويظل الموهوب له مالكا للثمار حتى وقت الرجوع وقد سبق أن ذكرنا أن وقت الرجوع هو وقت علم الموهوب له برجوع الواهب، عند الجمهور وعند الحنفية هو وقت التراضي إذا كان الرجوع قد تم بالتراضي أو وقت الطلب بعد قضاء القاضى إذا كان الرجوع قد تم بالتقاضى.

وفي القانون المدنى المصرى يلتزم الموهوب له برد الثمار المنفصلة من وقت الاتفاق على الرجوع إذا كان الرجوع بالتراضى أو من وقت رفع الدعوى إذا كان الرجوع قد تم بالتقاضى، وهذا هو ما أوضحته (المادة ٥٠٣) مدنى والتي نصت على ما يأتى :

١- يترتب على الرجوع فى الهبة بالتراضى أو التقاضى 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 القدر الذى زاد فى قيمة الشيء الموهوب.

وقد كان مقتضى الفقرة الأولى من المادة سالفه الذكر أن يرد الموهوب له الثمار المنفصلة التى جناها من وقت العقد إلا أن المشرع الوضعى رأى فى مطالبته بما هو مخصص بطبيعته للإنفاق ظلماً بيناً فأعفاه من الرد عن المدة السابقة على الرجوع، حيث لا يرد الموهوب له الثمار المنفصلة إلا من وقت الاتفاق على الرجوع، أو من وقت رفع الدعوى، فقبل التراضى تكون الثمار ملكاً للموهوب له باعتباره مالكاً يبنى ثمار ملكه، وكذلك قبل التقاضى إذا أن الثمار لا تلحق بالشيء الموهوب إلا من تاريخ رفع الدعوى، فإذا قضى بالرجوع، فإن الواهب يستحق الموهوب له، وبالتالي يستحق ثماره، لأنها صابرة ملحقة به (١).

وقد استدلت الفقهاء على ملكية الموهوب له للثمار المنفصلة حتى وقت الرجوع بالآتى:-

١- أن هذه الثمار حدثت على ملك الموهوب له ومن الممكن فصلها فكانت للموهوب له، إذا أراد الواهب الرجوع (٢).

٢- أن الثمار المنفصلة لم يرد عليها العقد، فجاز الرجوع فى الأصل دونها، لإمكان ذلك (٣).

٣- أن الثمار المنفصلة لا تتبع الأصل فى الفسوخ فلا تتبعه هنا (٤).

فإن قيل : جعل الزيادة المنفصلة للموهوب له تؤدى إلى التفريق بين ولد الأمة وأمه.

قلنا : فى هذه الصورة يرجع الواهب فيهما معاً منعاً للتفريق المحرم، أو يرجع فى الأم ويمتلك

١ - د/ محمود جمال الدين زكى - العقود المسماة - ٢٠١/٢، د/ أكثم الخولى - درس فى العقود المدنية ١٠٧،

د/ جمال الدين العاقل - عقد الهبة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدنى - ٢٥٠.

٢ - الدرر الحكام ٢٢٢/٢ ط. أحمد كامل ، فقه الإمام جعفر ٢٣٠/٤.

٣ - المبسوط ٨٨/١٢، مغنى المحتاج ٤٠٣/٢

٤ - كشف القناع ٣١٥/٤

الوالد (١).

ثانياً : حكم الرجوع بالثمار المتصلة

بعد أن اتفق الفقهاء على ملكية الموهوب له للثمار المنفصلة حتى وقت الرجوع اختلفوا فى ملكية الثمار المتصلة.

فذهب الحنفية، والمالكية، والزيدية، والحنابلة، فى رواية لهم إلى أن هذه الثمار تكون للموهوب له (٢).

وذهب الشافعية، والإمامية، إلى أن هذه الثمار تكون للواهب (٣).

ويرجع سبب الخلاف بين العلماء فى ذلك إلى أن زيادة الموهوب زيادة متصلة هل تمنع الواهب من الرجوع فى الهبة أم لا؟ فمن قال: تمنع قال هو للموهوب له تبعاً للأصل، ومن قال لا تمنع قال هو للواهب تبعاً للأصل.

وقد اعتبر القانون المدنى المصرى زيادة الموهوب زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمة مانعا من موانع الرجوع فى الهبة (مادة ٥٠٢/أ مدنى) وإذا امتنع الرجوع فى الأصل امتنع الرجوع فى الثمرة تبعاً وبالتالي تكون الثمار المتصلة ملكاً للموهوب له تبعاً للأصل ما لم يتراضى الواهب مع الموهوب له على الرجوع، فإن الأصل وثمرته تبعاً يكونا للواهب، لعدم إمكان فصلهما، ويكون للموهوب له أن يرجع على الواهب بما أنفقه من مصروفات بسبب هذه الزيادة (٤).

وقد استدل القائلون بملكية الموهوب له للثمار المتصلة بالآتى :

١- أنه لا وجه للرجوع فى الموهوب دون الزيادة لعدم الإمكان، ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت

١ - المغنى والشرح الكبير ٢٨٠/٦.

٢ - الفتاوى الهندية ٣٨٦/٤. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٠٠/٤ ط. التقدم العلمية، البحر الزخار ١٣٩/٤، المغنى والشرح الكبير ٢٧٨/٦.

٣ - مغنى المحتاج ٢٠٤/٢، شرائع الإسلام ٢٢/٣ المغنى والشرح الكبير ٢٧٨/٦.

٤ - د/ عبد الرازق السنهورى - المرجع السابق - ١٩٥/٥، د/ محمد كامل مرسى - شرح القانون المدنى الجديد (العقود المسماة) - ١٨٦/٢، د/ جمال الدين زكى المرجع السابق ١٦٩.

العقد (١)

٢- رجوع الواهب بالثمار مشروط بتميزها عن الأصل وقد تعذر التمييز مع الزيادة المتصلة فامتنع الرجوع فيها، وإذا امتنع الرجوع فيها امتنع في الأصل، فتكون الثمار ملكاً خالصاً للموهوب له تبعاً للأصل (٢).

٣- أن هذه الزيادة حدثت على ملك الموهوب له فتكون ملكاً خالصاً له كالزيادة المنفصلة (٣).

واستدل القائلون بملكية الواهب للزيادة المتصلة يقولون :

الزيادة المتصلة لا تمنع رجوع الواهب في الأصل فتكون ملكاً له تبعاً للأصل، لعدم إمكان فصلها (٤).

وقد نوقش ذلك بأن هذه الزيادة وإن لم يمكن فصلها عن الشيء الموهوب إلا أنها قد حدثت على ملك الموهوب له ولم تحدث على ملك الواهب، والرجوع لا يكون إلا بما تناوله العقد وقد تعذر ذلك مع الزيادة المتصلة فتكون مانعة من الرجوع في الأصل وإذا امتنع الرجوع في الأصل كانت الثمرة ملكاً للموهوب له تبعاً (٥).

ولهذا كله كان الراجح في نظري هو ما ذهب إليه الحنفية ومن وافقهم وهو أن الثمار المتصلة ملك للموهوب له، لأنها تمنع الرجوع في الهبة فتكون للموهوب له تبعاً.

ومن العرض المتقدم يمكن لنا استخلاص ما يأتي :-

يتفق القانون المدني مع الفقه الإسلامي في تمليك الموهوب له للزيادة المنفصلة حتى وقت الرجوع في الهبة على اختلاف بينهم في هذا الوقت، فعند الجمهور هو وقت علم الموهوب له برجوع الواهب، وعند الحنفية هو وقت التراضي أو الطلب بعد قضاء القاضى، وفي القانون المدني المصرى هو وقت

١ - الهداية شرح بداية المبتدى ١٦٦/٣ ط. محمد على صبيح.

٢ - البحر الزخار ١٣٩/٤، شرح الأزهار ٤٤١/٣.

٣ - المغنى والشرح الكبير ٢٧٨/٦، كشف القناع ٣١٥/٤.

٤ - مغنى المحتاج ٤٠٣/٢، الروضة البهية ٢٦٨/١ ط. دار الكتاب العربى.

٥ - بدائع الصنائع ١٢٩/٦، البحر الزخار ١٣٩/٤.

التراضى أو وقت رفع الدعوى.

وأرى أن هذا الخلاف شكلي؛ لأن الواهب يلتزم بدفع المصروفات التي أنفقها الموهوب له من وقت الرجوع فى مقابل حصوله على الثمار من ذلك الوقت، كما أن الموهوب له يظل مالكا للموهوب وثماره حتى وقت الرجوع.

كما يتفق القانون المدنى مع رأى أكثر فقهاء الشريعة الإسلامية وهو اعتبار الزيادة المتصلة مانعا من الرجوع فى الهبة، وبالتالي تكون الثمار المتصلة للموهوب له تبعاً للأصل، خلافاً للشافعية، والإمامية حيث لم يجعلوها ملكاً للواهب إذا أراد الرجوع، تبعاً للأصل، وقد سبق أن رجحت ما ذهب إليه الأكثرون من الحنفية ومن وافقهم.

الفرع الرابع

رجوع الموهوب له بالمصروفات

من القواعد الأساسية في الفقه الإسلامي جعل الغنم في مقابل الغرم، ولتطبيق هذه القاعدة على الرجوع في الهبة يجب التفريق بين حالتين :

حالة ما قبل رجوع الواهب، وحالة ما بعد رجوعه.

فقبل رجوع الواهب تكون الثمار ملكا للموهوب له؛ لأنها نماء ملكه والمالك يجني ثمار ملكه، ومن ثم تكون المصروفات على الموهوب له حتى يكون الغنم في مقابل الغرم.

أما بعد الرجوع، فإن الثمار تكون ملكا للواهب، فإذا أنفق الموهوب له شيئاً على الموهوب بعد رجوع الواهب كان له الحق في الرجوع على الواهب بما أنفقه من مصروفات من وقت الرجوع.

وقد نقل المقتن المصري هذا الحكم عن الشريعة الإسلامية الغراء فنص في المادة (٢/٥٠٣) من القانون المدني على ما يأتي :

"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 القدر الذي زاد في قيمة الشيء الموهوب"

فطبقاً لقاعدة الغنم بالغرم يحق للموهوب له أن يرجع على الواهب بما أنفقه من مصروفات على الشيء الموهوب إذا حدث الرجوع قبل حصول الموهوب له على الثمار.

كما يحق للموهوب له أن يرجع على الواهب بما أنفقه من مصروفات على الشيء الموهوب بعد الرجوع، لأن الموهوب وثماره بعد الرجوع يكون ملكاً للواهب.

ورجوع الموهوب له على الواهب بما أنفقه من مصروفات على الشيء الموهوب من وقت الرجوع يخضع للتفصيل الآتي:

١- إذا كانت هذه المصروفات ضرورية، كإصلاح حائط يهدد بسقوط المنزل الموهوب، كان من حق الموهوب له أن يرجع بها كلها على الواهب مادة (٢/٥٠٣) مدني.

٢- إذا كانت المصروفات نافعة، كسواء ما هو لازم من آلات لاستعمالها فى الأرض الموهوبة، كان من حق الموهوب له أن يرجع على الواهب بأقل القيمتين : المصروفات التى أنفقها، أو زيادة قيمة الشئ الموهوب بسبب هذه المصروفات مادة (٢/٥٠٣) مدنى مصرى.

غير أن هذا الحكم لا ينطبق إلا إذا كانت المصروفات النافعة متخذة شكل زيادة منفصلة، لأن إنفاقها إذا كان لإحداث زيادة متصلة، كالبناء، أو الغراس امتنع على الواهب الرجوع أصلاً.

٣- إذا كانت المصروفات كمالية، كتعليق أدوات زينة على أسقف وحوائط المنزل الموهوب، فليس من حق الموهوب له أن يرجع بشئ منها على الواهب، ولكن يجوز له أن ينزع من الشئ الموهوب ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشئ إلى حالته الأولى، ما لم يختر الواهب أن يستبقى هذه المنشآت مع دفع قيمتها مستحقة الإزالة. ويستطيع الواهب أن ينتفع بالأحكام المقررة بالمادة (٩٨٢) مدنى مصرى، فيطلب أن يكون الوفاء بهذه المصروفات على أقساط دورية، بشرط تقديم الضمانات اللازمة (١).

وقد تبين من موازنة القانون المدنى بالفقه الإسلامى بشأن رجوع الموهوب^{له} على الواهب بما أنفقه من مصروفات من وقت الرجوع ما يأتى :

أن كلا الفقهاء يتفق فى أحقية الموهوب له فى الرجوع على الواهب بما أنفقه من مصروفات ضرورية أو نافعة من وقت الرجوع، ولكنهما يختلفان بشأن المصروفات الكمالية، فالموهوب له لا يرجع بشئ منها على الواهب فى ظل القانون المدنى، فى حين أنه فى ظل الفقه الإسلامى يكون من حقه الرجوع بها كالمصروفات الضرورية والنافعة، وهو مسلك راجح، لأن هذه المصروفات أياً كان نوعها قد أنفقت من مال الموهوب له فإذا لم يبذل الواهب قيمتها للموهوب له كان ذلك من قبيل أكل أموال الناس بالباطل وهو منهى عنه بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ (٢).

١ - د/ عبد الرزاق السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى - ٢١٠/٥، د/ أكثم الخولى - دروس فى العقود المدنية - ص ١٧٠، د/ جمال الدين العاقل - عقد الهبة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى - ص ٢٥١.

٢ - سورة النساء الآية (٢٩).

﴿المطلب الثانى﴾

﴿أثار الرجوع فى الهبة بالنسبة للغير﴾

تمهيد

المردى

تقضى القواعد العامة فى الفقه الإسلامى وكذا فى القوانين الوضعية بوجوب حماية الغير ما دام حسن النية، ولتطبيق هذه الحماية على الرجوع فى الهبة يجب التفريق بين الغير سيئ النية، والغير حسن النية.

فإذا كان الغير سيئ النية، أى : يقصد تفويت الرجوع على الواهب، فإنه يكون غير جدير بهذه الحماية ومن ثم يكون للواهب الرجوع فى الهبة دونما نظر إلى حقوقه.

أما إذا كان الغير حسن النية، أى : لا يقصد تفويت الرجوع على الواهب فإنه يجب التفريق بين ما إذا كان الغير قد تلقى الشيء الموهوب من الموهوب له بتصرف نهائى، وبين ما إذا كان الغير قد تلقى الشيء الموهوب من الموهوب له بتصرف غير نهائى.

(أ) تلقى الغير للشيء الموهوب بتصرف نهائى

إذا تلقى الغير الشيء الموهوب من الموهوب له بتصرف نهائى كالبيع، أو الهبة، أو الإرث، أو غير ذلك من أسباب كسب الملكية، فإن الرجوع فى الهبة يمتنع على الواهب باتفاق الفقهاء، ذلك حماية للغير الذى كسب حقاً على الشيء الموهوب، وهو حسن النية.

كما أن ملك الغير فى هذه الحالة أصبح مستمداً من غير الواهب فلو جاز للواهب الرجوع كان فى ذلك إبطال لملك غير الموهوب له وهو غير جائز، ولكن إذا اقتصر التصرف للغير على بعض الموهوب كان للواهب الرجوع فى الباقي (١).

وقد نص القانون المدنى المصرى على ذلك فى المادة (٥٠٣) والتي عدت موانع الرجوع فى الهبة ومنها الفقرة (ج) "إذا تصرف الموهوب له فى الشيء الموهوب تصرفاً نهائياً، فإذا اقتصر التصرف

١- الفتاوى الهندية ٤/٣٨٦، قوانين الأحكام الشرعية لابن جزى ص ٣٨٦، نهاية المحتاج ٥/٤١٨، كشف القناع ٤/٣١٤، الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ١/٢٨٦ ط. دار الكتاب العربى، التاج المذهب ٣/٢٨٦.

على بعض الموهوب جاز للواهب أن يرجع فى الباقي"

بناءً على ذلك إذا كان تصرف الموهوب له فى الشيء الموهوب تصرفاً نهائياً ببيع أو هبة أو وقف أو بغير ذلك من الأسباب الناقلة للملكية أو المسقطه لها أصبحت الهبة لازمة وامتنع على الواهب الرجوع، سواء كان بالتراضى أم بالتقاضى، ولا يقال : فى هذه الحالة أن الرجوع فى الهبة ليس له أثر رجعى، بل الأصح أن يقال : إن الرجوع فى الهبة ممتنع أصلاً.

وإذا امتنع على الواهب الرجوع فى الهبة، فإنه لا يستطيع، حتى عند قيام العذر المقبول للرجوع أن يطالب الموهوب له بتعويض يقوم مقام الشيء الموهوب (١).

(ب) تلقى الغير للشيء الموهوب بتصرف غير نهائى

قد يتلقى الغير الشيء الموهوب بتصرف غير نهائى وذلك كما لو اقتصر تصرفه على ترتيب حق عينى، أو حق انتفاع، أو حق ارتفاق، أو حق رهن، وفى هذه الحالة أيضاً يمتنع رجوع الواهب لحماية للغير صاحب هذا الحق العينى، ولهذا وجدنا فقهاء الشريعة الإسلامية الغراء يفرقون بين الحجر على الولد الموهب له بسبب الفس والحجر عليه بسبب السفه، فيمنعون رجوع الأب فى حالة فس الابن ولا يمنعون فى حالة سفهه؛ وذلك لتعلق حق الغرماء فى الأول دون الثانى (٢).

كما وجدناهم يمنعون رجوع الأب فيما وهب لولده إذا تعلق بالهبة برغبة لغير الولد، كما لو رغب الناس فيه فزوجوه أو تعاملوا معه بالدين من أجل الهبة.

وقد علل الفقهاء ذلك بأن الهبة قد تعلق بها حقوق الناس فامتنع رجوع الأب صيانة لهذه الحقوق من الضياع (٣).

وإمعاناً فى صيانة حقوق الغير اشترط المالكية لرجوع الأب فيما وهب لولده ألا يكون الولد قد مرض مرض الموت، وذلك لتعلق حق الورثة بالهبة (٤).

١- د/ عبد الرازق السنهورى - الوسيط - ٢١٢/٥، م/ أنور طلبه - الوسيط فى القانون المدنى - ٣٨٢/٢.

٢- روضة الطالبين ٣٨١/٥، مطالب أولى النهى ٤٠٩/٤.

٣- مواهب الجليل ٦٤/٦، المبدع فى شرح المقنع ٣٧٧/٥.

٤- شرح الخرشى ١١٥/٧، بلغة السالك ٢٣٤/٣، شرح منع الجليل ١٠٦/٤.

وحيث انعدم النص في القانون المدنى المصرى فلا مناص من تطبيق القواعد العامة فى هذا الشأن وهى تقضى بعدم استناد الرجوع إلى الماضى بالنسبة للغير حسن النية.

ولكن قبل تطبيق القواعد العامة تجدر الإشارة إلى أن المادة (٦٨٧) من المشروع التمهيدى وهى المقابلة للمادة (٥٠٣) من القانون المدنى كانت تنص "على أن الهبة تعتبر كأن لم تكن دون إخلال بما كسبه الغير حسن النية من حقوق"

ولكن العبارة الأخيرة من النص وهى "دون إخلال بما كسبه الغير حسن النية من حقوق" قد حذفت ولم يظهر من الأعمال التحضيرية أين وكيف حذف هذا النص؟(١)، من أجل هذا اختلف فقهاء القانون حول مدلول هذا الحذف فذهب بعضهم (٢) إلى أن إسقاط هذه العبارة من النص يؤدى إلى إسقاط الحقوق التى اكتسبها الغير من الموهوب له على المال الموهوب بحسن نية، ولهذه النتيجة خطورتها إذ تجعل حقوق الغير فيما عدا حق الملكية والرهن الرسمى تحت رحمة العذر المقبول سواء كان عقوقاً من الموهوب له، أم حاجة يقع فيها الواهب، أم ولد يولد له، أم غير ذلك من الأعذار المقبولة للرجوع فى الهبة.

وأخيراً يرى صاحب هذا رأى بأن العبارة المحذوفة وهى "دون إخلال بما كسبه الغير حسن النية من حقوق" قد وافق عليها مجلس النواب قبل حذفها وصار رقمها (٥٠٣) بدلاً من (٥٣١) لذلك يجب القول : بأن الاستثناء الخاص بعدم الإخلال بما كسبه الغير حسن النية من حقوق يعتبر قائماً فى المادة (٥٠٣) الحالية وأن عدم وروده فيها هو نتيجة لخطأ مادى يجب إغفاله وإعمال هذا الجزء من النص على أنه وارد فى التقنين.

فى حين يرى البعض الآخر أن العبارة المحذوفة ليست إلا تقريراً للقواعد العامة المقررة فى هذا الشأن فيمكن إعمالها بالرغم من حذفها مع مراعاة القواعد التى تسرى على الهبة بوجه خاص(٣).

والقواعد العامة تقضى بأن الشيء الموهوب إذا كان عقاراً، وترتب حق للغير على هذا العقار

١- د/ عبد الرازق السنهورى - المرجع السابق - ٣١١.

٢- د/ اكنم الخولى - العقود المدنية - ص ١٨٥، د/ جمال الدين العاقل - عقد الهبة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدنى - ص ٢٥١، ينظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٢٩٥/٤.

٣- د/ عبد الرازق السنهورى - المرجع السابق - ص ٢١١، د/ محمود جمال الدين زكى - العقود المسماة - ص ١٦١.

الموهوب بعد تسجيل التراضى على الرجوع فى الهبة، فإن حق الغير فى هذه الحالة لا يسرى بالنسبة للواهب، ويسترد الواهب العقار الموهوب خالياً من كل حق للغير، ويرجع الغير على الموهوب له طبقاً للقواعد العامة.

أما إذا كان حق الغير قد ترتب قبل تسجيل الصحيفة أو التراضى على الرجوع، وكان الغير حسن النية لا يعلم بقيام عذر مقبول للرجوع فى الهبة فإن حقه لا يسرى بالنسبة للواهب.

أما إذا كان الغير سيئ النية أى : يعلم وقت كسبه للحق بقيام عذر مقبول للرجوع فى الهبة، فإن حقه لا يسرى بالنسبة للواهب، ويسترد الواهب العقار خالياً من حقوق الغير، ورجع الغير على الموهوب له طبقاً للقواعد العامة.

فإذا كان الموهوب منقولاً ورجع الواهب بالتراضى مع الموهوب له فإن الرجوع فى هذه الحالة لا يؤثر فى حق الغير لا يسترد الواهب المنقول إلا متقلاً بهذه الحقوق.

أما إذا كان الرجوع فى بالتقاضى، فإن فسخ الهبة بحكم القضاء يكون له أثر رجعى حتى بالنسبة للغير، فيسترد الواهب المنقول خالياً من حقوق الغير، هذا ما لم يكن الغير قد حاز حقه وهو حسن النية، بأن كان له حق انتفاع أو حق رهن حيازة مثلاً وحاز المنقول لينتفع به أو ليرتهنه وهو حسن النية، ففي هذه الحالة تكون الحيازة فى المنقول سند لحق الغير، ولا يستطيع الواهب أن يسترد المنقول إلا متقلاً بهذا الحق (١).

بموازنة القانون المدنى بالفقه الإسلامى يتبين أن كلا الفقهين يتفق فى الآثار العامة للرجوع فى الهبة بالنسبة للغير، فتصرف الموهوب له فى الشئ الموهوب تصرفاً نهائياً كالبيع أو الهبة يعتبر مانعاً من موانع الرجوع فى الهبة سواء فى الفقه الإسلامى أو فى القانون المدنى المصرى، ومن ثم فإن الغير حسن النية لا يضار، لأن الرجوع فى هذه الحالة ممتنع أصلاً.

غير أن مسلك الشريعة الإسلامية كان واضحاً وجلياً عندما وسع من قاعدة المنع من الرجوع لتشمل إلى جانب تصرف الموهوب له النهائى تصرفه غير النهائى، كترتيب حق عينى على الشئ الموهوب مثل حق الانتفاع أو حق الرهن؛ وذلك حرصاً من الفقه الإسلامى على حماية الغير الذى رتب حقاً على

١- د/ عبد الرزاق السنهورى - المرجع السابق - ص ٢١٢، ٢١٣، م/ أنور طلبة - المرجع السابق - ص ٣٨٢، ٣٨٣.

الشيء الموهوب وهو حسن النية، على خلاف القانون الوضعي حيث إن ظاهر نصوصه تفيد إمكان الرجوع في الهبة مع التصرف غير النهائي من جانب الموهوب، وفي هذه الحالة لا يكون للرجوع أثر رجعي بالنسبة للغير الذي كسب حقاً عينياً على الشيء الموهوب قبل رجوع الواهب وهو حسن النية، وهذا خطأ جسيم أحسن الفقه الوضعي في تداركه عندما أسبغ وصف الامتناع من الرجوع بخروج الشيء الموهوب من ملك الموهوب له أسوة بما هو مقرر في الفقه الإسلامي.

﴿الباب الثاني﴾
﴿موانع الرجوع في الهبة﴾

﴿مقدمة تمهيدية﴾

ذكرت فيما سبق أن جمهور العلماء من المالكية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية، يرون لزوم الهبة على الاطلاق باستثناء هبة الوالد لولده فهي هبة غير لازمة عندهم استثناء من الأصل.

أما الحنفية، والإمامية، والزيدية فيرون عدم لزوم الهبة فيجوز للواهب الرجوع فيها ما لم يوجد مانع، فإنها تنقلب لازمة.

وذكرت أيضاً أن القانون المدنى المصرى قد سلك مسلك الحنفية ومن وافقهم، فأجاز الرجوع فى الهبة باعتبارها عقداً غير لازم، ما لم يوجد مانع من موانع الرجوع فيها مع إضافته قيماً آخر اقتبسه من القوانين الغربية، وهو وجود عذر يقبله القاضى إذا لم يرض الموهوب له بالرجوع.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن موانع الرجوع التى سنتكلم عنها فى هذا الباب تتفرع عن عدم لزوم عقد الهبة لا عن لزومه، ومن ثم فإن موانع الرجوع عند الحنفية، والإمامية، والزيدية، والقانون المدنى المصرى تنصرف إلى كل هبة

أما عند الجمهور من المالكية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية، فإن موانع الرجوع تنصرف إلى هبة الوالد لولده فقط باعتبارها الحالة الوحيدة المستثناء من لزوم العقد عندهم.

وقد ذكر بعض الحنفية موانع سبعة للرجوع فى الهبة بطريقة الرمز فقال : (موانع الرجوع فى الهبة يا صاحبي حروف "دمع حزقه").

فالدال : زيادة الموهوب عن الموهوب له، والميم : موت أحد المتعاقدين، والزاي : الزوجية، والقاف : القرابة، الهاء : هلاك العين الموهوبة، والخاء : خروجها عن ملك الموهوب له، والعين : العوض.

وقد نظم هذه الموانع بعض الحنفية فقال :

منع الرجوع من المواهب سبعة .: فزيادة موصولة، موت، عوض

خروجها عن ملك الموهوب له .: زوجية، قرب، هلاك قد عرض (١)

١- حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ٦٩٩/٥.

وإضافة إلى هذه الموانع السبعة فهناك مانع ثامن متفق عليه بين الفقهاء جميعاً وهو مانع الصدقة بالإضافة إلى مانعين آخرين نص عليها بعض الفقهاء وهما :

مانع : نكاح أو مداينة الموهوب له، ومانع : المرض المخوف لأحد المتعاقدين.
وقد اكتفى القانون المدنى المصرى بموانع ثمانية للرجوع فى الهبة نقلاً عن المذهب الحنفى وقد أورد هذه الموانع من خلال المادة (٥٠٢) مدنى مصرى حيث نصت على ما يأتى:
يرفض طلب الرجوع إذا وجد مانع من الموانع الآتية :

(أ) "إذا حصل للشئ الموهوب زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته، فإذا زال المانع عاد حق الرجوع".

(ب) "إذا مات أحد طرفى عقد الهبة".

(ج) "إذا تصرف الموهوب له فى الشئ الموهوب تصرفاً نهائياً فإذا اقتصر التصرف على بعض الموهوب جاز للواهب أن يرجع فى الباقى".

(د) "إذا كانت الهبة من أحد الزوجين للأخر ولو أراد الواهب الرجوع بعد انقضاء الزوجية".

(هـ) "إذا كانت الهبة لذى رحم محرم".

(و) "إذا هلك الشئ الموهوب فى يد الموهوب له سواء كان الهلاك بفعله أو بحادث أجنبى لا يد له فيه أو بسبب الاستعمال فإذا لم يهلك إلا بعض الشئ جاز الرجوع فى الباقى".

(ز) "إذا قدم الموهوب له عوضاً عن الهبة".

(ح) "إذا كانت الهبة صدقة أو عملاً من أعمال البر".

وعلى ضوء نص المادة (٥٠٢) مدنى مصرى سألقة الذكر قسم الدكتور السنهورى - رحمه الله- فى كتابه الوسيط فى شرح القانون المدنى هذه الموانع إلى قسمين، كل قسم منهما يشتمل على أربع موانع كالاتى :

القسم الأول : موانع قائمة من وقت صدور الهبة من خلالها يتمتع الواهب من الرجوع فى هبته

من وقت صدورها وهذه الموانع هى : مانع القرابة، مانع : العوض، مانع:

الزوجية، مانع: الصدقة.

القسم الثاني : موانع طارئة بعد صدور الهبة من خلالها يتمتع الواهب من الرجوع في هبته لا من وقت صدورها وإنما من وقت حدوث المانع، وهذه الموانع هي، مانع: زيادة الموهوب زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته، مانع هلاك الموهوب أو استهلاكه، مانع: تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب، مانع: موت أحد

المتعاقدين^(١). وبالرغم من رجحان هذا التقسيم في نظري، ونظر بعض الباحثين^(٢) إلا أنني وجدت أن هذا التقسيم لا يستقيم مع تفريع موانع الرجوع وتشعبها لدى علماء الفقه الإسلامي هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى فإن بعض هذه الموانع يمكن إدراجه تحت البعض الآخر فمثلاً مانع العوض يمكن أن يندرج تحته مانع الزوجية، ومانع القرابة، ومانع الصدقة على اعتبار أن المانع من الرجوع في هذه الأربعة يكمن في اشتغالها على العوض، وإن كان الأول عوضاً مالياً، والآخرين يتضمنون العوض غير المالي، وهو تقوية الود والمحبة بين الزوجين، وصلة الرحم التي أمر الله بوصلها بين الأقارب، ورجاء ثواب الآخرة في الصدقة.

وأيضاً فإن مانع الخروج عن الملك يندرج تحته مانع التصرف في الموهوب، ومانع هلاك الموهوب أو استهلاكه، ومانع موت أحد المتعاقدين، حيث إن هذه الموانع تؤدي إلى الخروج عن الملك.

لذا فقد رأيت أفضلية تقسيم هذه الموانع إلى فصول أربعة كالتالي^(٣) :

الفصل الأول : مانع العوض

وفيه مبحثان

المبحث الأول : العوض المالي

المبحث الثاني : العوض غير المالي

- ١ - الوسيط في شرح القانون المدني ١٩٨/٥.
- ٢ - إنقضاء العقد بالإلغاء والرجوع في القانون المدني - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي - إعداد د. إسماعيل عبد النبي شاهين ص ٥٥٩ ط. ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م.
- ٣ - انظر هذا التقسيم د/ مباح لمتولى حماد - بحث منشور بمجلة الشريعة والقانون بالقاهرة - العدد العاشر - ص ١٤١٥ هـ - ٢٠٩٩ م.

وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول : القرابة

المطلب الثانى : الزوجية

المطلب الثالث : الصدقة

الفصل الثانى : مانع زيادة الموهوب

وفيه مبحثان

المبحث الأول : حكم الرجوع مع الزيادة المتصلة

المبحث الثانى : حكم الرجوع مع الزيادة المنفصلة

الفصل الثالث : مانع الخروج عن الملك

وفيه ثلاثة مباحث

المبحث الأول : مانع هلاك الموهوب أو استهلاكه

المبحث الثانى : مانع تصرف الموهوب له فى الشئ الموهوب

المبحث الثالث : مانع موت أحد المتعاقدين

الفصل الرابع : مانع تعلق الهبة بحقوق الغير

وفيه مبحثان

المبحث الأول : مانع النكاح أو المداينة

المبحث الثانى : مانع المرض المخوف لأحد المتعاقدين

﴿الفصل الأول﴾

﴿مانع العوض﴾

العوض فى اللغة : واحد الأعواض، تقول عاضنى فلان، وعوضنى وعأوضنى، إذا أعطاك العوض.

والاسم المعاوضة، واعتاض وتعوض، أى : أخذ العوض (١).

ولما كان من العوض ما هو مالى : وهو ما كان القصد منه المال، وما هو غير مالى : وهو ما كان ليعصد منه التصدق أو المكارمة أو التراحم، فقد أثرت تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين كالآتى :

المبحث الأول : العوض المالى

المبحث الثانى : العوض غير المالى

﴿المبحث الأول﴾

﴿العوض المالى﴾

المراد بالعوض المالى : المقابل المادى الذى يحصل عليه الواهب نظير الهبة (١).

وهذا العوض قد يكون متأخراً عن العقد (غير مشروط) وقد يكون مشروطاً فى العقد.

فإذا كان العوض متأخراً عن العقد، أى : غير مشروط فيه، فلا خلاف بين الفقهاء فى مشروعية هذا العوض، لأنه من باب رد التحية، قال تعالى ﴿وَإِذَا حُيِّتُمْ بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوهَا﴾ (٢).

وروت عائشة رضى الله عنها أن رسول الله ﷺ كان يقبل الهدية ويثيب عليها (٣) أى : يعوض عنها صاحبها.

أما إذا كان العوض مشروطاً فى العقد فقد اختلف الفقهاء فى مشروعيته على قولين :

القول الأول : الهبة بعوض مشروط جائزة شرعاً، وإلى هذا ذهب الحنفية، والمالكية، والحنابلة، والشافعية، فى القول الأظهر عندهم، والزيدية (٤).

وحجتهم فى ذلك، أن الهبة بشرط العوض معاوضة على بدل معلوم، فكانت جائزة كالبيع (٥).

القول الثانى : الهبة بشرط العوض باطلة شرعاً، وإلى هذا ذهب الظاهرية، والشافعية، فى مقابل الأظهر عندهم (٦).

١- د/ أحمد محمد إبراهيم - القانون المدنى معلقاً على نصوصه بالأعمال التحضيرية وأحكام القضاء وآراء الفقهاء ص ٥٥٦، د/ جمال الدين العاقل - عقد الهبة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى ص ٤٤٢.

٢- سورة النساء الآية (٨٦).

٣- صحيح البخارى مع فتح البارى ٢١٠/٥.

٤- ينظر : بدائع الصنائع ١٣٠/٦، بداية المجتهد ٣٣١/٢، كشاف القناع ٣٠٠/٤، مغنى المحتاج ٤٠٤/٢، شرح الأزهار ٤٣٨/٣ ط. دار إحياء التراث.

٥- ينظر : المراجع السابقة.

٦- المحلى ١٣٠/٩. ط. دار إحياء التراث، مغنى المحتاج ٤٠٤/٢، ٤٠٥.

واحتجوا لذلك، بأن الهبة تبرع، والعوض المشروط ينافيها، فتبطل (١).

ويمكن مناقشة ذلك بأن العوض غالباً ما يكون أقل من الموهوب، فيكون التبرع فى الفرق بين القيمتين، ثم إن العوض لو كان معادلاً للموهوب فالعقد بيع ولا يضر تغيير اللفظ. لأن العبرة فى العقود بالمعانى.

ولهذا كان الراجح فى نظرى هو القول بمشروعية العوض المشروط.

أحكام العوض المالى

تختلف أحكام العوض المالى باختلاف ما إذا كان متأخراً عن العقد، أو كان مشروطاً فيه (٢). لذا فإننا سنتكلم أولاً عن أحكام العوض المتأخر ثم أحكام العوض المشروط؛ وذلك على النحو الآتى :

أولاً : أحكام العوض المتأخر عن العقد

(أ) تكيف العوض المتأخر

العوض المتأخر عن العقد يعتبر بمثابة الهبة المبتدأة، ومن ثم فهو يصح بما تصح به الهبة المبتدأة ويبطل بما تبطل به، إلا أنه يخالفها فى إسقاط حكم الرجوع، فإذا قبض الواهب العوض من الموهوب له امتنع على كل واحد منهما أن يرجع فيما أقبضه للآخر، وفيما عدا ذلك فحكمها حكم الهبة المبتدأة (٣).

(ب) شروط العوض المتأخر

يشترط فى العوض المتأخر كى يكون مسقطاً لرجوع كل من الواهب والموهوب له الشروط الآتية :

الشرط الأول : أن يكون التعويض بلفظ يدل على مقابلة العوض بالهبة، كأن يقول الموهوب له للواهب هذا الشئ عوضاً عن هبتك، أو بدلها أو مكانها (٤) أو ما جرى مجرى ذلك،

١- الحاوى الكبير ٧/٥٥٠. د. دار الكتب العلمية، مغنى المحتاج ٢/٤٠٤.

٢- هذا التقسيم للحنفية وقد نقله عنهم القانون المدنى المصرى، انظر : بدائع الصنائع ٦/١٣٠، وانظر : د/محمد كامل مرسى - شرح القانون المدنى الجديد (العقود المسماة) - ١٩٣/٢.

٣- ينظر : الفتاوى الهندية ٤/٣٩٤.

٤- الفتاوى الهندية ٤/٣٩٣.

بإسقاط الرجوع

فإذا قبض الواهب العوض امتنع على كل واحد منهما الرجوع على الآخر (١).

ولكن إذا لم يفصح الموهوب له للواهب بأن ما يقدمه له عوضاً فإنه يكون هبة مبتدأة ومن ثم يثبت حق الرجوع لكل واحد منهما إلا إذا حدث في الشيء الموهوب ما يمنع الرجوع فيه من طريق آخر (٢) كالزيادة المتصلة أو غيرها من موانع الرجوع.

وإنما اشترط في العوض أن يقع بلفظ يدل على مقابله بالهبة، لأن الشرط في التعويض أن يكون مضافاً إلى الشيء الموهوب حتى يندفع به الضرر عن الواهب ويعلم أن الموهوب إنما يعطيه هذا العوض جزاء ضيعه، وهذا لا يحصل تيقناً إلا بلفظ التعويض، أو ما يقوم مقامه (٣) على نحو ما أسلفنا.

الشرط الثاني : ألا يكون العوض بعض الموهوب، بمعنى : ألا يقطع الموهوب له جزءاً من الشيء الموهوب ثم يعوض به الواهب فإذا قام الموهوب له بتعويض الواهب ببعض الهبة، فأما أن يكون الموهوب باقياً على حاله، وأما أن يكون قد تغير.

(أ) بقاء الموهوب على حاله

إذا كان الموهوب باقياً على حالة فلا يصح جعل بعضه عوضاً عنه؛ وذلك لأن التعويض ببعض الموهوب لا يكون مقصوداً للواهب عادة إذ لو كان ذلك مقصوده، لأمسك الواهب الموهوب ولم يهبه (٤).

وخالف في ذلك الإمام زفر رحمه الله حيث أجاز جعل ذلك البعض عوضاً عن الموهوب قياساً على سائر أموال الموهوب له بجامع الملك في كل، فكما يصح جعل أموال الموهوب له الأخرى عوضاً عن الهبة، قليلة كانت أم كثيرة، فكذلك التعويض ببعض الموهوب، لعدم الفارق (٥).

١- المبسوط ٨٢/١٢.

٢- حاشية رد المحتار على الدر المختار ٧٠٣/٥، ينظر : الوسيط في شرح القانون المدني ١٩١/٥.

٣- المبسوط ٨٢/١٢.

٤- المبسوط ٨٢/١٢، بدائع الصنائع ١٣٠/٦.

٥- المبسوط ٨٧/١٢، تبیین الحقائق ٩٩/٥.

وأرى صحة التعويض ببعض الموهوب الذى لم يتغير مؤيداً ما ذهب إليه الإمام زفر، مع ثبوت حق الرجوع فى الجزء الباقى الذى لم يعوض عنه الواهب، لأن الهبة فى هذه الحالة تكون قد تمحضت تبرعاً فى الجزء الباقى بدون عوض، فجاز الرجوع فيه.

(ب) تغير الموهوب عن حاله

إذا تغير الموهب عن الحالة التى وهب عليها، فأما أن يكون هذا التغيير من شأنه أن يمنع الرجوع، أما أن يكون ليس من شأنه أن يمنعه.

١ - التغيير الذى يمنع الرجوع

إذا كان التغيير فى الشيء الموهوب من شأنه أن يمنع رجوع الواهب فى الهبة كما لو كان الموهوب حنطة فطحن الواهب جزءاً منها، وعوض الواهب دقيقاً عن تلك الحنطة، فإن ذلك يصلح عوضاً لأن الحنطة بالطحن صارت شيئاً آخر.

ومثل ذلك لو وهب له ثياباً فصبغ الموهوب له ثوباً منها ثم عوضه إياه، فإن ذلك يصلح أن يكون عوضاً، لأن الزيادة القائمة بالثوب بسبب الصبغ قطعت حق الواهب فى الرجوع وألحقت الشيء الموهوب بسائر أموال الموهوب له (١).

٢ - التغيير الذى لا يمنع الرجوع

إذا كان التغيير الذى حدث بالموهوب تغييراً من شأنه عدم منع الواهب من الرجوع فى الهبة، كما لو كان الموهوب تمراً فجف عند الموهوب له، فإن التعويض ببعضه لا يصلح عوضاً.

وجه الفرق بين التغيير الذى يمنع رجوع الواهب والتغيير الذى لا يمنعه، حيث جاز التعويض عن بعض الموهب الذى تغيره ولم يجز التعويض عن بعض الموهوب الذى لم يتغير.

أن التغيير الذى يمنع الرجوع يؤدى إلى تغيير الموهوب عن حاله، بخلاف التغيير الذى لا يمنع الرجوع، إذ يجعل الشيء الموهوب باقياً على حاله، فلا يكون بعضه مقصوداً للواهب عادة، لهذا لم يصح جعل بعضه عوضاً.

١- المبسوط ٨١/١٢، البحر الرائق ٢٩٢/٧، البناءة فى شرح الهداية ٨٥٦/٧.

هذا كله إذا كانت الهبة لشيء واحد، أو لشئيين مختلفين والعقد متحد، فإن اختلف العقد صح اشتراط كون أحدهما عوضاً عن الآخر، لأن اختلف العقد كاختلاف العين، والعين إذا اختلفت صح جعل بعضها عوضاً عن البعض، فكذا الهبة مع اختلاف العقدين.

وقد روى عن الإمام أبي يوسف رحمه الله أن العقدين إذا اختلفا امتنع جعل أحدهما عوضاً عن الآخر كالعقد الواحد.

وحجته أن كلا العقدين كان مملوكاً للواهب، فلم يكن قصده الرجوع في أحدهما بعينه.

والرأى الأول هو الأوجه، لأن الواهب يهب شيئاً ثم يحتاج إليه فيستقبح الرجوع فيه، فيهب للموهوب له شيئاً آخر على أن يعوضه الأول، بذلك يحصل له مقصوده (١).

الشرط الثالث : سلامة العوض للواهب إذا وجد الواهب بالعوض عيباً ولو كان هذا العيب فاحشاً لم

يكن من حقه رده، لأن الرد بالعيب من خواص المعاوضات، لا من خواص التبرعات، ومن ثم فإننا نعنى بسلامة العوض للواهب، عدم استحقاق الغير للعوض من الواهب، فإذا حدث وأن استحق الغير العوض من يد الواهب كان الموهوب له ضامناً لهذا الاستحقاق، ولكن قبل تضمينه يجب أن نفرق بين ما إذا كان هذا الاستحقاق وارداً على كل العوض، أو وراداً على بعضه.

(أ) استحقاق كل العوض

إذا استحق كل العوض فإنه لا يصلح أن يكون عوضاً ويكون للواهب أن يرجع في الهبة بسبب هذا الاستحقاق بشرط عدم وجود أحد الموانع الأخرى التي تمنع من الرجوع، لأنه بالاستحقاق تبين أن التعويض لم يصح، فكان الواهب لم يعوض أصلاً (٢).

(ب) استحقاق بعض العوض

إذا استحق بعض العوض عند الواهب وبقي بعضه، فإن هذا البعض الباقي يصلح أن يكون عوضاً عن كل الموهوب، وليس من حق الواهب أن يرجع في الهبة إلا إذا قام برد باقي العوض فيكون له أن

١- المبسوط ١٢/٨١.

٢- بدائع الصنائع ٦/١٣٠.

يرجع في كل الموهوب، متى كان قائماً في يد الموهوب له ولم يحدث فيه ما يمنع الرجوع.

وإلى هذا ذهب الأصحاب الثلاثة أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد (١).

وخالف في ذلك الإمام زفر حيث أجاز للواهب أن يرجع بقدر المستحق من العوض.

وحجته أن معنى المعاوضة من الجانبين جميعاً، فكما أن الثاني (العوض) عوض "عن الأول (الهيئة)، فالأول يصير عوضاً عن الثاني (العوض)، فإذا استحق بعض العوض كان للواهب أن يرجع بقدره من الهيئة.

وأيضاً لو استحق بعض الهيئة يكون الموهوب له أن يرجع في بعض العوض، فكذا إذا استحق بعض العوض يكون للواهب أن يرجع في بعض الهيئة، لأن المعاوضة تقتضى المساواة من الجانبين (٢).

وقد نوقش ما استدل به الإمام زفر من وجهين :

الوجه الأول : أن العوض ليس بدلاً عن الموهوب حقيقة بدليل أن التعويض يجوز بأقل من الجنس في المقدورات، ولو كان معاوضة لم يجز لوجود الربا.

وبيان ذلك : أن الموهوب له مالاً للهيئة، والإنسان لا يُعطى بدل ملكه لغيره، والموهوب له إنما أعطى الواهب كي يسقط حقه في الرجوع، وما بقى من العوض بعد الاستحقاق يصلح لإسقاط حق الواهب في الرجوع، لأن الواهب لم يرض بسقوط حقه إلا بسلامة كل العوض له، فإذا لم يسلم له كل العوض كان له الخيار، إن شاء رضى بما بقى من العوض، وإن شاء رده على الموهوب له، ورجع في الهيئة.

الوجه الثاني : أن العوض إذا استحق نصفه من يد الواهب لم يكن له أن يرجع بنصف الهيئة، لأن النصف الباقي يصلح للعوض ابتداءً، بدليل أنه لو لم يعوضه إلا به في الابتداء كان عوضاً مانعاً من الرجوع في الهيئة، فيكون الأمر كذلك في الانتهاء (٣).

١- الفتاوى الهندية ٤/٣٩٤.

٢- تبيين الحقائق ٥/١٠٠.

٣- المبسوط ١٢/٧٦، بدائع الصنائع ٦/١٣١، الفتاوى الهندية ٤/٣٩٤.

هذا كله بالنسبة لاستحقاق العوض، ولكن قد يحدث وأن يقع الاستحقاق على المعوض (الشيء الموهوب) فهل يكون للموهوب له أن يرجع في عوضه، أم لا يكون له ذلك؟

في هذه الحالة أيضاً يجب أن تفرق بين ما إذا كان الاستحقاق وارداً على كل الموهوب، وبين ما إذا كان وارداً على بعضه.

(أ) استحقاق كل الموهوب

إذا استحق كل الموهوب، كان من حق الموهوب له أن يرجع في عوضه، فإن كان العوض قائماً أخذه بعينه، وإن هلك أو استهلك أخذ مثله إن كان من المثليات، وقيمته إن كان من القيميات.

وذلك لأن الموهوب له قد بذل العوض كي يسقط حق الواهب في الرجوع ويستقل هو بالموهوب، وحيث فات مقصوده باستحقاق الموهوب فإن حق الرجوع يكون ثابتاً له، قياساً على من صالح على دين ثم تبين أنه لا دين عليه.

وقد روى عن أبي يوسف رحمه الله أن الواهب لا يضمن شيئاً لأن المعوض (الموهوب له) واهب، فيكون حقه في الرجوع مقصوراً على العين، وحيث إن العين قد فانتت فلا رجوع له (١).

وأرى ترجيح الرأي الأول إحقاقاً للعدالة، لأن الموهوب له بذل العوض كي تسلم له الهبة فإذا استحققت كان من حقه أن يرجع في عوضه، لفوات مقصوده بذهاب الموهوب.

(ب) استحقاق بعض الموهوب

إذا استحق بعض الموهوب، فإما أن يكون الموهوب الذي وقع عليه الاستحقاق مما لا يحتمل القسمة، أو مما يحتملها. فإن كان الموهوب لا يحتمل القسمة كان من حق الموهوب له أن يرجع فيما يقابله من العوض، لأن الموهوب له قد بذل العوض كي يسقط حق الواهب في الرجوع بجميع الهبة، فإذا لم يسلم له بعض الموهوب كان من حقه أن يرجع في العوض بقدره (٢). وإن كان الموهوب يحتمل القسمة، فإن العوض يقع باطلاً، ويكون من حق مقدمه أن يرجع فيه. وذلك لأنه باستحقاق بعض ما يحتمل القسمة يتبين أن للموهوب له لم يملك ذلك البعض المستحق، فبطل العقد من الأصل، لأنه هبة مشاع فيما

١- المبسوط ٧٦/١٢، ٧٧.

٢- البدائع ٦/١٣١.

يحتمل القسمة (١).

الشرط الرابع : أن يكون العوض عن كل الموهوب.

فلكى يسقط حق الواهب فى الرجوع بالكلية يجب أن يكون الموهوب له قد عوضه عن كل الموهوب، فإذا كان العوض المتأخر عوضاً عن بعض الموهوب فإن حق الرجوع يثبت للواهب فى الجزء الذى لم يعوض عنه، وذلك لأن حق الواهب فى الرجوع قبل التعويض كان فى الكل فإذا عوضه الموهوب له عن بعضه امتنع عليه الرجوع فى ذلك البعض وبقي فى الباقي على ما كان (٢) (٣).

وتجدر الإشارة إلى أن التعويض سواء كان عن الكل أو عن البعض فإنه يمنع الواهب من الرجوع فى الكل أو فى البعض الذى عوض عنه دونما نظر إلى مقدم العوض فيستوى أن يكون العوض صادراً من الموهوب له أو أن يكون صادراً من أجنبى بإذن من الموهوب له أو بدون إذنه، لأنه إن كان بإذن من الموهوب له فالأجنبى نائب عنه ومن ثم يقوم تعويضه مقام تعويض الموهوب له بنفسه.

وإن كان التعويض بدون إذن من الموهوب له فالأجنبى متبرع والتبرع بإسقاط الحق عن الغير جائز، كما أن العوض لإسقاط حق الواهب فى الرجوع فيصح من الأجنبى كما يصح من الموهوب له (٤) (٥).

الشرط الخامس : أن يكون العوض مقبوضاً مفرزاً

فإذا حدد الموهوب له للواهب عوضاً ولكنه لم يقبضه إياه لم يصلح عوضاً إلا بقبضه، وإن عوضه تمراً على شجر فإن العوض لا يكون صحيحاً إلا بفرزه وإقباضه (٦).

ولم يرد هذا الشرط فى القانون المدنى المصرى حيث أجاز أن يكون العوض غير مقبوض كما أجاز

١- البدائع ١٣١/٦، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ٧٠٢/٥.

٢- تبين الحقائق ١٠٠/٥.

٣- انظر : د/ عبد الرازق السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى - ١٩٠/٥ هامس رقم (٢)

٤- الفتاوى الهندية ٣٩٤/٤

٥- انظر : د/ محمد كامل مرسى - شرح القانون المدنى الجديد (العقود المسماة) - ١٩٣/٢.

٦- الدر المختار شرح تنوير الأبصار مطبوع مع حاشية رد المحتار لابن عابدين ٧٠١/٥ ط. مصطفى البابى الحلبي.

أن يكون العوض مجرد شروط أو تكاليف لمصلحة الواهب أو لمصلحة أجنبي أو للمصلحة العامة (١).

ثانياً أحكام العوض المشروط في العقد

العوض في الهبة غالباً ما يكون متأخراً عن العقد، لأن الواهب متبرع بحسب الأصل، ولكن ليست ثمة ما يمنع من أن يكون العوض مشروطاً في العقد، كأن يقول الواهب للموهوب له : وهبت لك هذا الشيء على أن تعوضني هذا الثوب.

طبيعة العوض المشروط في العقد

إذا قلنا أن الهبة بعوض مشروط هبة جائزة شرعاً جرياً على رأى أكثر الفقهاء على نحو ما سبق بيانه (٢) فكيف يمكن تكيف هذا العقد ؟

اختلف الفقهاء في ذلك على رأيين.

الرأى الأول : يرى الإمام أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد إلى أن الهبة مع العوض المشروط في العقد تعتبر تبرعاً في الابتداء، معاوضة في الانتهاء أى : هبة في الابتداء بيع في الانتهاء وقد ترتب على تأصيل العوض المشروط في العقد على هذا النحو ما يأتي.

(أ) إذا ورد العقد على مشاع يقبل القسمة، فإنه لا يكون صحيحاً، وذلك لأن العقد هبة في الابتداء، والقبض شرط في الهبة، ووجوب القسمة يمنع صحة القبض وتمامه.

(ب) يحق لكل واحدٍ منهما أن يرجع فيما بذله للآخر ما دام لم يحصل تقابض بينهما أو قبض أحدهما ولم يقبض الآخر، وذلك لأن الملك لا يثبت لكل واحدٍ منه قبل القبض.

(ج) إذا تم التقابض فإن العقد يأخذ حكم البيع، فيمتنع الرجوع إلا العيب، أو عدم رؤية للشيء الموهوب، كما تجب الشفعة في غير المنقول، ويرجع كل واحدٍ منها على الآخر عند استحقاق ما حصل

١- ينظر : د/ محمد كامل مرسى -المرجع السابق- ص ١٩٣/٢ وما بعدها، د/ عبد الرازق السنهورى ١٩١/٥، د/ أحمد محمد إبراهيم -القانون المدنى معلقاً على نصوصه بالأعمال التحضيرية وأحكام القضاء وآراء الفقهاء ص ٥٥٦.

٢- ينظر : ص ١٢٦ من الرسالة.

عليه من بدل (١).

الرأى الثانى : يرى المالكية، والشافعية، والحنابلة فى قول لهما، والزيدية، والإمام زفر من الحنفية أن الهبة مع العوض المشروط فى العقد تعتبر بيعاً فى الابتداء والانتهاه فىسرى عليها ما يسرى على البيوع من أحكام (٢).

وقد ترتب على تأصيل العوض المشروط فى العقد على هذا النحو ما يأتى :

(أ) أن العقد لا يبطل بالشيوع كالبيع.

(ب) إذا تم العقد امتنع على كل واحدٍ منهما أن يرجع فيه.

وأرى ترجيح هذا الرأى الأخير وهو جعل الهبة مع العوض المشروط بيعاً فى الابتداء والانتهاه، لأن البيع "مبادلة مال بمال" (٣) وهذا المعنى موجود فى العوض المشروط.

وأيضاً فإن العوض المشروط فى العقد يخرج الهبة عن ماهيتها، وهو كونها "تمليك فى الحياة بغير عوض" وإذا كان هناك اختلاف فى العبارة بين العقدين فإن اختلاف العبارة لا يوجب اختلاف الحكم.

وبالموازنة بين القانون المدنى المصرى والفقہ الإسلامى بشأن العوض كمانع من موانع الرجوع فى الهبة نجد وجود اتفاق تام بين القانون المدنى والفقہ الحنفى على وجه الخصوص، ويرجع ذلك إلى أن المشرع الوضعى قد استمد الأحكام الموضوعية فى الهبة من الشريعة الإسلامية وبخاصة من كتاب الأحوال الشخصية لقدرى باشا (٤) ومن ثم جاءت أحكامه موافقة لما هو مقرر فى الفقہ الإسلامى (٥). سواء بالنسبة للعوض أو بالنسبة لغيره من الأحكام.

١- ينظر : بدائع الصنائع ١٣٢/٦، الفتاوى الهندية ٣٩٤/٤، البناية فى شرح الهداية ٨٤٩/٧.

٢- مواهب الجليل ٦٦/٦ ط. دار الفكر، المجموع شرح المذهب ٣٧٥/٥، المغنى والشرح الكبير ٢٩٩/٦، شرح الأزهار ٤٣٨/٣، بدائع الصنائع ١٣٢/٦.

٣- مجمع الأنهر فى شرح ملتقى الأبحر ٣/٢.

٤- انظر : مجموعة الأعمال التحضيرية ٢٤١/٤، وانظر : نفض مدنى فى ١٩٨٠ ٥/٢٨ طعن رقم ٦٨٥ س ٤٥ ق مجموعة "أحكام النفض المكتبى الفنى السنة الحادية والثلاثون ملحق ج١ ص١٥٣١.

٥- نقل القانون المدنى وأحكام العوض نقلاً حرفياً عن المذهب الحنفى، انظر : د/ محمد كامل مرسى -شرح القانون المدنى الجديد (العقود المسماة) - ١٩٣/٢ وما بعدها.

ولعل ما يمكن إحساسه من فارق بين الفقهاء يتعلق بشروط العوض المتأخر عن العقد، فالفقه الإسلامي قد اشترط في العوض القبض والإفراز على حين أغفل القانون المدني هذا الشرط.

﴿المبحث الثانى﴾

﴿العوض غير المالى﴾

يتمثل العوض غير المالى فى الهبة لذى رحم، والهبة لوجه الله تعالى، (الصدقة) والهبة بين الزوجين.

فالهبة لذى رحم صلة، وصلة الرحم عوضها بسط الرزق، وطول العمر فى الدنيا، وينال الثواب العظيم فى الآخرة، فعن أنس رضي عنه أن رسول الله صلوات الله عليه قال : من أحب أن يبسط له فى رزقه وينسأ له فى أثره فليصل رحمه (١).

ينسأله فى أثره (٢) أى : يؤجل له فى عمره، وسمى الأجل أثراً، لأنه يتبع العمر (٣).

قال القرطبى رحمه الله : الحديث فيه تأويلان :

أحدهما : ما يبقى معه من الثناء، والجميل، والذكر الحسن، والأجر المتكرر، فكأنه لم يمت.

والثانى : يؤخر الله تعالى أجله المكتوب فى اللوح المحفوظ والذى فى علم الله ثابت لا يتبدل قال تعالى : ﴿بِمَحْوِ اللَّهِ مَا يَشَاءُ وَيُثَبِّتُ مَنَدَهُ أُمُّ الْكِتَابِ﴾ (٤)(٥)

والهبة لوجه الله تعالى (الصدقة) عوضها : الطمع فى مغفرة الله ورضوانه فعن أبى هريرة رضى الله تعالى عنه أن رسول الله صلوات الله عليه قال : "ما تصدق أحد بصدقة من طيب، ولا يقبل الله إلا الطيب، إلا أخذها الرحمن بيمينه وإن كانت ثمرة تربي فى كف الرحمن حتى تكون أعظم من الجبل، كما يربى أحدكم فلوه (٦) أو فصيله (٧)".

١- صحيح البخارى مع فتح البارى ٤١٥/١٠.

٢- الأثر : البقية من الشئ، يقال : أثر الدار، أى : بقيتها ، المصباح المنير ٥/١.

٣- انظر : فتح البارى مع صحيح البخارى ٣١٦/١٠.

٤- سورة الرعد الآية ٣٩ .

٥- أنظر : الجامع لأحكام القرآن للقرطبى ٣٣٠/٩ ط. دار إحياء التراث العربى.

٦- الفلو : المهر يفصل عن أمه : والجمع أفلاء، والأنثى الفلوة، المصباح المنير ٦٥٩/٢.

٧- سنن النسائى ٤٠/٣.

والهبة بين الزوجين عوضها تقوية رباط الود والمحبة بينهما قال تعالى ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾ (١).

﴿المطلب الأول﴾

﴿قربابة الرحم﴾

تقديم

الرحم لغة : موضع تكوين الولد، وقد سميت القربابة من جهة الولاء رحماً فالرحم خلاف الأجنبي. وذوو الأرحام وهم الأقرباء، ويقع على كل من يجمع بينك وبينه نسب، ويطلق في الفرائض على الأقرباء من جهة النساء، يقال : ذو رحم محرم ومحرم، وهو ما لا يحل نكاحه، كالأم، والبنات، والأخت، والعمة، والخالة (٢).

وقد نقل المعنى اللغوي إلى المعنى الشرعي، فالنصوص الشرعية الواردة في شأن صلتهم وبرهم تشملهم جميعاً، إلا أنهم في الميراث يطلقون على الأقرباء الذين ليسوا أصحاب فروض ولا عصابات (٣)

وبنفس المعنى الشرعي لقربابة الرحم أخذ المقتن المدني المصري، فنص في المادة (٣٤) مدني على ما يأتي :

١- تتكون أسرة الشخص من ذوى قرياه.

٢- يعتبر من ذوى القربى كل من يجمعهم أصل مشترك.

وإذا كان ذو الأرحام هم الأقرباء جميعاً، فإن من هؤلاء من هم عمود النسب ، وهم ذوو القربى المباشرة (الأصول والفروع) ومنهم من هم من الحواشي، وهم الأقارب الآخرون الذين ليسوا من

١- سورة الروم الآية ٢١

٢- لسان العرب ١٦١٣/٣ ط. دار المعارف، والمصباح المنير ٣٠٣/١ ط. الأميرية.

٣- د/ذكرى البرى- الوسيط فى أحكام التركات والمواريث- ٢١٦ ط دار النهضة العربية.

الأصول ولا من الفروع، كالأخوة والأخوات والأعمام والعمات والأخوال والخالات، وذلك لأن حاشية كل شئ جانبه وطرفه وهؤلاء جوانب نسب الإنسان وطرفه (١).

وكما تنقسم قرابة الرحم إلى قرابة نسب، وقرابة حواشى، فإنها تنقسم أيضاً إلى قرابة رحم محرمة، وقرابة رحم غير محرمة.

فقرابة الرحم المحرمة : هى كل قرابة دم بين اثنين، أو اثنتين، ولو فرض أن أحدهما أنثى لم يحرم النكاح بينهما.

وتختلف قرابة الرحم بعداً ودنواً، فهناك قريب من الدرجة الأولى، وقريب من الدرجة الثانية وهكذا وقد تولت المادة (٣٦) من القانون المدنى المصرى ترتيب هذه الدرجات فنصت على ما يأتى :

(يراعى فى حساب درجات القرابة المباشرة اعتبار كل فرع درجة عند الصعود للأصل بخروج هذا الأصل، وعند حساب درجة الحواشى تعدد الدرجات صعوداً من الفرع للأصل المشترك، ثم نزولاً منه إلى الفرع الأخر، وكل فرع فيماعد الأصل المشترك درجة)

وبناء على ذلك يخرج الأصل المشترك دائماً من حساب درجة القرابة سواء كانت هذه القرابة قرابة مباشرة أم قرابة حواشى.

ففى القرابة المباشرة يعتبر الابن من الدرجة الأولى بالنسبة لأبيه وأمه، لأن الابن فى صعوده لأبيه أو أمه يحسب درجة أما الأصل فيخرج من حساب درجة القرابة.

وأبن الابن يعتبر فى الدرجة الثانية بالنسبة لجدّه، لأنه فى صعوده إلى هذا الجد يصعد أولاً إلى أبيه فيحسب درجة، ثم من الأب إلى الجد وهذه درجة ثانية، أما الجد فلا يحسب درجة، لأنه هو الأصل المشترك.

وفى قرابة الحواشى يعتبر الأخ من الدرجة الثانية بالنسبة لأخيه، لأننا نصعد درجة إلى الأصل المشترك، وهو الأب ثم ننزل منه درجة إلى الأخ الأخر، ولا يحسب الأب فى درجة القرابة.

١- دكتور محمد يوسف - أحكام الأحوال الشخصية - ص ٤٧٨. ط دار الكتب، وانظر : مجموعة الأعمال التحضيرية ٣٣٠/١

والشخص بالنسبة لعمه فى الدرجة الثالثة، لأن الأصل المشترك بينهما هو الجد، والشخص فى صعوده إلى جده يصعد أولاً إلى أبيه، وهذه درجة ثانية ثم من الأب إلى الجد، وهذه الدرجة لا تحسب لأنها أصل مشترك ثم نزل درجة من الجد إلى العم وهذه درجة ثالثة.

وبإتباع نفس القاعدة يكون الخال والخالة والعم والعمة من الدرجة الثالثة، وابن العم وابن العمة وابن الخال وابن الخالة من الدرجة الرابعة.. وهكذا يكون الأمر فى حساب سائر درجات القرابة (١).

ضابط القرابة المانعة من الرجوع

اختلف الفقهاء فى ضابط القرابة المانعة من الرجوع فى الهبة على أربعة أقوال :

القول الأول

ذهب الإمامية إلى أن القرابة المانعة من الرجوع فى الهبة هى مطلق القرابة المعروفة بقرابة النسب وإن جاز معها النكاح.

وذلك لقول الله سبحانه وتعالى : ﴿وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾ (٢).

فلفظ الأرحام فى الآية الكريمة عام يتناول كل قرابة، سواء كانت رحماً محرماً، أم رحماً غير محرماً (٣).

وقد نوقش ذلك : بأن المراد بالقرابة فى الآية الكريمة وما شابهها، كقوله تعالى : ﴿وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ﴾ (٤). وقوله تعالى : ﴿فَهَلْ عَسَيْتُمْ إِنْ تَوَلَّيْتُمْ أَنْ تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ وَتَقَطِّعُوا أَرْحَامَكُمْ﴾ (٥)، هى القرابة المتأيدة بالمحرمية دون المتجردة عنها (٦) بدليل حديث الحسن

١- د/أحمد محمد إبراهيم - القانون المدنى معلقاً على نصوصه بالأعمال التحضيرية وأحكام القضاء وآراء الفقهاء - ص ٣٠ ط. دار المعارف.

٢- سورة الأنفال الآية ٧٥.

٣- جواهر الكلام ١٨٥/٢٨.

٤- سورة النساء الآية (١).

٥- سورة محمد الآية (٢٢).

٦- الميسوط ٤٩/١٢.

عن سمرة مرفوعاً عن النبي ﷺ " وإذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع " (١).

القول الثاني

كل قرابة مانعة من الرجوع في الهبة سواء كانت قرابة محرمة، أم غير محرمة، ويستثنى من هذا المنع الوالد فيما وهب لولده حيث يجوز له أن يرجع فيما وهبه له، وإلى هذا ذهب المالكية، والشافعية، والحنابلة في ظاهر المذهب، والظاهرية (٢).

وذلك لما روى عن ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال : " لا يحل لرجل مسلم أن يعطى العطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطى لولده " (٣).

فقد نفى رسول الله ﷺ حل رجوع المسلم في عطيته، ولم يستثنى إلا الوالد فيما وهب لولده، فكان رجوعه جائز، وإلا ما كان للاستثناء فائدة.

وقد سبقت مناقشة هذا الاستدلال، والإجابة عنه (٤).

أما من جهة المعنى، فإن استثناء الأب من المنع يرجع إلى أنه لا يتهم في رجوعه، لأنه لا يرجع إلا لضرورة أو إصلاح حال الولد، لهذا كان رجوعه جائزاً دون سائر القرابة (٥).

القول الثالث

القرابة المانعة من الرجوع في الهبة هي قرابة الرحم المحرمة، والقرابة الغير محرمة التي تليها بدرجة، فابن العم وابن الخال يمتنع الرجوع في هبته كما يمتنع الرجوع في هبة ذي الرحم المحرم (٦).
فإن بعدت القرابة كأولاد ابن العم، وأولاد ابن الخال، جاز للواهب الرجوع وإلى هذا ذهب الزيدية..

١- السنن الكبير للبيهقي ١٨١/٦.

٢- مواهب الجليل ٣٦/٦، المجموع شرح المهذب ٣٨٢/٥، المغنى والشرح الكبير ٢٧٠/٦، المحلى ١٢٧/٩.

٣- صحيح البخارى مع فتح البارى ٢٢١/٥.

٤- سبق ذلك في صلاح من الرسالة.

٥- المجموع شرح المهذب ٣٨٢/٥.

٦- البحر الزخار ١٤/٤، الروض النضير ٣٦٢/٣.

ولم أجد فيما أطلعت عليه من كتب الزيدية دليلاً على ما ذهبوا إليه، غير أن الشيخ أحمد إبراهيم قد ذكر أن دليلهم على ذلك أن من يلي ذى الرحم المحرم كابن العم وابن الخال من جملة صلة الرحم التي يجب وصلها، بدليل أن من أحسن إليهم يوصف بأنه قد وصل رحمه، ومن أساء إليهم يوصف بأنه قاطع لرحمه، أما من يلي هؤلاء كأولاد ابن العم، وأولاد ابن الخال، فهم خارجون، لأن اعتبار ذلك يؤدي إلى اعتبار بنى آدم جميعاً مشتركين في الحكم، لاجتماعهم في أب واحد وهو آدم عليه السلام.

ويمكن مناقشة ذلك : بأن العلة من المنع ليست هي مجرد قرابة الرحم حتى يتعدى الحكم لمن ذكر بل هي المقيدة في الحديث بوصف التحريم، فيكون ما ذكر فاسد الاعتبار (١).

القول الرابع

القرابة المانعة من الرجوع في الهبة هي قرابة الرحم المحرمة، فإن كان القريب رحم غير محرم، كابن العم وابن الخال، أو محرم ليس بذى رحم، كالأخ من الرضاع، أو كانت القرابة من جهة المصاهرة لا من جهة النسب، كأمهات النساء والربائب، وأزواج البنين والبنات، كان للواهب الحق في الرجوع.

وإلى هذا ذهب الحنفية، والإمامية في قول لهم (٢)، وهو القول الذي أخذ به القانون المدني المصري (٣).

وقد احتجوا لذلك بما رواه الحسن عن سمرة مرفوعاً عن النبي ﷺ " إذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع " (٤).

فالحديث ظاهر الدلالة على منع رجوع الواهب إذا كانت الهبة لذي رحم محرم.

وقد نوقش هذا الحديث بما قاله ابن الجوزي من أنه حديث ضعيف (٥) وعلى فرض صحته فهو

١- الشيخ / أحمد إبراهيم- الهبة والوصية وتصرفات المريض- ص ٥٠ ط ١٩٣٩

٢- الفتاوى الهندية ٣/ ٣٨٧، مجمع الأنهر ٢/ ٣٦٢- جواهر الكلام ٢٨/ ١٨٥- وفقه الإمام جعفر ٦/ ٢٢٦

٣- د/ محمد كامل مرسى- شرح القانون المدني الجديد (العقود المسماة)- ٢/ ١٦٩، د/ أكرم الخولى- العقود المدنية- ص ١٧٠

٤- الحديث سبق تخريجه

٥- نيل الأوطار ٦/ ١٠، ١١ ط مكتبة التراث

حديث عام يخصه قوله ﷺ في الحديث الذي رواه ابن عمرو وابن عباس رضى الله عنهما "لا يحل لأحد يعطى العطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما وهب لولده" (١).

أما من جهة المعنى : فإن المقصود من الهبة لدى الرحم المحرم صلته وفي الرجوع بدون طيب من نفسه قطيعة له، بخلاف القريب الذي ليس بمحرم، فهو كالأجنبي في حق الهبة، لأن ما بينهما من القرابة لا يفترض وصلها، ولهذا لا يتعلق بها استحقاق العتق وحرمة النكاح، وكذلك المحرم الذي ليس بذى رحم، إذا لا تأثير للرضاع والمصاهرة في استحقاق الصلة، فكانت الهبة بينهما مقصودها العوض، فإذا لم ينل كان له أن يرجع (٢).

وقد نقل المقتن المدني المصرى هذا القول عن المذهب الحنفى، فنص في المادة (٥٠٢) والتي عدت موانع الرجوع فى الهبة ومنها الفقرة (هـ) (إذا كانت الهبة لذى رحم محرم)، ومن ثم لا يجوز الرجوع فيها بغير التراخى مع الموهوب له.

وقد أوضحت ذلك محكمة النقض المصرية عندما قضت بأن الهبة لذى رحم محرم من موانع الرجوع فيها، وذكرت فى حكمها أن الفقرة (هـ) من المادة المذكوره نص عام مطلق يسرى على هبة الوالد لولده، والقول باخراج هبة الوالد لولده من حكم الفقرة (هـ) بحيث يجوز الرجوع فيها يعتبر تقييد لمطلق النص بدون قيد، وتخصيصاً لعمومه بدون مخصص وهو لا يجوز (٣).

وبهذا تكون الهبة لذى رحم محرم هبة لازمة فى ظل القانون المدنى المصرى، لأن غرض الواهب منها هو صلة الرحم، وقد تحقق هذا الغرض بصدور الهبة ذاتها.

وأرى ترجيح ما ذهب إليه الجمهور من المالكية، والشافعية، والحنابلة فى ظاهر المذهب، والظاهرية، وهو منع القريب من الرجوع فيما وهبه لقريبه. مطلقاً أى : سواء كان محرماً أو غير محرم. إنطلاقاً من مبدأ لزوم الهبة عندهم سواء كانت لقريب أو أجنبى، مع استثناء الوالد فيما وهب لولده، حيث يكون رجوعه جائزاً استثناء من قاعدة المنع، وذلك لأن من التزم شيئاً فقد تعهد به.

١- الحديث سبق تخريجه

٢- المبسوط ٥٥/١٢، فتح القدير ١٣٤/٧ ط. المكتبة التجارية، الإختيار لتعليق المختار ٧٤/٣ ط. محمد على صبيح.

٣- د/ عبد الرازق السنهورى- الوسيط فى شرح القانون المدنى- هامش -١٩٣/٥.

واشترطه على نفسه، فكان الوفاء به فى حقه واجباً، لقوله تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وقوله ﷺ : " المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو شرطاً أحل حراماً " (١).

وبالموازنة بين آراء الفقهاء تبين لنا أن الجميع متفقون على أن الهبة للقريب هبة لازمة ولكنهم اختلفوا فى القريب الذى تكون الهبة فى حقه هبة لازمة، فالإمامية جعلوه . كل قريب محرماً أم غير محرّم، والجمهور استثنى من هذا العموم الوالد فيما وهب لولده، والزيدية خصوها بالرحم المحرم، أو من يليه بدرجة، أما الحنفية فقد كانوا أكثر تخصيصاً عندما قصرها على ذى الرحم المحرم.

أما التقنين المدنى المصرى فقد نقل هذا المانع عن المذهب الحنفى، ومن ثم فقد جاءت أحكامه مطابقة مطابقة تامه لما هو مقرر فى هذا المذهب.

١- السنن الكبرى للبيهقى ٧٩/٦ ورواه البخارى بلفظ " المسلمون عند شروطهم " زيادة انظر صحيح البخارى مع فتح البارى ٤/٤٥١.

﴿المطلب الثاني﴾

﴿الصدقة﴾

الصدقة في اللغة : ما تصدق به على مسكين، يقال : تصدق عليه .. وفي التنزيل ﴿وَتَصَدَّقْ عَلَيْنَا﴾ (١)، والصدقة اسم والجمع صدقات، والفعل متصدق، أما المصدق بالتخفيف فهو الذي يأخذ صدقات النعم (٢).

أما الصدقة في الاصطلاح : فهي هبة ما يتمحض به طلب ثواب الآخرة (٣).

فالمصدق يقصد بصدقته وجه الله سبحانه وتعالى، فإن قصد بصدقته وجه الله تعالى ووجه المعطى - بالفتح - فهي هبة خالصة لأن الصدقة ما قصد به ثواب الآخرة فقط، وإلى هذا ذهب الحنفية والحنابلة (٤).

أما المالكية، والشافعية فيرون أن قصد وجه المعطى - بالفتح - مع قصد ثواب الآخرة لا ينفى عنها صفة التصدق (٥).

ولما كان القصد من الصدقة هو طلب ثواب الآخرة فقد اتفق الفقهاء على عدم جواز الرجوع فيها إذا كانت لفقير، واختلفوا في جواز الرجوع فيها إذا كانت لغنى على قولين.

القول الأول

لا يجوز الرجوع في الصدقة ولو كانت لغنى، وإلى هذا ذهب الجمهور من المالكية، والشافعية، والحنابلة، والإمامية، والزيدية، والظاهرية، ووافقهم أكثر الحنفية وهو القول الذي أخذ به القانون المدني

١- سورة يوسف الآية ٨٨.

٢- لسان العرب ٤/٢٤١٩، المصباح المنير ٤٥٨

٣- نيل الأوطار ٥/٣٤٥ ط مكتبة التراث.

٤- البدائع ٦/١٣٣، كشاف القناع ٤/٢٩٩.

٥- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. اسم مرفوع، باب فبضم
بسم الله

المصرى (١).

وقد استدلووا على ذلك بالسنة والأثر والمعنى.

فأما السنة : فما روى عن زيد ابن أسلم عن أبيه قال : " حملت على فرس (٢) فى سبيل الله، فأضاعه الذى كان عنده، فأردت أن أشتريه منه وظننت أنه باعه برخص، فسألت عن ذلك النبى ﷺ فقال : لا تشتريه وإن أعطكه بدرهم واحد، فإن العائد فى صدقته كالكلب يعود فى قينة" (٣).

فالرسول ﷺ قد نهى عن الشراء الوارد فى الحديث، لأن المتصدق عليه قد يستحي من المتصدق، فيسامحه فى بعض الثمن، وهذا يدل على عدم جواز الرجوع فى الصدقة.

أما الأثر : فما روى عن عمر رضي الله عنه قال : " من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه الصدقة، فإنه لا يرجع " (٤).

أما من جهة المعنى : فان المقصود من الصدقة الثواب الأخرى وهو حاصل بوعد الله سبحانه وتعالى، ولا رجوع بعد حصول المقصود، ولأن مقصود صدقة هو ابتغاء ثواب الآخرة فينال المتصدق عوضاً أدبياً يفوق العوض المادى، وهو ما أعده الله له من الثواب يوم القيامة (٥).

وقد جاء القانون المدنى المصرى موافقاً لجمهور العلماء، فنص فى المادة (٥٠٢) التى عدت موانع الرجوع فى الهبة ومنها الفقرة (ج) (إذا كانت الهبة صدقة أو عملاً من أعمال البر)

وقد غل هذا الحكم بأن الصدقة قرينة لوجه الله تعالى، فلا يجوز الرجوع فيها ولو كانت لغنى، وفى هذا الصدد تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : وقد يسقط الواهب حقه فى الرجوع لا لفائدة مادية يتلقاها من الموهوب له بل لفائدة أدبية وذلك بأن تكون الهبة صدقة، فلا يجوز الرجوع فيها ولو

١- حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٩٩/٤، أسنى المطالب ٤٧٨/٢، المغنى والشرح الكبير ٢٩٥/٦، فقه الإمام جعفر ٢٢٢/٦، البحر الزخار ١٣٨/٤ المحلى ١٢٧/٩. ط. دار الفكر، البدائع ١٣٣/٦.

٢- حملت على فرس أى : تصدقت به ليقاتل عليه- وأنظر : إرشاد السارى مع صحيح البخارى ٣٦٣/٤ ط. دار الكتاب العربى.

٣- صحيح البخارى مع فتح البارى ٢٣٥/٥

٤- موطأ الإمام مالك مع المنتقى للباجى ١١٠/٦

٥- بدائع الصنائع ١٣٣/٦، فقه الإمام جعفر ٢٢٢/٥، البحر الزخار ١٣٨/٤.

كانت لغنى ، لأنها قربة لوجه الله تعالى "

وقد أضيف عبارة " أو عملاً من أعمال البر " حتى ترفع شبهة أن الصدقة لا تشمل أعمال البر ، مع أنها فى الواقع تشملها. (١)

وتطبيقاً لذلك : لا يمكن الرجوع فى الهبة التى يقصد بها الإحسان إلى الفقراء ، أو إنشاء مستشفى أو مسجد أو مقابر للفقراء ، مثلاً.

ويخرج العمل عن كونه من أعمال البر ، إذا قصد به النفع العام دون أن يكون براءً وذلك مثل إنشاء طريق أو شق ترعة لا يقصد منها الواهب شيئاً. (٢)

خلاصة ذلك أن كل هبة يراد منها التصدق ، أو البر ويمتنع الرجوع فيها مطلقاً. سواء كانت لغنى أو لفقير ، وسواء كانت لولد المتصدق أو لأجنبى.

القول الثانى

جواز الرجوع فى الصدقة على الغنى وإلى هذا ذهب بعض الحنفية (٣).

وقد استدلوا على ذلك من جهة المعنى فقالوا : ثواب الآخرة لايرجى من الصدقة على الغنى ، فجاز الرجوع فى صدقة كالهبة مالم يوجد مانع من موانع الرجوع (٤).

وقد نوقش ذلك : بأن ثواب الآخرة يراد من الصدقة على الغنى كما يراد من الصدقة على الفقير ، فمن ملك نصاباً تجب فيه الزكاة وله عيال ولا يكفيه ما فى يده ففى الصدقة عليه ثواب ، وإذا ثبت حصول الثواب بالصدقة على الغنى ثبت عدم جواز الرجوع فى صدقته ، للاتحاد فى نفس العلة وهى . طلب ثواب الآخرة (٥).

١- د/ جمال الدين العاقل - عقد الهبة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى - ص ٢٤٥

٢- د/ أكثم الخولى - العقود المدنية - ص ١٧٢ م / أنور طلبة - الوسيط فى القانون المدنى ٣٦٣/٤ . ط دار الكتاب العربى .

٣- المبسوط ٩٢/١٢ .

٤- المرجع السابق .

٥- بدائع الصنائع ١٣٣/٦

هذا كله إذا كانت الصدقة لأجنبي، فإذا كانت من الوالد لولده فهل يجوز الرجوع فيها كالهبة، أم لا يجوز لكونها صدقة ؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

القول الأول

ليس للأب الرجوع فيما تصدق به على ابنه وإلى هذا ذهب الحنفية، والمالكية، والإمامية، والزيدية^(١).

وذلك لما روى عن عمر رضي الله عنه قال : من وهب هبة لصلة رحم، أو على وجه الصدقة فإنه لا يرجع فيها^(٢).

فقد دل هذا الأثر بعمومه على عدم جواز رجوع الأب في صدقته على ابنه.

ومن جهة المعنى؛ فإن عدم جواز رجوع الأب فيما تصدق به على ابنه يقويه أمران.

أحدهما : أن الصدقة امتنع الرجوع فيها؛ لأن القصد منها هو طلب ثواب الآخرة، وهذا القصد يتنافى مع الرجوع، سواء كانت الصدقة لأجنبي، أو للولد.

بخلاف الهبة فإن رجوع الأب فيها يسبره أن إصلاح حال الولد قد يكون في استرجاعها. فجاز الرجوع فيها لذلك^(٣).

الثاني : قياس صدقة الأب لابنه على العتق، بجامع ملازمة القرية، والثاني لا يجوز الرجوع فيه فكذلك الأول، لعدم الفارق^(٤).

القول الثاني

١- البحر الرائق ٢٩٧/٧، الكافي ص ١٠٠٨ ط الرياض الحديثة، فقه الإمام جعفر ٢٢٢/٦، البحر الزحار ١٣٩/٤

٢- موطأ الإمام مالك مع المنتقى للباقي ١١٠/٦

٣- المجموع شرح المهذب ٣٨٢/٥

٤- البحر الزحار ١٣٩/٤

يجوز للأب أن يرجع فيما تصدق به على ابنه وإلى هذا ذهب الحنابلة، والشافعية فى الأصح عندهم (١).

وذلك لما روى عن النعمان بن البشير رضي الله عنه قال : " تصدق على أبى ببعض ماله، فقالت أمى عمرة بنت رواحة : لا أرضى حتى تشهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، فانطلق أبى إليه ليشهده على صدقتى، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أفعلت هذا بولدك كلهم قال لا : فقال : أتقوا الله واعدلوا فى أولادكم، فرجع أبى فرد تلك الصدقة " (٢).

فقد دل حديث النعمان بن بشير رضى الله عنه على جواز رجوع الأب فى صدقت على ولده، لقوله : تصدق على أبى بصدقة ثم قال : فرجع أبى فرد تلك الصدقة. (٣)

ولما روى عن ابن عباس و بن عمر رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : لا يحل لرجل أن يعطى عطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطى لولده " (٤).

فلفظ العطية فى الحديث عام يشمل الهبة والصدقة.

أما من جهة المعنى : فإن الأب إذا وهب لابنه جاز له أن يرجع فيما وهبه له عند الجمهور، فكذلك إذا تصدق عليه كان له أن يرجع، بجامع أن نية الأب فى الحالتين هى التبرع (٥).

وأرى ترجيح ما ذهب إليه أصحاب القول الثانى من جواز رجوع الأب فيما تصدق به على ولده، للأسباب الآتية :

(١) - قوة ما استدلووا به من السنة، ومن جهة المعنى.

(٢) - أن الأثر المروى عن سيدنا عمر رضي الله عنه والذي استدل به أصحاب القول الأول عام، لم يفرق

١- المغنى والشرح الكبير ٢٧٢/٦، روضة الطالبين ٣٨٠/٥

٢- صحيح مسلم ٢٤/١١ ط. دار القلم

٣- المغنى والشرح الكبير ٢٧٢/٦

٤- صحيح البخارى مع فتح البارى ٢١١/٥

٥- المجموع شرح المذهب ٣٨٢/٥

بين الصدقة للولد والصدقة لغيره، بخلاف حديث النعمان ابن بشير رضي الله عنه فهو خاص حيث أجاز الرجوع في الصدقة على الولد دون غيره، وهذا ما أوضحه حديث ابن عباس وابن عمر رضى الله عنهما من أن النبي صلى الله عليه وسلم نفى حل الرجوع في العطية واستثنى الوالد فيما يعطى لولده. والواجب حمل العام على الخاص. فإذا لم يمكن حمل أحدهما على الآخر، قدم قول النبي صلى الله عليه وسلم على قول الصحابي. وعلى كلا الحالتين يتأيد القول الثاني.

(٣) أن ما استدل به أصحاب القول الأول من جهة المعنى ليس بحجة، لكونه في مقابلة نص، فيكون مردوداً.

وبالموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري بشأن الصدقة كمانع من موانع الرجوع في الهبة تبيين وجود موافقة بين الفقهاء الإسلامي والقانوني فكلاهما يجعل العلة في منع الواهب من الرجوع مع الصدقة هي قصد ثواب الآخرة دون تفرقة بين غنى أو فقر للمتصدق عليه، ودون تفرقة بين الأجنبي وولد المتصدق.

خلافاً لبعض فقهاء الشريعة الإسلامية كما سبق بيانه.

﴿المطلب الثالث﴾

﴿الزوجية﴾

تقديم

يطلق الزواج فى اللغة على النكاح، يقال تزوج من بنى فلان ، أى : نكح منهم.
والزواج ضد الفرد، وكل واحد منهما يسمى زوج، فيقال هما زوجان، وهما زوج، كما يقال هما سيان
وسواء.

والتزواج والمزاوجة، والأزدواج كلها بمعنى (١).

أما فى الاصطلاح : فهو عقد وضع لتملك المتعة بالأنثى قصداً (٢).

(فالعقد) جنس فى التعرف يشمل كل العقود من بيع، وإجارة، ونكاح، وغيرها.

(ووضع العقد لتملك المتعة بالأنثى) يخرج سائر العقود ماعدا النكاح.

وإضافة للفظ (قصداً) يخرج شراء الأمة للتسرى، إذ هو تملك للرقبة، وليس تملكاً للمتعة وإن كان
تمليك المتعة بالتسرى يأتى ضمناً.

والمراد بالعقد فى التعريف، هو العقد الصحيح، لأن العقد الباطل لا يترتب عليه أثره وهو حل
الاستمتاع (٣).

وكلامنا عن الزوجية بمناسبة الزواج كمانع من موانع الرجوع فى الهبة يتطلب منا أن نفرق بين
الهبة قبل انعقاد الزوجية، والهبة بعد انعقادها وذلك فى الفرعين الأتيين.

الفرع الأول : الهبة قبل انعقاد الزوجية.

١- لسان العرب مادة (زوج) ١٨٨٥/٣، مختار الصحاح ص ٢٩٩ ط. الثقافة الدينية.

٢- ينظر: فتح القدير ٣٤٠/٢ ط. الأميرية.

٣- المرجع السابق ٣٤٠/٢.

الفرع الثاني : الهبة بعد انعقاد الزوجية.

الفرع الأول

الهبة قبل انعقاد الزوجية

تقديم

ليس ضرورياً أن تكون الهبة قبل انعقاد الزوجية هبة مقيدة بالزواج، بل قد تكون مطلقة أى : أن مقدمها لا يشترطها بالزواج.

وسنبين فى هذا الفرع أن الرجوع فى الهبة يختلف باختلاف ما إذا كانت الهبة مشروطة بالزواج، أو مطلقة عن شرطه وذلك على النحو الآتى :

أولاً : الهبة المطلقة

إذا كانت الهبة مطلقة أى غير مشروطة بالزواج، فإن خلاف العلماء فى لزوم عقد الهبة أو جوازه يسرى عليها.

وبناء على ذلك تكون الهبة لازمة عند الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية (١).

أما عند الحنفية، والإمامية، وفى القانون المدنى المصرى فإنها تكون هبة جائزة، فيستطيع الواهب أن يرجع فيها متى شاء، مالم يوجد مانع من موانع الرجوع فيها (٢) (٣).

ثانياً : الهبة المشروطة بالزواج

قد تكون الهبة مشروطة ضمناً بالزواج، وبمعنى أن يكون الباعث والدافع على تقديمها، هو نيل مقدمها الزواج ممن قدمت من أجله، ويتجلى ذلك فى الهدايا التى يقدمها كل واحد من الخاطبين للآخر تعبيراً عن مشاعر الود والمحبة، فإذا تم الزواج، فقد حصل المقصود، ومن ثم فلا خلاف بين الفقهاء فى عدم جواز رجوع أحدهما فيما أهداه للآخر، ولكن الخلاف فيما إذا لم يحصل المقصود بفسخ الخطبة.

١- ينظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/٢٩٥، الحاوى الكبير ٧/٥٤٦ ط. دار الكتب العلمية، المغنى والشرح الكبير ٦/٢٩٥، والمحلى ٩/١٢٧ ط دار الفكر.

٢- ينظر : حاشية ابن عابدين ٢/٣٧٤ ط الأميرية، شرائع الإسلام ١/٢٣١

٣- د/ أكثم الخولى - العقود المدنية- ١٧١

فجمهور الفقهاء من المالكية فى المعتمد عندهم (١)، الحنابلة، والشافعية فى قول لهم كان لهم موقف خاص بشأن هذه الهبات، حيث رأوا أنها لا تشبه الهبات المطلقة من جهة أنها مشروطة ضمناً بالزواج، فالخاطب لا تطيب نفسه بهذه الهدايا إلا لتقديره أنهم سيزوجوه مخطوبته، فحيث لم تحقق رغبته، فلا يحل لأحد أن يأخذ ماله دون طيب من نفسه.

ومن أجل هذا فقد فرق هؤلاء الفقهاء بين ما إذا كان العدول عن الخطبة من جانب الخاطب، أو من جانب المخطوبة.

فإن كان العدول من جانب الخاطب فإنه لا يسترد شيئاً مما أهداه إلى مخطوبته، ولو كان هذا الشيء موجوداً فى حوزتها.

أما إذا كان العدول من جانب المخطوبة، فإن الخاطب يكون من حقه أن يسترد ما دفعه إليها، فإن كان قائماً أخذه بعينه، وإن كان قد هلك أو استهلك رجع بمثله إن كان مثلياً، وبقيمته إن كان قيمياً.

وحكم المرأة فى ذلك حكم الرجل.

وقد اشترط المالكية عدم وجود شرط، أو عرف بين الناس يقضى بغير ذلك (٢).

أما الشافعية فى القول المعتمد عندهم، فإنهم يرون إعطاء مقدم الهدية خاطباً كان أو مخطوبة الحق فى الرجوع بما أهداه للطرف الآخر، مأكلاً كان، أو مشرباً، أو ملبساً، ويستوى فى ذلك أن يكون العدول من جانب الخاطب، أو من جانب المخطوبة، لأن الذى بذل الهدية منهما قد بذلها من أجل تزويجه بالطرف الآخر، فإذا لم يحدث الزواج، كان لمقدمها أن يرجع بها أن كانت قائمة، فإن كانت قد هلكت أو استهلكت كان له بدلها (٣).

أما الحنفية فقد كان موقفهم موقفاً واضحاً عندما طبقوا على الهبات المقدمة فى الخطبة حكم الهبات المطلقة عندهم، حيث أجازوا لكل واحد من الخاطبين أن يرجع فيما أهداه للآخر إذا فسخت الخطبة

١- خلاف المعتمد عند المالكية. وهو عدم جواز رجوع أحد الخاطبين فيما أهداه للآخر ولو لم يكن العدول من جانبه، لأنها هبة، والهبة لا يجوز الرجوع فيها على الإطلاق ما لم تكن من الوالد لولده ينظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٩٦/٢ ط التقدم العلمية.

٢- المرجع السابق ١٩٦/٢، فتاوى ابن حجر الهيتمى ٩٤/٤، مطالب أولى النهى ٣٨٣/٤.

٣- حاشية البجيرمى على المنهج ٣٣٠/٣ ط. مصطفى البابى الحلبي.

بشرط عدم جود مانع من موانع الرجوع المحدده عندهم، كهلاك الهدية، أو خروجها عن ملك المهدي إليه، أو أخذ مقدمها عوضاً عنها، أو غيرها من الموانع، وذلك لأن الهدية نوع من الهبة، فتأخذ حكمها، والهدية هنا لأجنبي، والمذهب أن الهدية لأجنبي يجوز الرجوع فيها ما لم يوجد مانع (١).

وفي القانون المدني المصري يجوز الرجوع في الهبة المقدمة من أحد الخاطبين للآخر في حالة فسخ الخطبة، حيث لم يوجد مانع من موانع الرجوع في الهبة واستند مقدم الهبة إلى عذر يقبله القاضي، وهذا هو ما قضت به محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في ٢٦ مايو ١٩٧٤ م حيث ذكرت أن حق الخاطب الواهب في استرداد هدايا الخطبة يخضع لأحكام الرجوع في الهبة الواردة في المادة (٥٠٠) مدني ومع بعدها، وتشتترط المادة المذكورة للرجوع في الهبة في حالة عدم قبول الموهوب له أن يستند الواهب في الرجوع إلى عذر يقبله القاضي (٢).

وقد كانت المادة (٦٧٠) من المشروع التمهيدي، والمادة (١١٠) من قانون الأحوال الشخصية يتضمنان ما يفيد بأن الهبات والهدايا المقدمة من أحد الخاطبين للآخر ترد إذا فسخت الخطبة، وطلب الواهب الرد، ما دام الشيء الموهوب قائماً ويمكن رده بالذات، وذلك لأن سبب الهبة قد زال بفسخ الخطبة.

وقد حذف النص الذي تضمنته المادة (٦٧٠) من المشروع التمهيدي سالف الذكر اكتفاءً بالقواعد العامة، وأحكام العرف في هذا الشأن (٣).

غير أن جعل نظرية السبب تعليلاً لرجوع الخاطب فيما أهده لمخطوبته إذا فسخت الخطبة، لم يلق قبولاً من بعض شراح القانون محتجاً على ذلك بأمرين.

الأمر الأول : أن السبب يلزم توافره وقت إبرام العقد باعتباره ركناً فيه، فإذا انعقد العقد صحيحاً بتوافر سببه، فإنه لا يمكن بعد ذلك أن يعرض تخلف السبب أو عدم تخلفه.

١- حاشية ابن عابدين ٣٧٤/٢ ط. اليمنية.

٢- نقض مدني في ٢٦ مايو ١٩٧٤ طعن رقم ٦٢ قاعدة رقم ١٥٦ س ٣٩ ق.

٣- د/ عبد الرازق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - ١٣٦/٥، مجموعة الأعمال التحضيرية ٢٥٩/٤.

الأمر الثاني : إذا كان فسخ الخطبة يزيل سبب الهبة، ويعتبر التزام الواهب بناءً على ذلك مجرداً عن سبب، فإن الهبة يجب أن تصبح باطلة طبقاً لنص المادة (١٣٦) من القانون المدنى والتي تقضى بأن الالتزام إذا لم يكن له سبب، أو كان له سبب مخالف للنظام العام، أو الآداب، كان باطلاً، وبالتالي يكون للواهب أن يسترده من الموهوب له، ولا يستطيع هذا الأخير أن يستند إلى نص المادة (١/٩٧٦) من القانون المدنى والتي تقضى بأن الحيازة بسبب صحيح تخول الحائز، الملك ما دام حسن النية وقت حيازته.

كما لا يستطيع أن يستند إلى نص المادة (١/١٤٢) مدنى، والتي تقضى بأن "الاسترداد إذا كان مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل"

ومن هنا كان فى اعتقاد صاحب هذا الاتجاه أن كل ما للواهب من حقوق إذا فسخت الخطبة هو الرجوع فى الهبة، وهذا الفسخ يعتبر عذراً مقبولاً يجيز له ذلك ما دام لم يوجد مانع من موانع الرجوع فى الهبة(١).

غير أن ذلك لا يحول دن أمكان أن تكون نظرية السبب تعليلاً مقبولاً للرجوع فى الهبة عند فسخ الخطبة، لأن الواهب وهو يقدم هدية لمخطوبته إنما دفعه ذلك أن الخطبة ستنتهى بالزواج، فإذا فسخت الخطبة كان له أن يرجع فى هديته استصحاباً لنيته الأولى وقت أن صدرت منه الهبة، وليس ابتداءً لنية جديدة فى الرجوع فى الهبة لعذر طراً.

غير أن القول بنظرية السبب فى هذه المسألة يتطلب التوسع فى الأثر الذى يترتب عليه السبب، فهو يؤثر فى صحة العقد لا وقت صدوره فحسب، بل أيضاً عند تخلف السبب بعد صدور العقد (٢).

وأرى ما يراه المالكية ومن وافقهم وهو التفريق بين ما إذا كان العدول من جانب الخاطب أو من جانب المخطوبة، فيتحمل العادل عن الخطبة منهما غرم العدول بتركه ما دفعه للطرف الآخر أو بذله ما دفع إليه، وذلك لما فى هذا الاتجاه من توسعة على الناس، ومراعاة للعدالة بينهم، حتى لا يجمع على المهدي إليه خاطباً كان أو مخطوبة بين ألم العدول وألم الاسترداد إن لم يكن هو الذى عدل عن الخطبة، ولا يجمع على المهدي ألم العدول والغرم المالى إذا كان العدول من الجانب الآخر.

١- د/ محمود جمال الدين ^{مركز} العقود المسماة- هامش ص ١٣٩.

٢- د/ عبد الرازق السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى - ١٣٧/٥ بالهامش.

﴿الفرع الثاني﴾

﴿الهبة بعد انعقاد الزوجية﴾

ذكرنا فيما سبق أن جمهور العلماء من المالكية (١)، والشافعية (٢)، والحنابلة (٣)، والظاهرية (٤)، يرون أن الهبة عقد لازم على الإطلاق باستثناء الوالد فيما وهب لولده.

وبناءً على ذلك تكون الهبة بين الزوجين عند الجمهور هبة لازمة، فلا يجوز للواهب زوجاً كان أو زوجة الرجوع فيه على الإطلاق.

أما غير الجمهور من الحنفية، والإمامية، والزيدية، وهم القائلون بأن الهبة عقد جائز ما لم يوجد مانع من موانع الرجوع، فقد اختلفوا فيما بينهم على قولين حول اعتبار الزوجية أحد هذه الموانع.

القول الأول

أن حدوث الزوجية الصحيحة مانع من موانع الرجوع في الهبة المحدثه خلالها، فإذا وهب الرجل للمرأة أو وهبت المرأة للرجل بعد عقد الزواج بينهما امتنع على الواهب منهما الرجوع فيما وهبه للأخر، ولو بعد حدوث طلاق بينهما.

وإلى هذا ذهب الحنفية، والإمامية في قول لهم، وهو القول الذي أخذ به القانون المدني

١- المدونة الكبرى ٤/٣٩٩. ط. دار الفكر.

٢- روضة الطالبين ٥/٣١٩.

٣- للحنابلة روايتان أخرتان مخالفتان لأصل المذهب وهو لزوم الهبة على الإطلاق باستثناء الوالد فيما وهب لولده، وهاتان الروايتان هما :

- الرواية الأولى : التفريق بين الزوج والزوجة، فيجوز للزوجة، أن ترجع فيما وهبت لزوجها ولا يجوز للزوج أن يرجع فيما وهب لزوجته.

- الرواية الثانية : إذا وهبت المرأة مهرها لزوجها، وكان قد سألها ذلك رده إليها رضيت أو كرهت، لأنها لا تهب له إلا مخافة غضبه، أو إضراره بها بأن يتزوج عليها، وإن لم يكن قد سألها أو تبرعت به فهو جائز. وليس لها الرجوع.

ينظر : المغنى والشرح الكبير ٦/٢٩٧، ٢٩٨، الروض المربع ٢/٤٩٨، ٤٩٩.

٤- المحلى ٩/١٢٩. ط. دار الفكر.

المصري(١)(٢).

وينبنى على هذا القول، أن الهبة إذا كانت صادرة من أحدهما إلى الآخر بعد عقد الزواج، لم يكن للواهب منهما حق الرجوع ولو بعد وقوع الطلاق بينهما، بخلاف ما لو وهب أحدهما للآخر قبل عقد الزواج بينهما، إذ يكون للواهب منهما حق الرجوع فيما وهبه للآخر ولو بعد انعقاد الزوجية بينهما (٣).

وفى هذا الصدد تقول المادة (٥٠٢م) والتي عدت موانع الرجوع فى الهبة ومنها الققرة (د) "إذا كانت الهبة من أحد الزوجين للآخر ولو أراد الواهب الرجوع بعد انقضاء الزوجية"

وعلى ذلك فالعبرة بصدور الهبة بين الزوجين بعد عقد الزواج، كى يتمتع رجوع كل واحد منهما فيما وهبه للآخر.

وأساس لزوم الهبة أثناء قيام الزوجية، يكمن فى الحض على تقوية رباط الزوجية، ومنع أحد الزوجين من الإقدام على ما يسئ الآخر.

وأما أساس اللزوم فى الهبة بعد انقضاء الزوجية، فيكمن فى أن تمام الهبة أثناء قيام الزوجية كان فيه دلالة على أن الواهب لم يكن مقصوده العوض، ولهذا لم يكن له حق الرجوع بعد انقضائها (٤).

وإنما كانت الزوجية مانعاً من موانع الرجوع فى الهبة، لأن ما بينهما من الزوجية نظير القرابة القريبة، ولهذا يتعلق بها التوارث من الجانبين بغير حجب، ويمتتع قبول شهادة كل واحد منهما للآخر. فاقتضى ذلك أن يجرى مجرى ذى الرحم المحرم فى منع الواهب من الرجوع.

وأيضاً فإن الواهب منهما لما كان زوجاً للآخر وقت الهبة كان مقصوده الإحسان، فامتتع الرجوع لذلك، بخلاف ما لو كان الواهب منهما أجنبياً وقت الهبة، فإن مقصوده غالباً ما يكون عوضاً مادياً، فإذا لم

١- المبسوط ٦١/١٢، شرائع الإسلام ١/٢٣٠.

٢- د/ عبد الرازق السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى - ١٨٧/٥، د/ جمال الدين العاقل - عقد الهبة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدنى - ص ٢٢٦.

٣- الفتاوى الهندية ٣٨٦/٤، الدر المختار شرح تنوير الأبصار، مع حاشية رد المحتار ٧٠٤/٥.

٤- د/ أكنم أمين الخولى - العقود المدنية - ص ١٧١.

يعوض كان له أن يرجع (١).

القول الثاني

يجوز لأحد الزوجين أن يرجع قيما وهبه للآخر وإلى هذا ذهب الزيدية، والإمامية، في القول المعتمد عندهم (٢).

وحجتهم في ذلك أن الهبة بين الزوجين هبة على عوض مضمر، فجاز معها رجوع الواهب إذا لم ينل العوض قياساً على الهبة بغير عوض (٣).

ويمكن مناقشة هذا الدليل بأن أساس اللزوم في الهبة بين الزوجين ليس هو العوض المادى حتى يسلم لكم ما ذكرتم إنما هو عوض معنوى ممثل في الحرص على تقوية رباط الزوجية، ومنع أحد الزوجين من الإقدام على ما يسئ للآخر، وهذا يقتضى لزوم الهبة الصادرة من كل واحد منهما للآخر قياساً على الهبة لذى الرحم المحرم.

وجدير بالذكر أن القانون المدنى الفرنسى يجيز لأحد الزوجين أن يرجع قيما وهبه للآخر، دون قيد، أو شرط، مع أن الهبة لدى هذا القانون فى الأصل لازمه.

وترجع فلسفة القانون المدنى الفرنسى فى اعتبار الهبة بين الزوجين من الهبات غير اللازمة إلى الخوف من أن تكون هذه الهبة قد حدثت بينهما نتيجة لتأثير الزوج الموهوب له على الزوج الواهب، مما يقتضى تقرير حق الرجوع لهذا الأخير طيلة حياته (٤).

وأرى ترجيح ما ذهب إليه أصحاب القول الأول من منع رجوع أحد الزوجين قيما وهبه للآخر، لأن مقصود الهبة بين الزوجين هو تحقيق السكن وترسيخ قواعد المحبة، وفى الرجوع إيقاع للعداوة والنفرة بينهما، فافتضى الحال أن تكون الهبة بينهما لازمة كالهبة بين ذى الأرحام.

الموازنة : اتفق القانون المدنى المصرى كما هو مبين سلفاً، مع المذهب الحنفى فى منع أحد

١- المبسوط ٦١/١٢.

٢- شرح الأزهار ٤٣٩/٣، جواهر الكلام ١٩٢، ٢٨.

٣- شرح الأزهار ٤٣٩/٣/٣.

٤- د/ محمود جمال الدين زكى - العقود المسماة - ص ١٦٤، ١٦٣.

الزوجين فيما وهبه للآخر، مخالفاً بذلك ما ذهب إليه الزيدية ومن وافقهم من الإمامية.

ونرى أن القانون المدنى المصرى قد سلك مسلكاً حميداً عندما خالف القانون المدنى الفرنسى وإن كانت هذه المخالفة لم تلق قبولا لدى بعض شراح القانون المدنى المصرى، تأسيساً على أن منع أحد الزوجين من الرجوع فيما وهبه للآخر بعد انتهاء الزوجية بخطأ من الموهوب له يعتبر أمراً غير مقبول عقلاً، ولا يقضى أن تجيزه السياسة التشريعية.

وأعترض على هذا الرأى بأن انتهاء علاقة الزوجية بخطأ من الموهوب له لا يبرر خرق هذا اللزوم، لأن الواهب وقت الهبة لم يكن مقصوده العوض.

"أيضاً فإن قداسة علاقة الزوجية فى ظل الشريعة الإسلامية أثناء قيام الزوجية، أو حتى بعد زوالها بالطلاق يتنافى مع رجوع أحد الزوجين فيما وهبه للآخر، قال تعالى فى كتابه العزيز مخاطباً الأزواج وأولياتهم : ﴿وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبَ لِلتَّقْوَى وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾ (١).

وإذا كان القانون الفرنسى قد اعتبر الهبة بين الأزواج من الهبات غير اللازمة فلعل ذلك يرجع إلى وهن العلاقة الإجتماعية هناك مما يقتضى عدم لزوم الهبة بينهما.

وبهذا يكون القول باتباع المقنن الفرنسى فيما ذهب إليه قول قد جانبه الصواب.

﴿الفصل الثانى﴾

﴿مانع زيادة الموهوب﴾

تقسم

الزيادة فى الشىء الموهوب لا تخلو من أمرين :

أن تكون زيادة متصلة، كسمن الحيوان الموهوب، أو تكون منفصلة كلبن الحيوان الموهوب بعد الحلب.

وكلاهما ينقسم إلى قسمين :

- فالزيادة المتصلة قد تكون حسية، وهى نوعان؛ متولدة عن الأصل كسمن الحيوان الموهوب، وغير متولدة عنه كصبغ الثوب الموهوب.

وقد تكون معنوية، كتعلم العبد الموهوب للكتابة والقراءة.

- أما الزيادة المنفصلة فقد تكون متولدة عن الأصل، كالولد واللبن بعد الانفصال، وقد تكون غير متولدة عنه، كأرث الجناية وكسب العبد.

أما عن موقف الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى حول مدى اعتبار، أو عدم اعتبار هذه الزيادة بنوعيتها مانعاً من موانع الرجوع فى الهبة فإن هذه ما سنعرضه فى المطلبين الآتيين :

المطلب الأول : حكم الرجوع مع الزيادة المتصلة

المطلب الثانى : حكم الرجوع مع الزيادة المنفصلة

﴿المطلب الأول﴾

﴿حكم الرجوع مع الزيادة المتصلة﴾

الزيادة المتصلة كما ذكرنا، قد تكون زيادة حسية، وقد تكون زيادة معنوية.

أولاً : الزيادة المتصلة الحسية

الزيادة المتصلة الحسية : هي الزيادة المتصلة بذات العين الموهوبة اتصالاً حسياً.

ويستوى أن تكون هذه الزيادة بفعل الموهوب أو بدون فعله، كما يستوى أن تكون هذه الزيادة متولدة عن الموهوب، أم غير متولدة عنه.

فالمتولدة عن الموهوب، كما لو كان الموهوب صغيراً فكبير، أو هزيراً فسمناً، أو دقيقاً فخيزراً، أو لبناً فصغيره جنباً، أو عنباً فحوله زبيباً.

أما غير المتولدة عن الموهوب، فكما لو كان الموهوب ثوباً فصبغه، أو أرضاً فغرس فيها غرساً أو بنى فيها بناءً (١) (٢).

وقد اختلف الفقهاء حول مدى اعتبار هذه الزيادة مانعة من الرجوع في الهبة أو غير مانعة على قولين :

القول الأول

أن هذه الزيادة تمنع الواهب من الرجوع فيما جاز له الرجوع فيه وإلى هذا ذهب الحنفية، والمالكية، والحنابلة، في رواية لهم، والزيدية، والظاهرية، ولكن يشترط أن تكون هذه الزيادة قد أسقطت الاسم عن الموهوب (٣).

١- تنظر هذه الأمثلة : الفتاوى الهندية ٣٨٦/٤، حاشية العدوى وشرح الخرشي ١١٤/٧، نهاية المحتاج ٤٢١/٥، كشاف القناع ٣١٥/٤.

٢- د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - ١٩٥/٥.

٣- بدائع الصنائع ١٢٩/٦، البحر الرائق ٢٩١/٧، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير ١٠٠/٤، المعنى والشرح الكبير ٢٧٨/٦، شرح الأزهار ٤٤٢/٣، المحلى ١٣٦/٩. ط. دار الفكر.

وهو القول الذى أخذ به القانون المدنى المصرى (١).

وقد اشترط الفقهاء فى هذه الزيادة شرطين كى تكون مانعة من الرجوع فى الهبة :

الشرط الأول : أن تكون هذه الزيادة زيادة فى العين الموهوبة.

الشرط الثانى : أن تودى هذه الزيادة إلى الزيادة فى قيمة العين الموهوبة، فإن زاد الموهوب فى نفسه زيادة لا تودى إلى زيادة قيمته، كالزيادة الحاصلة بسبب طول القامة فإن هذه الزيادة لا

تمنع الواهب من الرجوع.

وكذا إن زادت قيمة الموهوب ثم عادت إلى ما كانت عليه، كما لو أزيل لبناء، أو قلع الغرس، فإن حق الرجوع يعود للواهب (٢) (٣).

وإنما امتنع رجوع الواهب مع الزيادة المتصلة الحسية لما يأتى :

١- أنه لا وجه للرجوع فى الموهوب دون الزيادة، لعدم الامكان ولا مع الزيادة، لعدم دخولها تحت العقد، فامتنع الرجوع أصلاً (٤).

٢- أن هذه الزيادة نماء ملك الموهوب له، ولم تنتقل إليه من جهة الواهب فلم يملك الرجوع فيها كالمنفصلة، وإذا امتنع الرجوع فيها امتنع الرجوع فى الأصل، لنلا يقضى إلى سوء المشاركة، وضرر التشقيص (٥)، ولأنه استرجاع للمال بفسخ عقد لغير عيب فى عوضه، فمنعه الزيادة المتصلة كاسترجاع الصداق بفسخ النكاح، أو نصفه بالطلاق، أو رجوع البائع فى المبيع لفسل

١- فقد نص القانون المدنى المصرى فى الفقرة (أ) من المادة (٥٠٢) مدنى على أن من بين موانع الرجوع فى الهبة "إذا حصل للموهوب زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته، فإذا زال المانع عاد حق الرجوع".

٢- فتح القدير ٤٣/٩، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ١٠٠/٤، كشاف القناع ٣١٥/٤، البحر الزخار ١٤٠/٤.

٣- د/ أكرم الخولى -العقود المدنية- ص ١٨٠، د/ محمود جمال الدين زكى -العقود المساة- ص ١٦٩، مجموعة الأعمال التحضيرية ٢٩١/٤.

٤- الهداية شرح بداية المبتدى ١٦٦/٣. ط. محمد على صبيح، الدرر الحكام ٢٢٢/٢.

٥- الشقص : القطعة من الأرض، والطائفة من الشىء، والجمع أشقاص : ينظر : مختار الصحاح مادة شقص ص ٢٤٦. ط. الحلبي، المصباح المنير ص ٤٣٥.

المشتري، ويفارق الرد بالعيب من جهة أن المشتري قد رضى ببذل الزيادة (١).

٣- أن الرجوع لا يكون إلا بما تناله العقد، وقد تعذر التمييز مع الزيادة المتصلة، فيظل معها الرجوع لذلك (٢).

٤- أن من ملك شيئاً ملك نمائه تبعاً له، لأن النماء ناشئ من ملكه، ومن ثم تكون الزيادة المتصلة المتولدة ككبر الصغير وسمن الهزيل ملكاً خالصاً للموهوب له، فإذا أراد الواهب الرجوع مع هذه الزيادة فإن رجوعه يؤدي إلى تعارض حقين.

حق للموهوب في الزيادة، وحق الواهب في الرجوع، وحقيقة الملك أقوى من حق الرجوع، فترجح لأجل ذلك حق الموهوب له، فامتنع الواهب من الرجوع.

هذا إذا كانت الزيادة في الموهوب زيادة متصلة متولدة.

فإن كان الزيادة متصلة غير متولدة كالطمي والبناء، فإن رجوع الواهب في الأصل يؤدي إلى وقوع الموهوب له في الضرر فيما بناه، أو غرسه، ومن ثم يقوى حق الموهوب له على الواهب (٣).

٥- واستدل ابن حزم الظاهري على أن الزيادة المتصلة بنوعيتها تمنع الرجوع إذا تسببت في تغيير الاسم عن الموهوب، بأن الهبة مع هذه الزيادة أصبحت غير الهبة التي وهبها الواهب، ومن ثم فهي غير الهبة التي جعل النبي ﷺ للواهب الرجوع فيها (٤). (٥)

القول الثاني

الزيادة المتصلة الحسية سواء كانت متولدة، أم غير متولدة، لا تمنع الواهب من الرجوع فيما جاز له الرجوع فيه.

١- المغنى والشرح الكبير ٦/٢٧٨، ٢٧٩، المبدع في شرح المقنع ٥/٣٧٨، كشف القناع ٤/٣١٥.

٢- البحر الزخار ٤/١٣٩، شرح الأزهار ٣/٤٤١.

٣- الشيخ / أحمد إبراهيم - الهبة والوصية وتصرفات المريض - ص ٥٤. ط. العلوم ١٣٥٨ هـ - ١٩٣٩ م، د/ عبد الرازق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - ٥/١٩٥، د/ محمد جمال الدين زكي - العقود المسماة - ص ١٦٦.

٤- المحلى ٩/١٣٦. ط. دار الفكر.

٥- انظر: مواهب الرجوع للهبة - د/ مصباح المتولى حماد - بحث منشور بمجلة شرعية والقانون بالقاهرة - العدد ١٤٨ - ص ٣٧.

والى هذا ذهب الشافعية فى الصحيح عندهم إلا فى صورتين (١) والحنابلة فى الرواية الأخرى (٢)، والإمامية (٣)، والظاهرية إذا لم يتغير بها الاسم عن الموهوب.

وقد استدل أصحاب هذا القول على ما ذهبوا إليه بالآتى :

١- أن الأصل يجوز رجوع الواهب فيه، وهذه الزيادة تابعة للأصل، فتأخذ حكمه فى جواز الرجوع (٤).

ويمكن مناقشة ذلك بأن الأصل إنما جاز الرجوع فيه لوجوده على حاله، فإذا لحقت به زيادة وكانت هذه الزيادة.

٢- قياس الزيادة المتصلة على الزيادة المنفصلة، بجامع أن كلا منهما زيادة فى الموهوب، والزيادة المنفصلة لا تمنع رجوع الواهب فى الأصل، فكذا الزيادة المتصلة (٥).

ويمكن مناقشة هذا القياس بأنه قياس مع الفارق، ووجه الفرق أن الزيادة المنفصلة من الممكن عزلها عن الموهوب فجاز رجوع الواهب دونها، أما الزيادة المتصلة فإنه ليس من الممكن فصلها عن الموهوب، وقد حدثت على ملك الموهوب له فكانت له مع الأصل تبعاً.

فإن قيل : الزيادة المتصلة حيث لم يمكن فصلها عن الموهوب فإنها تكون تابعة له فى جواز الرجوع (٦).

١- الصورة الأولى : ما لو وهب أمة، أو بهيمة حائلاً ثم رجع فيها وهى حامل فإنه يرجع فى الأم دون الحمل بناء على أن الحمل يعلم وهو الأصح، قيل : يرجع فى الأم، ولو قبل الوضع، وهو المعتمد كما أجاب ابن الصباغ وغيره.

الصورة الثانية : ما لو وهب نخلاً فاطلعت تمراً غير مؤبر فلا يرجع فيه على المذهب، لأنه لا معاوضة ولا تراض، كالصداق، وقيل : يرجع فى الطلع تبعاً، والأول أوجه قياساً على الحمل، ينظر مغنى المحتاج ٤٠٣/٢، أسنى المطالب ٤٨٥/٢.

٢- المغنى والشرح الكبير، ٢٧٨/٦، المبدع فى شرح المقنع ٣٧٩/٥.

٣- شرائع الإسلام ٢٢٣/١.

٤- نهاية المحتاج ٤٢١/٥، أسنى المطالب شرح الروض الطالب ٤٨٥/٢.

٥- المغنى والشرح الكبير ٢٧٨/٦، المبدع فى شرح المقنع ٣٧٩/٥.

٦- الروضة البهية ٢٦٨/١.

قلنا : الزيادة المتصلة حدثت على ملك الموهوب له، ولم تحدث على ملك الواهب، والرجوع لا يكون إلا بما تناوله العقد وقد تعذر ذلك بالزيادة المتصلة، فكانت مانعة (١).

٣- واستدل ابن حزم على أن الزيادة المتصلة إذا لم يتغير بها الاسم عن الموهوب جاز الرجوع فيها بأن الهبة إذا تغير اسمها بسبب هذه الزيادة أصبحت هي الهبة التي جعل رسول الله ﷺ للواهب الرجوع فيها (٢).

وأرى ترجيح ما ذهب إليه أصحاب القول الأول من عدم جواز رجوع الواهب مع زيادة الموهوب زيادة متصلة، وذلك لأن الواهب عندما بذل الهبة لم يكن قصده أن يرجع فيها وإلا لكان قد أمسك الموهوب ولم يهبه فإذا تمت الهبة وتراعى له أن يرجع فيها، فإن ذلك يجوز له إن كان أباً للواهب عند جمهور الفقهاء، كما يجوز له ذلك إن كان غير أب عند الحنفية ومن وافقهم بشرط عدم وجود مانع من موانع الرجوع في الهبة.

حيث جاز رجوع الواهب بعد بذله للهبة راضياً، فإن ذلك ينبغي ألا يكون على إطلاقه، بل يجب أن يكون مقيداً بما لا يلحق الضرر بالطرف الآخر وهو الموهوب له والرجوع مع الزيادة المتصلة يلحق الضرر بالموهوب له، لأن هذه الزيادة لا يمكن فصلها عن الشيء الموهوب، وقد حدثت على ملكه، والضرر منهي عنه لقوله ﷺ فيما رواه ابن عباس رضى الله عنهما "لا ضرر ولا ضرار" (٣). وبهذا يكون القول بعدم جواز رجوع الواهب مع الزيادة المتصلة هو القول الأولى بالقبول والترجيح.

ثانياً : الزيادة المتصلة المعنوية

قد تكون الزيادة المتصلة بالموهوب زيادة معنوية، كما لو كان الموهوب عبداً فتعلم القرآن، أو تعلم صنعه، أو وهبه مريضاً فشفاه الله عند الموهوب له.

فهل هذه الزيادة تمنع الواهب من الرجوع أم لا ؟

اختلف العلماء على قولين :

١- بدائع الصنائع ١٢٩/٦، البحر الزخار ١٣٩/٤.

٢- المحلى ١٣٦/٩. ط. دار الفكر.

٣- مسند الإمام أحمد ٣١٣/١. ط. المكتب الإسلامي.

القول الأول

الزيادة المتصلة المعنوية تمنع الواهب من الرجوع في الهبة، كالزيادة الحسية.

وإلى هذا ذهب المالكية، والحنابلة، في رواية لهم، وأبو يوسف من الحنفية (١).

وقد اشترط هؤلاء الفقهاء في الزيادة المعنوية المانعة من الرجوع في الهبة، ما يشترط في الزيادة المتصلة الحسية، فبالإضافة إلى كون هذه الزيادة زيادة في العين، فإن هذه الزيادة يجب أن تؤدي إلى الزيادة في مالية العين الموهوبة، والاجاز رجوع الواهب معها.

وزيادة الموهوب زيادة معنوية إنما منعت الواهب من الرجوع في الهبة بالقياس على الزيادة المتصلة الحسية، بجامع زيادة مالية الموهوب في كل، والزيادة المتصلة الحسية تمنع الواهب من الرجوع في الهبة، فكذا الزيادة المعنوية، لعدم الفارق (٢).

القول الثاني

الزيادة المعنوية لا تمنع الواهب من الرجوع في الهبة وإلى هذا ذهب الشافعية، والحنابلة، في الرواية الأخرى، والزيدية، والظاهرية، وزفر من الحنفية (٣). وهو القول الذي أخذ به شراح القانون المدني المصري، فقد ذكر فقهاء القانون أن المراد بالزيادة المتصلة الموجبة لزيادة قيمة الموهوب، والتي نص عليها التقنين المدني المصري في الفقرة (أ) من المادة (٥٠٢) كأحد موانع الرجوع في الهبة، هي الزيادة المادية في عين الموهوب (٤).

وحيث إن الزيادة المعنوية ليست زيادة مادية في عين الموهوب، فإنها لا تمنع الواهب من الرجوع.

وأرى أن نص الفقرة (أ) من المادة سالفة الذكر، نص عام لم يفرق بين الزيادة المتصلة الحسية،

١- الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٤/١٠٠، المبدع في شرح المقنع ٥/٣٧٨، ٣٧٩، المبسوط ١٢/٨٨، البحر الرائق ٧/٢٩١.

٢- المبسوط ١٢/٨٨، المغنى والشرح الكبير ٦/٢٧٩، ٢٨٠.

٣- نهاية المحتاج ٥/٤٢١، المغنى والشرح ٦/٢٧٨، البحر الزخار ٤/١٤١، المحلى ٩/١٣٦، البحر الرائق ٧/٢٩١.

٤- د/ أكتف الخولى - العقود المدنية- ص ١٨٠، د/ محمود جمال الدين زكى - العقود المسماة- ص ١٦٩.

والمعنوية فى منع الواهب من الرجوع، فالفقرة (أ) تبين أن أحد موانع الرجوع فى الهبة (إذا حصل للموهوب زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته، فإذا زال المانع عاد حق الرجوع).

فالنص واضح فى منع الواهب من الرجوع مع الزيادة المتصلة الموجبة لزيادة قيمة الموهوب، دون تفرقة بين زيادة متصلة حسية، أو متصلة معنوية.

وبهذا يكون القول بأن المراد من الزيادة المتصلة التى نص عليها المقنن فى الفقرة (ب) : هى الزيادة فى عين الموهوب فقط، هو قول مخالف لدلالة النص.

وقد استدل أصحاب القول الثانى على ما ذهبوا إليه من جواز رجوع الواهب مع الزيادة المعنوية بنفس الأدلة التى استدلوها بها على جواز رجوع الواهب مع الزيادة المتصلة الحسية (١).

بالإضافة إلى ذلك فقد قاس الإمام زفر رحمه الله (٢)، الزيادة المتصلة المعنوية على الزيادة فى سعر الموهوب، بجامع أن الزيادة فى كل ليست زيادة مادية فى عين الموهوب والزيادة فى السعر لا تمنع رجوع الواهب، فكذا الزيادة فى المعنى، لعدم الفارق (٣).

وقد ناقش الإمام أبو يوسف رحمه الله (٤) هذا القياس بوجود الفارق بين الزيادة فى سعر الموهوب والزيادة فى معناه.

وجه الفرق : أن الزيادة المعنوية زيادة تزداد بها مالية الموهوب فهى بمنزلة سمن الموهوب، بخلاف الزيادة فى الموهوب بسبب تغير الأسعار، إذ هى تتبنى على كثرة الرغائب، إلا أن يكون ذلك لمعنى فى العين.

والدليل على أن الزيادة المعنوية تمنع الواهب من الرجوع أنها تكون مستحقة للمشتري بالشرط، كما يثبت له الخيار عند فواتها.

١- ينظر : ما استدل به لفقهاء القائلون بجواز رجوع الواهب مع الزيادة الحسية من ١٦٣، ١٦٤

٢- سبقت الترجمة له فى ص ١٠٤

٣- المبسوط ١٢/٨٨.

٤- هو الامام قاضى القضاة يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصارى الكوفى وهو من أئمة الحنفية، ولد سنة ١١٣ هـ وتوفى الخامس من ربيع الأول ١٨٢ هـ، سير أعلام النبلاء ٨/٥٣٥.

وأرى ترجيح ما ذهب إليه المالكية ومن وافقهم من أن زيادة الموهوب زيادة متصلة حسية كانت، أم معنوية تمنع الواهب من الرجوع في الهبة، وذلك لأن هذه الزيادة لا يمكن فصلها عن الشيء الموهوب، وقد حدثت على ملك الموهوب له، وما حدث على الملك يملك أصله لتعذر فصله.

تغير قيمة الموهوب بسبب حوالة الأسواق

تغير قيمة الموهوب زيادة أو نقصاً بسبب حوالة الأسواق هو تغير منفك عن العين، ومن هنا فقد ذهب أكثر الفقهاء (١) ومعهم القانون المدنى المصرى (٢) إلى أن تغير قيمة الموهوب زيادة أو نقصاً بسبب حوالة الأسواق لا يمنع الواهب من الرجوع، لأن الهبة باقية على حالها وزيادة القيمة أو نقصانها لا تعلق له بها ولا تأثير له في صفتها وإنما هي رغبة يحدثها الله في القلوب، ولهذا فإن الزيادة لم تعتبر في أصول الشرع فهي لا تغير ضمان الرهن، ولا الغضب، ولا تمنع الرد بالعيب (٣).

وأيضاً : فإن المانع من الرجوع مع زيادة الموهوب مشروط يكون هذه الزيادة في ذات العين، وبكونها موجبة لزيادة قيمة الموهوب (٤)، وزيادة الموهوب بسبب ارتفاع سعره في الأسواق زيادة في القيمة دون العين، فجاز معها الرجوع لاختلال شرط المانع (٥).

وخالف في ذلك بعض المالكية حيث ذهبوا إلى عدم جواز رجوع الواهب مع الزيادة أو النقصان في سعر الموهوب، لأنه نقص صفة وهو فوات في الرد بالعيب فكذلك هنا (٦).

وقد نوقش ذلك : بأن الموهوب باق على حاله، وزيادة القيمة أو نقصانها عارض لا يعتد به (٧).

١- ينظر : حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ٦٩٩/٥، جواهر الأكليل ٢/٢١١، كشف القناع ٤/٣١٥، البحر الزخار ٤/١٤١، المحلى ٩/١٣٦.

٢- د/ محمد كامل مرسى - العقود المسماة - ١٨٧/٢، د/ أحمد محمد إبراهيم - القانون المدنى معلقاً على نصوصه بالأعمال التحضيرية وآراء الفقهاء - ص ٥٥٩، د/ أكثم الخولى - العقود المدنية - ١٧٩.

٣- شرح الخرشي مع حاشية العدوى ٧/١١٤، ١١٥، مواهب الجليل ٦/٦٤.

٤- بدائع الصنائع ٦/١٢٩.

٥- د/ محمود جمال الدين زكى - العقود المسماة - ص ١٦٦، د/ جمال الدين العاقل - عقد الهبة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى - ص ٢٢٦.

٦- العدوى مع شرح الخرشي ٧/١١٤، ١١٥، مواهب الجليل ٤/٦٤.

٧- حاشية الدسوقي والشرح الكبير ٤/١٠٠، شرح منح الجليل ٤/١٠٦، بلغة السالك ٣/٢٣٤. ط. عيسى الباي الحلبي، قوانين الأحكام والشرعية ٣٨٦. ط. عالم الفكر.

ويمكننا مناقشة ذلك أيضاً بوجود الفارق بين الرجوع فى الهبة بين الرد بالعيب فى البيع.

ووجه الفرق، أن الهبة قائمة على التبرع، بخلاف البيع فهو قائم على المعاوضة، ولهذا فإن الرد بالعيب فى البيع غالباً ما يكون من المشتري، بخلاف الهبة فإن الموهوب له لما لم يبذل مقابل، أو بذل مقابل لا يساوى قيمة الموهوب فإن طلب الرد يكون من الواهب غالباً، وهو يقابل البائع فى عقد البيع. ولهذا يترجح فى نظرى القول بعدم تأثير رجوع الواهب بزيادة أو نقصان سعر الموهوب.

تغير قيمة الموهوب بسبب نقله

بعد أن اتفق أكثر الفقهاء على أن الزيادة أو النقصان فى قيمة الموهوب بسبب حوالة الأسواق لا تمنع الواهب من الرجوع اختلفوا فى تغير قيمة الموهوب بسبب نقله من مكان إلى آخر على قولين:

القول الأول

ذهب المالكية والحنابلة وأبو يوسف من الحنفية إلى أن الزيادة فى قيمة الموهوب بسبب نقله من مكان إلى آخر، لا تمنع الواهب من الرجوع، قياساً على الزيادة فى سعر الموهوب، بجامع أن الزيادة فى كل ليست فى عين الموهوب (١).

القول الثانى

ذهب الإمام أبو حنيفة ومحمد إلى أن زيادة القيمة بالنقل تمنع الواهب من الرجوع، لأن الرجوع يتضمن إبطال حق الموهوب له فى الكراء، ومؤنة النقل، فيمتنع لذلك (٢).

وأرى ترجيح ما ذهب إليه المالكية ومن وافقهم من أن زيادة قيمة الموهوب بسبب نقله من مكان إلى آخر لا تمنع الواهب من الرجوع، لأنها زيادة ليست فى عين الموهوب، فهى كزيادة السعر، ورجوع الواهب لا يتضمن إبطال حق الموهوب له فى الكراء ومؤنة النقل كما قال أصحاب القول الثانى، لأن الكراء ومؤنة النقل يكون من حق الموهوب له أن يرجع بهما على الواهب.

١- حاشية المسوقى على الشرح الكبير ١٠٠/٤، الشرح الصغير مع حاشية الصاوى ٤٥٠/٥، كشف القناع ٣١٥/٤، تبين الحقائق ٩٩،٩٨/٥.

٢- البحر الرائق ٢٩١/٧، تبين الحقائق ٩٩/٥، تكملة ابن عابدين ٣٢٨/٢.

زوال الزيادة المتصلة

إذا حدث في الموهوب زيادة متصلة ثم زالت هذه الزيادة فإن الموهوب مع زوال هذه الزيادة لا يخلوا من أمرين :

أحدهما : أن يعود الموهوب إلى حالته وقت الهبة، كما لو حصد الزرع، أو أزيل البناء، أو قلع الغرس، أو سمن الهزيل ثم عاد إلى هزله وقت الهبة.

الثاني : أن ينقص الموهوب عن حالته وقت الهبة، كما لو سمن الهزيل ثم نقص في الهزل عن حالته التي وهب عليها.

وعلى كلا الأمرين اختلف الفقهاء القائلون بمنع الرجوع مع الزيادة المتصلة في جواز رجوع الواهب مع زوال هذه الزيادة.

فذهب المالكية والحنفية في القول المعتمد عندهم إلى عود رجوع الواهب بزوال هذه الزيادة، لزوال المانع (١).

وهو القول الذي أخذ به القانون المدني المصري وقد أورد النص على ذلك في المادة (٥٠٢) مدني والتي عدت موانع الرجوع في الهبة، ومنها الفقرة (أ) (إذا زاد الموهوب زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته فإذا زال المانع عاد حق الرجوع) وذلك لأن زوال المانع يخول عود الممنوع (٢).

وذهب الحنفية في القول الآخر إلى أن حق الرجوع لا يعود للواهب بزوال الزيادة المتصلة.

وحجتهم : أن حق الواهب في الرجوع قد سقط بوجود هذه الزيادة والساقط لا يعود (٣).

ويمكن مناقشة ذلك بأن حق الواهب في الرجوع إنما عاد لزوال المانع، فمن أكره بالقتل على التعاقد فتصرفه غير نافذ، لقوله صلى الله عليه وسلم فيما رواه ابن عباس رضي الله عنهما "تجاوز الله عن أمتي الخطأ"

١- الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ١٠٠/٤، جواهر الإكليل ٢١٥/٢، المبسوط ٨٧، ٨٦/١٢، تبيين الحقائق ٩٩/٥.

٢- د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - ١٩٥/٥، د/ جمال الدين العاقل عقد الهبة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني - ص ٢٢٦، مجموعة الأعمال التحضيرية ٢٩١/٤.

٣- حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ٦٩٩/٥، تكملة ابن عابدين ٣٢٦/٢، ٣٢٧.

والنسيان وما استكرهوا عليه" (١). فإذا أراد المكره (الفتح) إجازة تصرفه بعد زوال الإكراه عنه فإن تصرفه يكون صحيحاً نافذاً لزوال المانع.

أما الحنابلة (٢) فلم يتعرضوا فيما اطلعت عليه ، إلى حق الواهب في الرجوع بزوال الزيادة المتصلة، ولكنهم تعرضوا لحق الواهب في الرجوع بالنسبة لمانع الخروج عن الملك، فذكروا أن الأب لا يملك الرجوع إذا خرج الموهوب عن ملك الابن، ثم عاد إليه بسبب جديد، كالبيع أو الوصية، لأن الملك قد عاد إلى الابن بسبب جديد لم يستفد من قبل أبيه.

فإن عاد الموهوب إلى الابن بسبب الفسخ، فوجهان :

أحدهما : أن الأب يملك الرجوع لارتفاع السبب للزيل.

الثاني : أن الأب لا يملك الرجوع لاستقرار ملك الغير عليه (٣).

وإزاء عدم النص على أحقية الواهب أو عدم أحقيته في الرجوع بزوال مانع الزيادة المتصلة، فإنني لا أستطيع القطع بأن الحنابلة يرون جواز عود رجوع الواهب مع زوال الزيادة المتصلة لزوال المانع، أو يرون عدم جواز عود الرجوع مع زوال الزيادة المتصلة على اعتبار أن الساقط لا يعود، أو أن الأمر في المذهب محل خلاف، فالاحتمالات الثلاثة قائمة.

نقصان العين الموهوبة

إذا نقص الموهوب في ذاته عن الحالة التي وهب عليها، كما لو وهبه سميماً فهزل، أو دنائيراً فجعلها الموهوب له حلياً، أو عبداً فذهبت حاسة من حواسه.

فقد اختلف الفقهاء في حكم رجوع الواهب مع مثل هذا النقصان على قولين.

١- المستدرک للحاکم ١٩٨/٢. ط. درا المعرفة.

٢- هذا على رواية منع الواهب من الرجوع مع الزيادة المتصلة. ينظر : المغنى والشرح الكبير ٢٧٨/٦، الروض المربع ٤٩٨/٢.

٣- المغنى والشرح الكبير ٢٧٨/٦، كشف القناع ٣١٥/٤.

القول الأول

نقصان العين الموهوبة لا يمنع الواهب من الرجوع فى الهبة ، وإليه ذهب أكثر الفقهاء من الحنفية، والشافعية، والحنابلة، والإمامية، والزيدية، وهو قول عند المالكية، وبه قال الظاهرية بشرط أن يؤدى النقصان إلى تغيير الاسم عن الموهوب وقد نقل القانون المدنى المصرى هذا القول عن المذهب الحنفى (١) (٢).

وحجة هؤلاء الفقهاء، أن رجوع الواهب مع نقصان العين يعتبر رجوعاً فى بعض الموهوب، ورجوع الواهب فى بعض الموهوب مع بقائه بكماله جائز، فكذا رجوعه مع نقصانه، لعدم الفارق (٣).

أما الظاهرية، فقالوا : أن النقص فى العين إذا لم يتغير به الاسم عن الموهوب، كان الموهوب هو نفس ما جعل النبى ﷺ للواهب الرجوع فيه، فكان الرجوع فيه جائزاً لذلك (٤).

القول الثانى

نقصان العين الموهوبة يمنع الواهب من الرجوع فى الهبة، وهو المعتمد عند المالكية (٥)، وإليه ذهب الظاهرية، بشرط أن يتغير بالنقصان الاسم عن الموهوب (٦).

وقد استدل المالكية على ما ذهبوا إليه بأن تغير حالة ذمة المعطى (بالفتح) يمتنع معه رجوع الواهب، فلان يمتنع رجوعه مع تغيير الهبة فى ذاتها، أولى (٧).

١- البحر الرائق ٢٩١/٧، حاشيتنا قليوبى وعميرة ١١٤/٣. ط. دار إحياء التراث العربى المبدع فى شرح المقنع ٣٧٨/٥، جواهر الكلام ٢٠٣/٢٨، البحر الزخار ١٤٠/٤، شرح منح الجليل ١٠٦/٤، المحلى ١٣٦/٩.

٢- د/ محمد كامل مرسى -العقود المسماة- ١٨٨/٢، مجموعة الأعمال التحضيرية ٢٩٤/٤

٣- بدائع الصنائع ١٢٩/٦.

٤- المحلى ١٣٦/٩.

٥- الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ١٠٠/٤، شرح الخرشى والعدوى ١١٤/٧، شرح منح الجليل ١٠٦/٤.

٦- المحلى ١٣٦/٩.

٧- مواهب الجليل ٦٤/٦، شرح منح ١٠٦/٤.

أما الظاهرية فقالوا : النقصان فى العين الموهوبة إذا تغير به الاسم عن الموهوب، كان الموهوب هو غير ما جعل النبى ﷺ للواهب الرجوع فيه، فامتنع الرجوع لذلك (١).

ويمكن مناقشة ما استدل به المالكية، والظاهرية، بأن الحكمة من منع رجوع الواهب فيما جاز له الرجوع فيه، تكمن فى دفع الضرر عن الموهوب له، ولهذا امتنع رجوع الواهب مع الزيادة المتصلة، لعدم امكان فصلها، بخلاف المنفصلة حيث أمكن فيها ذلك.

وحيث لا ضرر يقع على الموهوب له بنقصان الموهوب، فلا وجه للقول بمنع الواهب من الرجوع .
ولهذا يترجح فى نظرى ما ذهب إليه أصحاب القول الأول، وهو جواز رجوع الواهب مع نقصان الموهوب.

ضمان النقص فى العين الموهوبة

إذ قلنا النقصان فى العين الموهوب لا يمنع الواهب من الرجوع فى الهبة جرياً على قول أكثر الفقهاء، فهل يكون ضمان النقص على الواهب، أم على الموهوب له؟
اختلف الفقهاء القائلون بجواز رجوع الواهب مع نقص الموهوب فى ذلك على قولين.

القول الأول : ضمان النقص على الواهب لا على الموهوب له. ويستوى فى ذلك أن يكون سبب هذا النقصان بفعل من الموهوب له، أو بدون فعله وإلى هذا ذهب أكثر الفقهاء (٢).

وفى القانون المدنى المصرى لا يضمن الموهوب له الهلاك، أو الاستهلاك، كما أن من حق الواهب أن يرجع فى بعض الموهوب الذى لم يهلك، أو يستهلك، وهذا يدل على أن القانون المدنى المصرى قد أخذ بما عليه أكثر الفقهاء من عدم تضمين الموهوب له أرش نقص الموهوب فى حالة رجوع الواهب.

وعدم تضمين الموهوب له لأرش النقص يرجع إلى أن القبض فى الهبة ليس بقبض مضمون (٣) المضمون

١- المحلى ١٣٦/٩.

٢- بدائع الصنائع ١٢٩/٦، حاشيتا قليوبى وعميرة ١١٤/٣، المبدع فى شرح المقنع ٣٧٨/٥، جواهر الكلام ٢٠٣، ٢٨.

٣- بدائع الصنائع ١٢٩/٦.

الموهوب قد نقص وهو على ملك الموهوب له، وما حدث على الملك لا يضمن (١).

القول الثاني : إذا رجع الواهب وقد نقص الموهوب فإن ضمان النقص يكون على الموهوب له، وإلى ذهب الشافعية في قول لهم قياساً على رد القيمة إذا تلف المبيع (٢).

وأرى ترجيح القول الأول، لأن الموهوب مملوك للموهوب له، والمالك لا يضمن، اللهم إلا إذا تعدد الموهوب له إلتلاف بالموهوب لعلمه بقرب رجوع الواهب ، فإنه يضمن ما ألتفه عملاً بتقيض مقصوده.

١- المغنى والشرح الكبير ٢٨١/٦.

٢- المهذب ٤٨٨/١. ط. عيسى البابي الحلبي.

﴿المطلب لثانى﴾

﴿حكم الرجوع مع الزيادة المنفصلة﴾

زيادة الموهوب زيادة منفصلة كما ذكرنا سلفاً، قد تكون زيادة متولدة عن الأصل، كالولد، واللبن، والتمر، وقد تكون غير متولدة عن الأصل، ككسب العبد الموهوب وأرث الجناية عليه.

وهذه الزيادة متولدة عن الأصل، أم غير متولدة عنده لما كانت منعزلة عن الموهوب، فإنها لا تمنع الواهب من الرجوع فى الهبة، هكذا صرح الحنفية (١)، والشافعية باستثناء ولد الحمل القديم (٢)، والحنابلة فى القول المعتمد عندهم (٣) والإمامية (٤)، والزيدية (٥) وهو المفهوم من كلام المالكية (٦)، والظاهرية (٧).

وقد اشترط القانون المدنى المصرى فى الزيادة المانعة من رجوع الواهب أن تكون زيادة متصلة وموجبة لزيادة قيمة العين الموهوبة مادة (١/٥٠٢) مدنى.

وهذا يفيد جواز رجوع الواهب مع الزيادة المنفصلة، سواء كانت متولدة عن الأصل، كنتائج المواشى، أو غير متولدة عنه كربع الأرض، أو آله رى وضعت فى الأرض الموهوبة (٨).

وبهذا يكون القانون المدنى المصرى قد حذا حذو علماء الفقه الإسلامى.

١- المبسوط ٨٨/١٢، بدائع الصنائع ١٢٩/٦، الفتاوى الهندية ٣٨٦/٤، الدر المختار شرح تنوير الأبصار مع حاشية رد المحتار ٧٠٠/٥.

٢- مغنى المحتاج ٤٠٣/٢، نهاية المحتاج ٤٢١/٥، أسنى المطالب شرح الروض الطالب ٤٨٥/.

٣- أما غير المعتمد عند الحنابلة : فهو عدم جواز الرجوع مع الزيادة المنفصلة. ينظر : الإنصاف ١٥٠/٧.

٤- شرائع الإسلام ٢٣١/١.

٥- البحر الزخار ١٣٩/٤، التاج المذهب ٢٦٨/٣. ط. دار إحياء الكتب.

٦- الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ١٠٠/٤، شرح منح الجليل ١٠٦/٤، جواهر الأكليل ٢١٥/٢.

٧- المحلى ١٣٦/٩.

٨- د/ أحمد محمد إبراهيم - القانون المدنى معلقاً على نصوصه بالأعمال التحضيرية وأحكام القضاء زآراء الفقهاء - ص ٥٥٩، د/ عبد الرازق السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى - ١٩٥/٥، د/ محمود جمال الدين زكى - العقود المسماة - ص ١٦٦، الأعمال التحضيرية ٢٩٢/٤.

والزيادة المنفصلة عن الموهوب لم تمنع الواهب من الرجوع فى القفه الإسلامى وكذا فى القانون المدنى المصرى لما يأتى :

١- أن الزيادة المنفصلة لم يرد العقد عليها، وقد حدثت على ملك الموهوب له، فجاز الرجوع فى الأصل دونها، لإمكان ذلك (١) (٢).

فإن قيل : ما هو الفارق بين الزيادة المنفصلة حيث جاز الرجوع فى الأصل دونها، وبين الزيادة المتصلة حيث لم يجز فيها ذلك.

قلنا : الفارق بينهما، أن الأصل مع الزيادة المنفصلة متميز، فجاز الرجوع فيه وترك الزيادة لن حدثت على ملكه ، بخلاف الزيادة المتصلة فالأهل معها لما كان غير متميز لم يجز رجوع الواهب (٣).

وإن قيل : ولد المبيع يمنع الرد بالعيب، فلم لم يمنع الرجوع فى الهبة؟

قلنا : هناك فارق بينهما.

ووجه الفرق، أن عدم رد الولد مع فسخ البيع يودى إلى الربا، إذا ببقى الولد بعد رد الأم بكل لثمن مبيعاً مقصوداً لا يقابله عوض، وهذا ربا، بخلاف الهبة، فإن ذلك لا يتصور فيها، لأن جريان الربا يختص بالمعاوضات، لهذا جاز أن يبقى الولد موهوباً مقصوداً بلا عوض بخلاف البيع (٤).

٢- أنها زيادة حادثة فى ملك ^{الموهوب له} ولا تتبع فى الفسوخ فلا تتبع هنا (٥).

وتجدر الإشارة إلى أن الرجوع فى الأصل وترك الزيادة لمن حدثت على ملكه بالنسبة للزيادة المنفصلة، ليس على إطلاقه بل هو مقيد بعدم إلحاق الضرر بهذه الزيادة فإن كان من شأن الرجوع أن يودى إلى إلحاق الزيادة المنفصلة بالضرر فإن الواهب يجب عليه الانتظار حتى يزول الضرر ، مثال ذلك :

١- بدائع الصنائع ٦/١٢٩، المبدع فى شرح المقنع ٥/٣٧٨، البحر الزخار ٤/١٣٩.

٢- د/ جمال الدين العاقل - المرجع السابق - ص ٢٣٥.

٣- المبسوط ١٢/٨٨.

٤- بدائع الصنائع ٦/١٢٩.

٥- المغنى والشرح الكبير ٦/٢٨٠، كشاف القناع ٤/٣١٥، المبدع فى شرح المقنع ٥/٣٧٨.

أن تكون الزيادة المنفصلة ولداً للداية، ويكون من شأن أخذ أمه إلحاق الضرر به، ففي هذه الحالة يجب على الواهب أن ينتظر كبر الولد ثم يرجع في أمه إن شاء (١) (٢) دفعاً للضرر (٣).

الموازنة : واضحاً مما تقدم أن القانون المدني المصري موافق تماماً لما عليه أكثر فقهاء الشريعة الإسلامية الغراء، بشأن الأحكام المتعلقة بزيادة الموهوب، أو نقصانه، ومدى تأثير ذلك على رجوع الواهب في هبته، ومن ثم فلا توجد مقارنة بين الفقهين في هذا الصدد، باستثناء ما قرره علماء الشافعية، والإمامية، والحنابلة في رواية لهم من جواز رجوع الواهب مع زيادة الموهوب زيادة متصلة، وباستثناء ما قرره بعض المالكية من عدم جواز رجوع الواهب مع نقصان سعر الموهوب بسبب حوالة الأسواق، وأيضاً باستثناء ما ذهب إليه بعض الحنفية من عدم جواز رجوع الواهب مع نقصان قيمة الموهوب بسبب نقله من مكان إلى آخر.

وقد بينا وهن أدلة هؤلاء المخالفين أمام ما استدلل به الأكثرون ومعهم القانون المدني المصري.

غير أن موافقة القانون المدني المصري للفقه الإسلامي أمر لم يحظ بالقبول لدى بعض شراح القانون المدني محتجاً على ذلك بقوله : (إنه من الغريب أن ينقل التقنين المدني الجديد هذا الحكم من المذهب الحنفي رغم ضعف أساسه المنطقي، ورغم ما يؤدي إليه من صعوبة وعقم في التطبيق، فالفقهاء يجعلون من الزيادة المتصلة مانعاً من الرجوع، لأن الزيادة ليست موهوبة إذ لم يرد عليها العقد فلا يجوز أن يرد عليها الفسخ، ولا سبيل للرجوع في الأصل دون الزيادة لعدم الإمكان، فامتنع الرجوع أصلاً.

ولعل ضعف هذا الأساس ظاهر لا يحتاج إلى بيان، وقد كان على المشرع الوضعي أن يتجنب النص على هذا المانع وأن يجيز الرجوع رغم الزيادة المتصلة، مكثفياً بتطبيق القواعد العامة المتعلقة بالمصرفيات وبالبناء والغراس بحسن نية إذا لا مبرر للخروج عن هذه القواعد فيما يتعلق بالرجوع في الهبة، وقد كان ذلك ميسوراً ، لأن الحكم الشرعي السابق إجتهادى محض لا سند في كتاب أو سنة.

وغنى عن البيان أن تطبيق القواعد الشرعية في العمل يؤدي إلى نتائج غير مقبولة، فمثلاً إذا وهب

١- ينظر : كشاف القناع ٤/٣١٥.

٢- د/ جمال الدين العاقل - المرجع السابق - ص ٢٣٥، م/ أنور طلبة ٢/٢٧٠.

٣- ينظر : الدررالحكام ٢/٢٢٢، فقه الإمام جعفر الصادق ٤/٢٣٠.

شخص لآخر بقرة، ثم شرع الموهوب له في قتل الواهب فقام الجحود كعذر مقبول، فإن الرجوع يمتنع إذا كانت البقرة قد سمّنت سمناً أدت إلى زيادة قيمتها، ناهيك بالصعوبة إذا كانت سمناً البقرة محل شك.

وأعترض على هذا الرأي تماماً لأن الأحكام إنما تبنى على الكثير الغالب، ولا تبنى على القليل النادر، ما ذكره صاحب هذا الإتجاه من الجحود قليل ونادر، فلا ينبغي أن يبنى عليه حكم.

وعلى فرض التسليم بأن جحود الموهوب له لجميل الواهب كثير غالب، فإن أفضلية التسوية بين الزيادة المتصلة والزيادة المنفصلة في جواز رجوع الواهب، قد ذهب إليه فريق من علماء الشريعة الإسلامية الغراء وهم الشافعية، والإمامية، والحنابلة في رواية لهم على نحو ما قدمناه في موضعه، ومن ثم كان ينبغي على صاحب هذا الإتجاه أن يدقق النظر فيما أوردته مذاهب الفقه الإسلامي بهذا الصدد دون أن تكون نظرتة قاصرة على المذهب الحنفي،

﴿الفصل الثالث﴾

﴿مانع الخروج عن الملك﴾

وفيه ثلاثة مباحث

المبحث الأول : هلاك الموهوب

المبحث الثاني : تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب

المبحث الثالث : موت أحد المتعاقدين

﴿المبحث الأول﴾

﴿هلاك الموهوب﴾

تقديم

الهلاك فى اللغة : هو ذهاب مادة الشىء، يقال : هلك الشىء يهلك هلاكاً وهلوكاً ومهلكاً وتهلكة، والأخيرة ليست مما يجرى على القياس، والهالك بالتحريك الشىء الذى يهوى ويسقط (١).

أما فى الاصطلاح : فقد استعمله الفقهاء بنفس المعنى عند أهل اللغة، وهو فناء مادة الشىء وطبيعته بحيث يفوت الغرض المقصود منه عادة، أو يكون الانتفاع به انتفاعاً ناقصاً بسبب أمر سماوى، أو فعل مادي من إنسان، وهو قد يكون أحد المتعاقدين، أو أجنبي عنهما.

ويأخذ حكم الهلاك شىء فقده، أو نقصه، أو تعيبه (٢).

وتعريف الهلاك على هذا النحو فى الفقه الإسلامى هو تعريف بالرسم حيث لم يذكر الفقهاء تعريفاً للهالك بالحد، ولعل ذلك يرجع إلى وضوح ماهية الهلاك عند علماء الفقه الإسلامى، ومن ثم فهو لا يحتاج إلى تعريف فنى خاص به.

وتحقيقاً لمرونة النص القانونى سلك المقتن المدنى المصرى مسلك الفقه الإسلامى، حيث لم يضع للهالك تعريفاً خاصاً به وإنما ترك ذلك للفقه والقضاء.

فقد عرفه أحد الفقهاء بأنه "تلف مال معين كلياً أو جزئياً بسبب قوة قاهرة، أو حادث فجائى" (٣).

أما القضاء فقد أورد تعريفاً للهالك من خلال حكم محكمة النقض الصادر فى ٢١ فبراير ١٩٥٧ يفيد أن الهلاك هو، "زوال الشىء من الوجود بمقوماته الطبيعية بسبب آفة سماوية، أو حادث مادي بفعل

١- لسان العرب - مادة هلك - ٤/٦٨٦، الصحاح ٤/١٦١٦، مختار الصحاح ص ٧٢٢. ط. المركز الإسلامى للطباعة والنشر.

٢- ينظر : بدائع الصنائع ٥/٢٤١.

٣- د/ سليمان مرقس - عقد البيع - ص ٤٧٨ ط. النهضة الجديدة ١٩٦٨.

إنسان" (١).

ويأخذ حكم هلاك الموهوب، استهلاكه، وهو "إخراج الشيء من أن يكون منتفعاً به منفعة مطلوبة منه عادة" (٢).

وهو نوعان حسى كالإتلاف، ومعنوى كالبيع (٣).

وفى القانون المدنى المصرى يتنوع الاستهلاك إلى استهلاك مادى، واستهلاك قانونى.

فالاستهلاك المادى، هو الذى تتغير به ذاتية الشيء كأكل الطعام، واستهلاك والوقود.

أما الاستهلاك القانونى، فهو لذى تنتقل به ملكية الشيء كإنفاق النقود، وبيع العروض المعدة للبيع (٤).

والاستهلاك بنوعيه يتفق مع الهلاك فى أن الشيء يفقد من خلالهما ولكنهما ، يختلفان من حيث السبب المؤدى إلى هذا الفقد.

فسبب الاستهلاك هو التعدى من جانب المستهلك، أما سبب الهلاك فهو غالباً ما يكون سبباً أجنبياً لا دخل للمتعاقد فيه.

ومن هذا المنطلق يمكن تعريف كل من الهلاك والاستهلاك بأنه عبارة عن "خروج الشيء من أن يكون منتفعاً به منفعة مطلوبة منه عادة، بفعل الآفات السماوية، أو بفعل مادى من إنسان"، فإذا هلك الموهوب، أو استهلك عند الموهوب له، فإن رجوع الواهب يصبح مستحيلاً لانعدام المحل، وليس للواهب أن يطالب الموهوب له بقيمة الهالك أو المستهلك، لعدم ورود العقد عليه، وهذا باتفاق الفقهاء (٥)

١- مجموعة أحكام النقض المصرية -المكتب الفنى السنة ٨ رقم ٢٠ ص ١٥٩.

٢- بدائع الصنائع ١٦٤/٧.

٣- التاج المذهب ٢٦٨/٣.

٤- د/ شفيق شحاتة -محاضرات فى النظرية العامة للحق- ص ١٥٨ ط. دار النشر، د/ عبد المنعم فرج الصدة -نظرية الحق- ص ١٥٨ ط. دار النشر.

٥- الهداية شرح بداية المبتدى ٢٢٩/٣، البحر الرائق ٢٩٤/٧، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ١٠/٤، جواهر الإكليل ٢١٥/٢، نهاية المحتاج ٤١٨/٥، حاشية البجيرمى على شرح منهج الطلاب ٢٢٠/٣، الحاوى الكبير ٥٤٧/٧ ط. دار الكتب العلمية، المبدع فى شرح المقنع ٣٧٨/٥، شرائع الإسلام ٢٣٠/١، البحر الزخار

ومعهم القانون المدنى المصرى (١) وقد احتجوا لذلك بما يأتى :

(١) أن الهبة عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة، لأنه غير مضمون على الموهوب له، ولهذا فإن الموهوب له يصدق إذا ادعى هلاك الموهوب بلا يمين، لأنه منكر لوجوب الرد عليه (٢).

(٢) أن الرجوع بالقيمة فى حالة الهلاك أو الاستهلاك، لا دليل عليه، كما أنه منافٍ لأصل برأة الذمة (٣).

(٣) أن حق الرجوع قد تعلق بالعين، فإذا هلكت العين أو استهلكت فلا يصار إلى قيمتها، قياساً على بيعها أو هبتها من جانب الموهوب له (٤).

هذا كله إذا كان الهلاك أو الاستهلاك وارداً على جميع الموهوب، فإذا كان وارداً على بعضه فإن ذلك لا يمنع الواهب من الرجوع فى الجزء الذى لم يهلك وإلى هذا ذهب أكثر الفقهاء (٥) ومعهم القانون المدنى المصرى (٦).

وحجتهم فى ذلك، أن الهالك أو المستهلك ملك للموهوب له فإذا لم يهلك إلا بعض الشئ الموهوب، جاز للواهب الرجوع فى الباقي، لانتفاء المانع من الرجوع فى هذا الباقي (٧).

وقد أورد المقنن المدنى المصرى النص على ذلك فى المادة (٥٠٢) مدنى والتي عددت موانع الرجوع فى الهبة ومنها الفقرة (و) (إذا هلك الشئ الموهوب فى يد الموهوب له، سواء كان الهلاك يفعله، أو بحادث أجنبى لا يد له فيه، أو بسبب الاستعمال، فإذا لم يهلك إلا بعض الشئ الموهوب، جاز الرجوع فى الباقي)

١٤٠/٤.

١- د/ محمد كامل مرسى، العقود المسماة- ١٨٧/٢، د/ محمود جمال الدين زكى -العقود المسماة- ١٦٧.

٢- بدائع الصنائع ١٢٨/٦، معين الحكام ص ٣٧٤.

٣- جواهر الكلام ١٨٥/٢٨.

٤- البحر الزخار ١٤٠/٤، التاج المذهب ٢٦٨/٣.

٥- الفتاوى الهندية ٣٨٦/٤، الحاوى الكبير ٥٤٨/٧. ط. الكتب العلمية، المغنى والشرح الكبير ٢٨١/٦، التاج المذهب ٢٦٨/٣.

٦- د/ محمود جمال الدين زكى -المرجع السابق- ص ١٦٧، د/ أكثم الخولى، -العقود المدنية- ص ١٧٨.

٧- ينظر : المراجع السابقة.

ويأخذ على حكم الهلاك، أو الاستهلاك تحول الموهوب من حالة إلى أخرى مع بقاء الملك فيه، كما لو وهب له سيفاً فجعله سكيناً، أو وهب له حنطة فجعلها دقيقاً، بخلاف الذبح وقطع الشجرة، وتقطيع الثوب، والهزل، فإنه لا يمنع الواهب من الرجوع في الهبة، لأنه مجرد نقص في الشيء الموهوب وهو لا يمنع الواهب من الرجوع، ما لم يفصل الموهوب له الشجرة بعد القطع، أو يقطع اللحم، فلا رجوع للواهب.

ومن الاستهلاك أيضاً الخلط ولو بمثله، كالنقدين بحيث لا يتميز أحدهما من الآخر، والإجاز الرجوع، لامكان التمييز (١) (٢).

وخالف في ذلك المالكية (٣)، والإمامية في قول لهم (٤) حيث ذهبوا إلى أن هلاك جزء من الموهوب يمنع الواهب من الرجوع في الباقي.

وحجتهم في ذلك أن هلاك جزء من الموهوب، كالانهدام، نقص في ذات الموهوب، والنقص في ذات الموهوب يمنع رجوع الواهب، كالزيد (٥).

وأيضاً فإن الرجوع في الهبة مشروط ببقاء الموهوب بعينه وهذا الشرط لا يتحقق بتلف جزء من العين، فامتنع الرجوع لذلك (٦).

ويمكن مناقشة ذلك بأن الحكمة من منع الواهب من الرجوع مع الهلاك الكلي للموهوب هي، انعدام محل الهبة، فإذا كان الهلاك واقعاً على بعض الموهوب، فإن هذه الحكمة تنتفى بالنسبة للبعض الآخر الذي لم يهلك، فجاز الرجوع فيه لذلك.

ولهذا كان الراجح في نظري ما ذهب إليه الأكثرون من جواز رجوع الواهب فيما بقي من الموهوب

١- مجمع الأنهر ٣/٢٦٢، الروضة البهية شرح للمعة دمشقية ١/٢٦٨، التاج المذهب ٣/٢٦٨.

٢- ينظر: د/ محمد كامل مرسى - شرح القانون المدني الجديد (العقود المسماة) - ١٨٧/٢، د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - ١٩٦/٥ مجموعة الأعمال التحضيرية ٤/٢٩٢.

٣- الخرشي والعدوى ٧/١١٤، الشرح الصغير وحاشية الصاوي ٥/٤٥٠، جواهر الإكليل ٢/٢١٥.

٤- جواهر الكلام ٢٨/١٨٦.

٥- الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٤/١٠٠، جواهر الإكليل ٢/٢١٥.

٦- جواهر الكلام ٢٨/١٨٦.

بعد الهلاك.

وبالموازنة بين هلاك الموهوب، كمانع من موانع الرجوع فى الهبة فى الشريعة الإسلامية، والقانون
المدنى المصرى، يتبين أن الفقرة (و) من المادة (٥٠٢) مدنى، قد نقلت أحكام هلاك الموهوب عن الفقه
الإسلامى، ممثلاً فى مذهب الحنفية ومن وافقهم، ومن ثم فلا توجد أى مقارنة بين الفقهاء فى هذا
الصدد.

أما مذهب المالكية، والإمامية، فهو وإن وافق ما عليه الأكثرون . وهو اعتبار هلاك الموهوب
مانع من موانع الرجوع فى الهبة إلا أنه قد اعتبر هلاك بعض الموهوب مانع من رجوع الواهب فى
البعض الآخر، على حين يرى أكثر فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون المدنى المصرى أن هلاك بعض
الموهوب لا يمنع الواهب من الرجوع فى البعض الآخر الذى لم يهلك.

وقد بينا رجحان ما عليه الأكثرون.

﴿المبحث الثاني﴾

﴿تصرف الموهوب له فى الشيء الموهوب﴾

تقديم

التصرف فى اللغة مأخوذ من الصرف، والصرف يطلق على عدة معان منها، الاكتساب والتصرف، فيقال : إنه يتصرف فى الأمور، وصرفت الرجل فى أمرى تصرفاً فتصرف.

ومن معانية أيضا الحيلة، قال تعالى: ﴿فَمَا تَسْتَطِيعُونَ صَرْفًا وَلَا نَصْرًا﴾ (١) أى : ما يستطيعون أن يصرفوا عن أنفسهم العذاب (٢).

أما فى الاصطلاح: فان فقهاء الشريعة الإسلامية القدامى لم يتعرضوا فيما اطلعت عليه لوضع تعريف خاص بالتصرف الشرعى، اكتفاء منهم بذكر أنواعه.

فقد ذكر بعضهم أن التصرف الشرعى: قد يكون تمليكا، كالبيع، والإجارة، والهبة، وقد يكون إسقاطا كالطلاق، وإسقاط الدين (٣).

وذكر البعض الآخر أن التصرفات الشرعية فى الأصل نوعان :

إنشاء، وإقرار، وهذا التقسيم أعم من الأول إذا يعتبر الإقرار، وكذا الشهادة من التصرفات الشرعية (٤).

أما الفقهاء المحدثون ، فقد اختلفوا فى وضع تعريف خاص بالتصرف الشرعى ، واختلافهم فى ذلك مبنى على اختلافهم فيما يشمله من قول، أو فعل.

فذكر بعضهم أن التصرف الشرعى هو ما يصدر عن الشخص المميز بإرادته من قول أو فعل،

١- سورة الفرقان الآية (١٩).

٢- لسان العرب ٤/١٤٣٥ ، القاموس المحيط ٣/١٦٦ ، تاج العروس ٦/١٦٥

٣- شرح فتح القدير ٥/٣١١ ط الأميرية.

٤- بدائع الصنائع ٧/١٨٢.

يرتب عليه الشارع من النتائج، سواء كان فى صالح ذلك الشخص أم لا (١).

فى حين ذهب البعض الآخر إلى أن التصرف الشرعى ، هو ما يكون من تصرفات الشخص القولية، ويرتب عليه الشارع أثر شرعيا فى المستقبل(٢).

أما التصرف القانونى فهو " التعبير عن إرادة ترمى إلى إحداث أثر قانونى"(٣).

وأرى أفضلية التعريف الأول لكونه جامعا للتصرفات القولية والفعلية بخلاف التعريف الثانى.

والثالث، إذ لا يشمل كل منها من التصرفات إلا القولية.

وبناء على تعريف التصرف بما يشمل القول والفعال، فمن الممكن تقسيم التصرف، إلى تصرف فعلى، وتصرف قولى.

فالتصرف الفعلى هو تصرف غير لسانى، كالغضب، وقبض الدين.

أما التصرف القولى، " فهو ما يصدر عن الشخص من قول أو إشارة "

وهو نوعان:

أحدهما : عقدى وهو الذى يتم نتيجة **اتفامه** بين إرادتين، كالبيع والزواج.

والثانى : غير عقدى وهو نوعان :

الأول : ما كان إرادة منشئة لحق ، كالوقف، أو منهيبة له كالطلاق، أو مسقطه له، كالإبراء من الدين، أو التنازل عن الحق.

الثانى : ما لم يكن شيئا مما سبق ولكنه أقوال ترتب عليها نتائج كالدعوى والإقرار والإنكار(٤).

١- د/بدران أبو العنين- تاريخ الفقه الإسلامى- ص ٣٤٦ ط النهضة العربية .

٢- الإمام محمد أبو زهر- الملكية ونظرية العقد ص ١٨١ ط. دار الفكر.

٣- د/محمود أبو عافية- التصرف القانونى المجرد- رسالة دكتوراة مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة ص ٢ ط. جامعة فؤاد الأول سنة ١٩٤٧.

٤- د/بدران أبو العنين- المرجع البقعه- ص ٣٤٦.

فإذا تصرف الموهوب له فى الشئ الموهوب بالبيع، أو الهبة، أو غيرهما من أنواع التصرفات الناقلة للملك، أو المسقطه له كالوقف والإبراء فلا رجوع للواهب باتفاق الفقهاء (١) ومعهم القانون المدنى المصرى، حيث نص فى المادة (٥٠٢) مدنى والتى عددت موانع الرجوع فى الهبة ومنها الفقرة (ج) إذا تصرف الموهوب له فى الشئ الموهوب تصرفا نهائيا (٢).

وقد استدل الفقهاء على امتناع رجوع الواهب بالتصرف فى الموهوب بما يأتى :

- ١- أن رجوع الواهب فى الموهوب، ينهى ملك الواهب له، فإذا تصرف الموهوب له فى الشئ الموهوب فإن رجوع الواهب يمتنع، لعدم إمكان إنهاء ملك الغير (المتصرف إليه) (٣).
- ٢- أن الملك يتجدد بتجدد سببه، وهو التملك، وتبدل الملك يمنع الرجوع كتبدل العين (٤) (٥).
- ٣- أن رجوع الواهب مشروط ببقاء الموهوب بعينه، وهذا البقاء، يفوت بالتصرف من جانب الموهوب له (٦).

شروط التصرف المانع من الرجوع

ليس كل تصرف من جانب الموهوب له على الشئ الموهوب يمنع الواهب من الرجوع بل لابد من أن تتوافر فى هذا التصرف شروط معينة نص عليها الفقهاء وهى:

الشرط الاول : أن يكون تصرف الموهوب له فى الشئ الموهوب تصرفا يزيل الملك بأى سبب من الأسباب. سواء كانت أسبابا ناقلة للملك كالبيع والهبة، الوصية، أم مسقطه للإبراء ^{له} _X

- ١- المبسوط ٥٦/١٢، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ١٠/٤، نهاية المحتاج ٤١٨/٥، المبدع فى شرح المقنع ٣٧٩/٥، التاج المذهب ٢٦٨/٣ المحلى ١٣٦/٩.
- ٢- د/عبدالرازق السنهورى- الوسيط فى شرح القانون المدنى- ١٨٧/٥.
- ٣- المبسوط ٥٦/١٢، البدائع ١٢٦/٩.
- ٤- البحر الرائق ٢٣٩/٧، البناء فى شرح الهداية ٨٣٦/٧.
- ٥- د/محمود جمال الدين زكى - العقود المسماة- ص ١٦٧، د/ أكثم الخولى - العقود المدنية- ص ١٧٧.
- ٦- الخرشى والعدوى ١١٤/٧، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ١٠٠/٤.

والوقف (١)(٢).

الشرط الثاني : بقاء الموهوب في سلطته المتهب بمعنى: أن يكون المتهب مالك للعين ومالك للتصرف فيها، وهذا الشرط للشافعية والحنابلة (٣).

وله تطبيقات عندهم نذكر أهمها في الآتي:

(أ) رهن العين الموهوبة

يرى الشافعية، والحنابلة جواز رجوع الواهب في الموهوب قبل قبض المرتهن له، لعدم زوال سلطنة الموهوب له على الشيء الموهوب، أما إذا قبض الرهن. فليس من حق الواهب أن يرجع، لزوال سلطنة الموهوب له على الشيء الموهوب، فإن أفتك الرهن عاد عاد للواهب الحق في الرجوع (٤).

(ب) إجارة العين الموهوبة

يرى الحنابلة جواز رجوع الواهب مع إجارة العين الموهوبة، لأن الواهب يستطيع أن يتصرف في الرقبة، ولكنه لا يملك إبطال التصرف بالإجارة، ومن ثم فإن الموهوب ينتقل بالرجوع إلى الواهب محملاً بالإجارة إلى حين انتهاء مدتها.

وإلى هذا ذهب الشافعية ولكن على تردد عندهم في المذهب (٥).

(ج) الحجر على الموهوب له

الحجر على الموهوب له ما أن يكون لفلس وإما أن يكون لسفه.

فإن كان الحجر على الموهوب له لفلس ففي رجوع الواهب قولان للشافعية والحنابلة:

١- بدائع الصنائع ٦/١٢٩، الخرشي والعدوي ٧/١١٤، نهاية المحتاج ٥/٤١٨، كشف القناع ٤/٣١٤، شرح الأزهار ٣/٤٤١، المحلى ٩/١٣٦.

٢- د/عبدالرازق السنهوري-المرجع السابق-٥/١٩٦، د/أكرم الخولي-المرجع السابق-ص ١٧٧.

٣- روضة الطالبين ٥/٣٨١، مطالب أولى النهى ٤/٤٤٠، المغنى والشرح الكبير ٦/٢٧٥، المبدع في شرح المقنع ٥/٣٨٠.

٤- المغنى والشرح الكبير ٦/٢٧٦، روضة الطالبين ٥/٣٨٠.

٥- مغنى المحتاج ٢/٤٠٢، المغنى والشر الكبير ٦/٢٧٥، ٢٧٦.

الأول : وهو الصحيح منع رجوع الواهب، لأن حق الغرماء قد تعلق بالعين الموهوبة وفى الرجوع بإبطال لحقهم، كما أن العلة من منع رجوع الواهب مع رهن الموهوب هى تعلق حق المرتهن بالمرهون (الموهوب) فكذا هنا بجامع أن الغير فى كل قد تعلق حقه بالموهوب (١).

الثانى : يجوز للواهب أن يرجع فى الهبة ولاتأثير لحق الغرماء، لأن حق الواهب سابق عليهم (٢).

أما إن كان الحجر على الموهوب له لسفه كان للواهب الرجوع، لأن الموهوب لم يتعلق به حق للغير (٣).

(د) الرجوع فى الموهوب المبيع أثناء مدة الخيار

البيع على الخيار لا ينقل الملك فى المبيع إلا بعد انتهاء مدة الخيار وبالتالي فإن سلطنة الموهوب له على الشئ الموهوب أثناء مدة خيار بيعة لاتنقطع وعدم انقطاع سلطنة الموهوب له على الشئ الموهوب تخول الواهب الحق فى الرجوع وإلى هذا ذهب الشافعية (٤).

أما الحنابلة فيرون انقطاع رجوع الواهب بيع الموهوب سواء كان هذا البيع بيعا مطلقا ، أم كان مقيد بخيار أيا كان هذا الخيار - شرط ، أو عيب فى الثمن ، أو غير ذلك -

وحجتهم أن الرجوع يتضمن فسخ ملك الابن فى عوض المبيع وهو لم يثبت من جهة الواهب (٥).

ويمكن مناقشة ذلك بأن عوض المبيع أثناء فترة الخيار ملك للمشتري ، كما أن المبيع ملك للبائع ومن ثم فإن رجوع الواهب أثناء فترة الخيار ينصب على الموهوب (المبيع على الخيار) لاعلى عوضه.

الشرط الثالث : أن يكون تصرف الموهوب له فى الشئ الموهوب تصرفا نهائيا فإذا كان التصرف الصادر من الموهوب له تصرفا غير نهائى كما لو باع الموهوب له الشئ الموهوب

١- المهذب ١/٤٤٧، كشف القناع ٤/٣١٤.

٢- المراجع السابقة.

٣- مغنى المحتاج ٢/٤٠٢، نهاية المحتاج ٥/٤١٨، حاشية البجيرمى على شرح منهج الطلاب ٣/٢٢٠. ط. المكتبة الاسلامية.

٤- المغنى والشرح الكبير ٦/٢٧٧.

٥- المبسوط ١٢/٨٥ مغنى المحتاج ٢/٤٠٣، المبدع فى شرح المقنع ٥/٣٨٠.

ثم عاد إليه بالفسخ لعيب في المبيع ، أو الثمن ، أو لفلس المشتري بالثمن أو لغير ذلك من أسباب الفسخ فإن ذلك لا يمنع رجوع الواهب. إلى هذا ذهب الحنفية، والشافعية في قول^(١) والحنابلة في أحد الوجهين^(٢). وهو القول الذي أخذ به القانون المدني المصري^(٢).

وحجتهم في ذلك أن السبب المزيل للملك قد زال وارتفع، وعاد الموهوب إلى الموهوب له بالسبب الأولي فجاز للواهب الرجوع فيه قياسا على فسخ البيع بالخيار^(٣).

وخالف في ذلك الشافعية في الأصح عندهم والحنابلة في الوجه الآخر حيث ذهبوا إلى أن مجرد خروج الموهوب عن ملك الموهوب له يمنع الواهب من الرجوع حتى لو كان عود الموهوب إلى الموهوب له بالفسخ^(٤).

وحجتهم في ذلك أن الملك قد عاد إلى الموهوب له بعد أن استقر عليه ملك الغير فلم يملك الواهب معه الرجوع قياسا على عود الملك إلى الولد بهبة ، بخلاف ما لو عاد إليه بسبب الفسخ بخيار الشرط أو خيار المجلس ، لأن الملك لم يستقر عليه فجاز معه الرجوع لذلك^(٥).

وأرى ترجيح القول بإعطاء الواهب الحق في الرجوع إذا عاد الموهوب إلى الموهوب له بالفسخ وذلك لأن الفسخ يعيد المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد ، وهذا يمكن الواهب من الرجوع في الهبة ، لأن الموهوب قبل التعاقد المفسوخ كان في ملك وسلطنة الموهوب له.

هذا كله إذا كان الموهوب قد عاد إلى الموهوب له بالسبب الأول كالفسخ ولإبطال.

ولكن ما الحكم لو كان الموهوب قد عاد إلى الموهوب له بسبب جديد كالبيع أو الميراث أو الهبة أو غير ذلك من أسباب كسب الملكية.

١- مجمع الأنهر ٤٠٣/٢ معنى المحتاج ٤٠٣/٢ كشف القناع ٣١٤/٤.

٢- د/عبد الرزاق السنهوري- المرجع السابق- ١٩٦.

٣- معنى المحتاج ٤٣٠/٥ المغنى والشرح الكبير ٢٧٥/٦.

٤- المهذب ٤٤٧/١، المبدع في شرح المقنع ٣٧٨/٥.

٥- المغنى والشرح الكبير ٢٧٥/٦ المبدع في شرح المقنع ٣٧٩/٥.

يرى أكثر الفقهاء (١) ومعهم القانون المدنى المصرى (٢) أن الموهوب إذا عاد إلى الموهوب له بسبب جديد من أسباب كسب الملكية فإن حق الواهب فى الرجوع يزول ، ولا تأثير لعود الملك إلى الموهوب له ، لأن الملك قد عاد إليه بسبب جديد لم يستفده من قبل الواهب فصارت العين الموهوبة بمنزلة عين أخرى لا يملك الواهب عليها فسخ أو إزالة (٣).

وخالف فى ذلك الشافعية فى قول لهم حيث ذهبوا إلى جواز رجوع الواهب مع عود الموهوب إلى الموهوب له بسبب جديد.

وَحجَّتْهم فى ذلك أن الرجوع منصب على العين وهى باقية فى يده (٤).

ويمكن مناقشة ذلك بأن العين وإن كانت باقية فى يد الموهوب له إلا أنه قد اكتسب ملكيتها بطريق آخر لا سلطنة للواهب عليه كما أن حق الواهب فى الرجوع قد سقط بمجرد خروج الموهوب عن الملك الموهوب له والساقط لا يعود.

ولهذا كان الراجح فى نظرى هو ما ذهب إليه القائلون بعدم عود رجوع الواهب يعود الموهوب إلى الموهوب له بالسبب الجديد.

الشرط الرابع : أن يكون تصرف الموهوب له فى جميع الموهوب، فإذا كان التصرف فى بعض الموهوب كان من حق الواهب الرجوع فى الباقي وإلى هذا ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة والزيدية (٥) وهو القول الذى أخذ به القانون المدنى المصرى فقد نص على ذلك فى المادة (٥٠٢ ف ج) من القانون المدنى "فإذا اقتصر التصرف على بعض الموهوب جاز للواهب أن يرجع فى الباقي" (٦).

إنما جاز رجوع الواهب فيما بقى من الموهوب بعد تصرف الموهوب له فى الجزء الآخر، لأن

-
- ١- البحر الرائق ٢٩٣/٧ مغنى المحتاج ٤٠٣/٢، المغنى والشرح الكبير ٢٧٥/٦.
 - ٢- د/جمال الدين العاقل - عقد الهبة بين الشريعة الاسلامية والقانون المدنى - ص ٢٣٨.
 - ٣- الحاوى الكبير ٥٤٨/٧، كشف القناع ٣١٣/٤.
 - ٤- الحاوى الكبير ٥٤٨/٧، المذهب ٤٤٧/٥.
 - ٥- الهداية ٢٢٨/٣، روضة الطالبين ٣٨٢/٥، الإنصاف ١٥٠/٧، التاج المذهب ٢٦٨/٣.
 - ٦- د/جمال الدين العاقل - المرجع السابق - ص ٢٣٧.

المانع وجد في البعض فيكون المنع من الرجوع بقدره ، لإنتفاء المانع من الرجوع في البعض الآخر (١)(٢).

أما المالكية فالمفهوم من كلامهم منع رجوع الواهب في بعض الموهوب إذا تصرف الموهوب له في البعض الآخر ، لأنهم قد اشترطوا لرجوع الواهب عدم نقص ذات الموهوب ، ولما كان التصرف في بعض الموهوب يعتبر نقصانا في ذات الموهوب فإنه يمنع الواهب من الرجوع في البعض الباقي بعد التصرف (٣).

وقد نوقش ذلك بان الموهوب إذا كان بكاملة يكون من حق الواهب أن يرجع في بعضه ويترك البعض الآخر ، فلأن يكون له حق الرجوع في البعض الباقي بعد العجز أولى (٤)

ونرى رجحان ما ذهب إليه الحنيفة ومن وافقهم ، لأن من يملك الكل يملك الجزء من باب أولى.

الشرط الخامس : أن يكون الخروج عن ملك الموهوب له خروجاً من كل وجه وهذا الشرط قد اشترطه الحنيفة وهوي معنى أن يكون الخروج عن ملك الموهوب له خروجاً بالكلية فلو كان الموهوب شاة أو بقرة أو بدنه أو غير ذلك مما يذبح وقام الموهوب له بذبحه فإن هذا الذبح وإن كان خروجاً عن ملك الموهوب له إلا أنه لا يمنع الواهب من الرجوع في لحم الموهوب قبل طبخه لأنه باق على ملكه.

فإذا طبخ الموهوب له اللحم فليس من حق الواهب أن يرجع ، لأن طبخ اللحم استهلاك له ، والرجوع يفوت بالاستهلاك.

هذا كله إذا كان الذبح لغير أضحية أو هدى أو نذر فإذا كان ذلك فقد اختلف الفقهاء في المذهب الحنفي.

١- الهداية ٢٢٨/٣ تكملة ابن عابدين ٢/٣٣٦.

٢- د/عبد الرزاق السنهوري- الوسيط وشرح القانون المدني ٥/١٩٧.

٣- الخرشي والعدوي ٧/١١٤، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٤/١٠٠، جواهر الاكليل ٢/٢١٥.

٤- تبين الحقائق ٥/١٠٠.

فقال الإمام محمد (١) للواهب أن يرجع فيها ما دامت لم تستهلك بالطبخ ، وتجزئة الأضحية أو التصدق أو المتعة.

وبهذا قال الإمام أبوحنيفة كما ذكر بعضهم وهو الصحيح.

وحجة هذا القول: أن المذبوح للأضحية وإن كان قد وقع قربة لله تعالى إلا أن القربة باراقة الدم، ولذا كان له أن يأكل لحمها فلم تخرج عن ملكة بالكلية.

وقال أبو يوسف ليس للواهب أن يرجع وحجته أن المذبوح قد خرج لله تعالى وما كان كذلك يمتنع فيه الرجوع (٢).

الموازنة من العرض السابق لمانع تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب كأحد موانع الرجوع في الهبة نجد وجود اتفاق تام بين القانون المدنى المصرى وما ذهب إليه أكثر فقهاء الشريعة الإسلامية فكلاهما يشترط في التصرف المانع من الرجوع أن يكون تصرفا نهائيا وناقلا للملك في جميع الموهوب وإلا كان للواهب الرجوع.

واتفاق الفقه الوضعى مع الفقه الشرعى يرجع كما ذكرت سلفا إلى أن المقنن المدنى المصرى قد نقل موانع الرجوع عن الفقه الحنفى ومن ثم كان طبيعيا أن تتفق أحكامه مع ما هو مقرر فى هذا المذهب.

١- هو أبو عبدالله: محمد بن الحسن الشيبانى الكوفى أخذ الفقه عن أبى حنيفة وأتمه على القاضى أبى يوسف وقد تولى القضاء للرشيده بعد القاضى أبى يوسف وكان مع تبجره فى الفقه يضرب بذكائه المثل.

ولد سنة ١٣٢هـ وتوفى سنة ١٨٩هـ ينظر : سير أعلام النبلاء ١٣٦/٩.

٢- مجمع الانهر ٢/٣٦٢، البحر الرائق ٧/٢٩٢، تكملة ابن عابدين ٢/٣٣٦، ٣٣٧.

﴿المبحث الثالث﴾

﴿موت أحد المتعاقدين﴾

تقديم

يطلق الموت فى اللغة :على السكون يقال: ماتت الريح أى : سكنت.

ويقع على أنواع منها زوال القوة الحسية ومن ذلك قوله تعالى على لسان السيدة مريم: ﴿يَا بَنِيَّ مِنْهُ قَبْلَ هَذَا وَكُنْتَ نَسِيًّا مِّنْهَا﴾ (١).

ومنها زوال القوة العاقلة وهى الجهالة ومن ذلك قوله تعالى : ﴿أَوْ مِنْ كَانَ مَيِّتًا فَأَخْيَيْنَاهُ﴾ (٢)

ومنها المنام ومن ذلك قوله تعالى : ﴿وَالَّتِي لَمْ تَمُتْ فِي مَنَامِهَا فَيُمْسِكُ الَّتِي قَضَىٰ عَلَيْهَا الْمَوْتَ وَيُرْسِلُ الْأُخْرَىٰ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى﴾ (٣).

وقد يستعار الموت للأحوال الشاقة كالفقر والذل والمعصية (٤).

أما فى الاصلاح: فقد استعمله العلماء وأرادوا به زوال القوة الحسية المتمثلة فى مفارقة الروح للبدن فقالوا: "هو انقطاع تعلق الروح بالبدن ومفارقته وحيلولة بينهما وتبدل حال وانتقال من دار الى دار" (٥).

فإذا مات الواهب أو الموهوب له، فأما أن يكون هذا الموت قد حدث قبل قبض الواهب للهبة، وأما أن يكون قد حدث بعده.

(أ) موت الواهب أو الموهوب له قبل القبض

إذا مات الواهب أو الموهوب له قبل القبض، فهل تبطل الهبة أم تكون صحيحة؟

١- سورة مريم الآية (٢٣).

٢- سورة الأنعام الآية (١٢٢).

٣- سورة الزمر الآية (٤٢)

٤- لسان العرب ٦/٤٢٩٥.

٥- ينظر : الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٢٨/٣٠٦ ط. دار إحياء التراث.

اختلف الفقهاء فى ذلك على قولين :

القول الاول : إذا مات الواهب أو الموهوب له قبل القبض بطلت الهبة وإلى هذا ذهب الحنفية (١) والمالكية (٢) والشافعية فى قول لهم، والحنابلة فى رواية والإمامية فى القول المعتمد عندهم (٣).

وحجة الحنفية، أن الهبة عقد يفترق الى القبض فإذا مات أحدهم قبله كانت باطله (٤).

وحجة المالكية أن الحوز شرط فى الهبة فإذا مات أحدهما قبله كانت الهبة باطله (٥).

أما الشافعية والحنابلة فحجتهم أن الهبة قبل القبض عقد جائز فيبطل بموت الواهب أو الموهوب له قبل القبض كالوكالة (٦).

أما القانون المدنى المصرى فلم يورد نص خاص يفيد حكم الهبة قبل القبض فالظاهر من الفقرة (ب) من المادة (٥٠٢) مدنى هو منع الرجوع بالموت، دون تفرقه بين الموت الحادث قبل القبض والموت الحادث بعده (٧).

١- البحر الرائق ٢٩٢/٧

٢- يرى بعض المالكية أن الموهوب له إذا كان جادا فى طلب الهبة فإن الهبة لا تبطل بموت الواهب قبل القبض، ينظر : الشرح الصغير وحاشية الصاوى ٣٣٦/٥، قوانين الأحكام الشرعية لابن جزى ص ٣٩٩. ط دار العلم للملايين.

٣- حاشية البجيرمى على شرح منهج الطلاب ٢١٨/٣، المغنى والشرح الكبير ٢٤٩/٦، فقه الإمام جعفر الصاوى ٢٢٧/٤.

٤- حاشية رد المحتار على الدر المختار وشرح تنوير الأبصار ٧٠٠/٥.

٥- الشرح الصغير وحاشية الصاوى ٣٣٦/٥، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٣٢٩/٢.

٦- مغنى المحتاج ٤٠١/٢، المغنى والشرح الكبير ٢٤٩/٦.

٧- علق شرح القانون المدنى على نص الفقرة (ب) من المادة (٥٠٢) مدنى بما يقيد اعتبار موت أحد المتعاقدين مانع من موانع الرجوع فى الهبة ولكن دون تفرقه بين ما إذا كان الموت قبل القبض أو بعده ونحن نأخذ على شرح القانون عدم تناولهم لحكم الهبة إذا مات أحد المتعاقدين قبل القبض خصوصا وأن هذا الحكم مستفاد من نص المادة (٤٤٨) مدنى كما نص عليها المذهب الحنفى المنقول عنه هذا الموانع.

ينظر : تعليق شرح القانون على نص الفقرة (ب) من المادة (٥٠٢) مدنى أنظر محمد كامل مرسى - شرح القانون المدنى الجديد (المعقود والمساه) ١٨٩/٢، د/أكثم الخولى - العقود المدنية - ١٧٦، ١٧٧، د/محمود جمال الدين زكى - العقود المسماة - ١٦٩.

غير أننا من الممكن أن نستتبط من نص المادة (٤٤٨) مدنى مايفيد بطلان الهبة بموت أحد المتعاقدين فالمادة سالفة الذكر تنص على ما يأتى :

١- تكون الهبة بورقة رسمية والا وقعت باطلة مالم تتم تحت ستار آخر.

٢- مع ذلك يجوز فى المنقول أن تتم الهبة بالقبض دون حاجة الى ورقة رسمية.

فقد اشترط هذا النص فى هبة العقار أن تكون بورقة رسمية وإلا وقعت باطلة، أما هبة المنقول فقد اشترط فيها القبض أو الرسمية.

ولما كانت الرسمية فى العقار والمنقول قبض حكى وهو بمثابة القبض الحقيقى، فإن موت أحد المتعاقدين قبل القبض يودى إلى بطلان الهبة ، لعدم تحقق القبض الحقيقى أو الحكى.

القول الثانى : إذا مات الواهب أو الموهوب له قبل القبض لم تبطل الهبة ويقوم الوارث مقام مورثه

وإلى هذا ذهب الشافعية فى الأصح عندهم (١) والحنابلة فى الرواية الأخرى (٢) والظاهرية، لأن الهبة عندهم تتم باللفظ (الإيجاب والقبول) (٣).

وقد احتج بعضهم على ذلك بأن الهبة عقد ماله إلى اللزوم فلم يفسخ بالموت كالبيع المشروط فيه الخيار (٤).

ويمكن مناقشة ذلك بوجود الفارق بين الهبة والبيع.

ووجه الفرق أن البيع قائم على المعاوضة، بخلاف الهبة فهى قائمة على التبرع.

لهذا فإنى أرى ترجيح ما ذهب إليه الحنفية ومن وافقتهم من بطلان الهبة بموت أحد المتعاقدين قبل القبض.

١- روضة الطالبين ٣٧٥/٥ معنى المحتاج ٤٠١/٢ زاد المحتاج ٤٣٧/٢.

٢- المعنى والشرح الكبير ٢٥٠/٦ الإنصاف ١٤٠/٧.

٣- المحلى ١٢٠/٩.

٤- معنى المحتاج ٤٠١/٢ المعنى والشرح الكبير ٢٥٠/٦.

(ب) موت الواهب أو الموهوب له بعد القبض

إذا مات الموهوب له بعد القبض امتنع على الواهب الرجوع على ورثته ، وإذا مات الواهب بعد قبض الموهوب له الهبة فلا يقوم مورث الواهب مقامه فى الرجوع، لأن موت أحد المتعاقدين بعد القبض مانع من موانع الرجوع فى الهبة.

وإلى هذا ذهب الحنفية، والشافعية، الإمامية، والزيدية، والظاهرية، والحنابلة فى الرواية الأصح عندهم (١)(٢).

أما المالكية فلم يشيروا فيما اطلعت عليه إلى اعتبار موت الواهب مانع من الرجوع فى الهبة، ولكنهم اعتبروا مرض الواهب المخوف مانع من الرجوع.

وقد عللوا ذلك بأن الرجوع مع مرض الواهب المخوف لا يكون للواهب وإنما يكون لورثته، لهذا منع الرجوع.

وهذا مما يجعلنا نقرر بأن المالكية موافقون لرأى أكثر الفقهاء، لأن الورثة إذا منعوا من الرجوع بسبب مرض مورثهم المخوف، فلأن يمنعوا من الرجوع مع موته أولى (٣).

وأخذ القانون المدنى المصرى بهذا القول فقد عد موانع الرجوع فى الهبة من خلال المادة (٥٠٢) مدنى وذكر من بين هذه الموانع الفقرة (ب) من المادة المذكور إذا مات أحد طرفى عقد الهبة

غير أن وفاة أحد طرفى عقد الهبة فى ظل القانون المدنى المصرى لا تحول دون الرجوع إلا إذا حدثت الوفاة قبل رفع دعوى الرجوع من جانب الواهب فإذا رفعت دعوى الرجوع ثم مات الواهب فإن الحق فى الرجوع يعود إلى الورثة كما هو الحال فى تعويض الضرر الأدبى مادة (١/٢٢٢) مدنى. حيث ان الأساس فى كلا الحالتين واحد وهو قيام الحق على اعتبارات أدبية خاصة بشخص صاحبه

١- المبسوط ٥٦/١٢، مغنى المحتاج ٤٠٢/٢، فقه الإمام جعفر الصادق ٢٢٧/٤، التاج المذهب ٢٦٧/٣، المحلى ١٢٠/٩، كشف القناع ٣١٠/٤.

٢- الرواية الأخرى عند الحنابلة هى جواز رجوع ورثة الواهب بعد موته لتحقيق التسوية بين الورثة، أنظر الإنصاف ١٤١/٧ وهى رواية مرجوحه لأن الرجوع قد انتهى بموت من يملكه لكونه حق والحقوق لا تورث وحدها وإنما تورث بتبعية المال وهولا يرثه مغنى المحتاج ٤٠٢/٢.

٣- الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ١٠٠/٤، مواهب الجليل ٦٤/٦، جواهر الإكليل ٢١٥/٢.

فيستقل وحده بتقديرها (١).

وقد استدلل الفقهاء

أولاً : على حق الرجوع للورثة إذا مات الواهب بالآتي :

- ١- أن التملك بعقد الهبة لم يكن من جهة الوارث فلا يخلف مورثه فيما لم يكن على ملكه (٢)(٣).
- ٢- أن حق الرجوع متصل بالواهب، لأن الشارع لم يوجب هذا الحق إلا، له، و الوارث ليس بواهب (٤)(٥).
- ٣- قياس حق الرجوع في الهبة على خيار الشرط والرؤية، بجامع ثبوت الحق لموجبه في كل، وخيار الشرط والرؤية لا يورث ، فكذا حق الرجوع في الهبة (٦).

واستدلوا

ثانياً : على سقوط الرجوع للواهب إذا مات الموهوب له بالآتي :

- ١- أن الملك ينتقل إلى الورثة بموت الموهوب له ، وانتقال الملك بالموت يمنع الواهب من الرجوع، كانتقال الملك في حياة الموهوب له (٧).
- ٢- إن ورثه الموهوب له لم يستفيدوا هذا الملك من الواهب، فلم يملك حق الرجوع عليهم (٨)(٩).

-
- ١- د/أكثم الخولي - العقود المدنية-ص ١٧٧.
 - ٢- المبسوط ٦٥/١٢ مغنى المحتاج ٤٠٢/٢ البحر الزخار ٤١١/٤.
 - ٣- د/أكثم الخولي - العقود المدنية- ص ١٧٦.
 - ٤- مجمع الأنهر ٣٩١/٢ ، الدرر الحكام ٢٢٢/٢ ، فقه الإمام جعفر ٢٢٧/٤.
 - ٥- د/محمد كامل مرسى - شرح القانون المدني الجديد (العقود المسماة) - ص ١٨٩ ، د/جمال الدين العاقل - عقد الهبة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني - ص ٢٣٦.
 - ٦- البحر الرائق ٢٩٢/٧.
 - ٧- المبسوط ٥٦/١٢ فقه الإمام جعفر الصادق ٢٢٧/٤.
 - ٨- البدائية في شرح الهداية ٨٣٥/٧.
 - ٩- د/محمود جمال الدين ^{دكتور}العقود المسماة - ص ١٦٧.

٣- أن تبدل الملك كتبدل العين فصار الموهوب بموت الموهوب له كعين أخرى. فلا يكون للواهب عليها من سبيل.

يضاف إلى ذلك أن حق ورثة الموهوب له على الشيء الموهوب قد ثبت بالميراث ، فإذا تعارض حقهم مع حق الواهب كان حقهم أقوى (١).

الموازنة مما سبق يتبين أن القانون المدنى المصرى يتفق مع أكثر فقهاء الشريعة الإسلامية فى اعتبار موت أحد المتعاقدين قبل قبض الهبة مبطل لها.

كما يتفق مع الفقه الإسلامى قاطبة فى اعتبار موت أحد المتعاقدين بعد قبض الهبة مانع من موانع الرجوع فيها.

إلا أن ما يمكن إحساسه من فرق بين الفقهاء فى هذا الصدد هو أن القانون المدنى المصرى قد اشترط لمنع الواهب من الرجوع فى الهبة بعد قبضها أن يكون الموت قد حدث قبل رفع دعوى الرجوع من جانبه ، فإن كان موت الواهب قد حدث بعد رفعه لدعوى الرجوع على الموهوب له ، كان من حق ورثة الواهب أن يقوموا مقام مورثهم فى الرجوع على الموهوب له ، وذلك عن طريق مواصلة السير فى إجراءات دعوى الرجوع.

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فقد إكتفوا باعتبار الموت أحد موانع الرجوع فى الهبة دون تفرقه بين الموت الحادث قبل رفع الدعوى من جانب الواهب، وبين الموت الحادث بعده.

وهذا الاختلاف لعله يرجع إلى اختلاف ظروف الرجوع فى الماضى عنه بالنسبة للحاضر، ففى الماضى كان الرجوع فورياً، أما فى وقتنا الحاضر فنظراً لطول إجراءات رفع الدعوى فإن الحال يقتضى أن يحل الورثة محل مورثهم فى الرجوع طالما أنه قد رفع الدعوى قبل موته.

ومن ثم فإن الاختلاف شكلى وليس حقيقى.

﴿الفصل الرابع﴾

﴿مانع تعلق الهبة بحقوق الغير﴾

تقديم:

موانع الرجوع التي ذكرتها سلفا من خلال الفصلين الأول والثاني والثالث من هذا الباب هي موانع متفق عليها بين علماء الفقه الإسلامي، مع الاختلاف بينهم في تعريف هذه الموانع.

فالحنفية، والإمامية، والزيدية، ومعهم القانون المدني المصري، يرون أن هذه الموانع تنفرع عن جواز عقد الهبة بحسب الأصل.

أما المالكية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية فيرون أن هذه الموانع تنفرع عن جواز عقد الهبة بالنسبة للوالد فيما وهب لولده فقط أما ما عداه فالهبة بالنسبة له لازمه، ومن ثم فلا موانع.

وقد اكتفى القائلون بجواز عقد الهبة ومعهم القانون المدني المصري بما ذكرناه من موانع، في حين لم يكتف البعض الآخر بل أضاف إلى الرجوع مانع آخر، وهو تعلق الهبة بحقوق الغير، وسنتكلم عن هذا المانع عند القائلين به من خلال المبحثين الآتيين:

المبحث الأول : نكاح أو مداينة الموهوب له.

المبحث الثاني : المرض المخوف لأحد المتعاقدين.

﴿المبحث الأول﴾

﴿نكاح أو مداينة الموهوب له﴾

لا يملك الأب الرجوع فيما وهبه لولده إذا تعلق بالهبة رغبة لغير الولد، كما لو رغب الناس في الولد، فزجوه ، أو دايئوه من أجل الهبة ، وذلك لأن الأب قد عرض ابنه بالهبة لذلك ، فإذا تعلقت حقوق الناس بالهبة امتنع على الأب الرجوع، صيانة لهذه الحقوق.

والى هذا ذهب المالكية(١)، والحنابلة(٢)، إلا أن الحنابلة قد عبروا عن هذا المانع بأن يتعلق بالهبة رغبة لغير الولد.

وقد اشترط المالكية لتحقيق هذا المانع وجود ثلاث شروط :

الشرط الأول : أن يكون النكاح أو المداينة من أجل يسر الموهوب له (الولد) بالهبة، وإلا كان من حق الأب الرجوع .

الشرط الثاني : أن يتوافر هذا القصد لدى الأجنبي الذي تعامل مع الموهوب له، أما قصد الموهوب له فلا يمنع الرجوع، وقيل يمنعه(٣).

فلو كان النكاح، أو المداينة لأجل الهبة، بأن كانت الهبة قليلة لا يزوج الواهب ولا يعامل من أجلها، أو كان من شأن الهبة ذلك، إلا أن الموهوب له كان غنياً قبل الهبة ، فإن نكاح الوالد أو مداينته لا يمنع الأب من الرجوع، لزوال العلة.

الشرط الثالث : ألا يهب الوالد للولد وهو على هذه الحال أى: متزوج أو مداين ، إلا كان للأب الرجوع خلافاً لبعض المالكية(٤) وذلك لأن الحكمة من منع رجوع الأب مع نكاح

١- الشرح الكبير وحاشيته الدسوقي ١٠٠/٤، مواهب الجليل ٦٤/٦، جواهر الاكليل ٢/٢١٥، أوجز المسالك مع موطأ الإمام مالك ٢٧١/١٢ ط. دار الفكر.

٢- المغنى والشرح الكبير ٢٧٧/٦ الكافي ٢/٤٧٠ ط. المكتب الاسلامى.

٣- الشرح الصغير وحاشية الصاوى ٤٥٣/٥.

٤- يرى بعض المالكية أن الأب إذا وهب لابنه وهو مدان لم يرجع كما لو تقدمت العيطة على الدين ينظر المتتقى مع موطأ الإمام مالك ١١٧/٦

الولد أو مدينته هي الحفاظ على حقوق الغير الذى تعامل مع الولد من أجل يسره بالهبة ، ولا تتوافر هذه الحكمة إذا كانت حقوق الغير سابقه على صدور الهبة(١).

أما الحنابلة فقد وجدت لهم روايتان بشأن حكم رجوع الأب مع نكاح الولد الموهوب له، أو مدينته.

الرواية الأولى : ليس للأب الرجوع لما رواه ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول صلى الله عليه وسلم قال : "لا ضرر ولا ضرار"(٢).

ورجوع الأب بعد تعلق حق الغير بالهبة فيه إضرار بذلك الغير فيكون منهيا عنه(٣).

الرواية الثانية : للأب الرجوع لقوله صلى الله عليه وسلم فيما رواه ابن عباس وابن عمر رضى الله عنهما "ليس لأحد أن يعطى عطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطى لولده"(٤).

فلم يرد فى الحديث ما يفيد ^{تقييد} رجوع الأب بعدم تعلق حقوق الغير بالهبة.

كما أن حق كل من المتزوج والغريم لم يتعلق بعين هذا المال فلم يمنع رجوع الأب فيه(٥).

ويمكن مناقشة ذلك بأن الحديث ورد ما يقيد ، وهو قوله صلى الله عليه وسلم "لا ضرر ولا ضرار"(٦)، ورجوع الأب بعد تعلق حق الغير بالهبة فيه إضرار بذلك الغير فيكون منهياً عنه.

كما أن حق كل من المتزوج والغريم إن لم يتعلق بعين هذا المال إلا أنه كان من أجل الهبة.

تجدد الإشارة إلى أن هذين الروايتين قد ذكرهما ابن قدامه(٧) ضمن شروط رجوع الأب فيما وهب

١- عبر المالكية عن هذا الشرط بقولهم : مالم ينكحوا أو يستحدثوا ديناً ينظر: المدونة الكبرى للامام مالك ١٣٦/١٥ ط السعادة ومراجع المالكية السابقة.

٢- المسند للامام أحمد ٣١٣/١ ط المكتب الإسلامى.

٣- المبدع فى شرح المقنع ٣٧٧/٥ الكافى ٢/٤٧٠.

٤- صحيح البخارى مع فتح البارى ٢١١/٥

٥- المغنى والشرح الكبير ٢٧٨/٦.

٦- الحديث سبقه تخرجه.

٧- هو أبو محمد موفق الدين فقيه من أكابر الحنابلة له تصايف كثيرة منها المغنى، ورضة الناظر، «المقنع»، ولد بفلسطين سنة ٥٤١هـ وتوفى سنة ٦٢٠هـ ينظر الاعلام ٦٧/٤.

لولده (١) أماغيره من الحنابلة فمنهم من لم يعد عدم نكاح الولد أو مداينته من شروط رجوع الأب (٢)، منهم من قيد الهبة مع الإنكاح بكونها (سرية) (٣) لإعفاف الولد) وإلا كان من حق الأب الرجوع (٤).

زوال النكاح أو المداينة

يرى المالكية أن زوال النكاح أو المداينة لا يخول الأب الرجوع فيما وهب لابنه وذلك لأن كلا من النكاح والمداينة أمر قد عامله الناس بعد الهبة عليه فيستمرون على المعاملة لأجله لانفتاح بابه، من أجل هذا امتنع الرجوع (٥).

أما الحنابلة فقد اكتفوا بمنع الواهب من الرجوع مع نكاح الولد أو مداينة من أجل الهبة على إحدى الروايتين، دون أن يتعرضوا لعود رجوع الواهب بزوال نكاح الولد أو مداينة (٦).

١- ينظر المغنى والشرح الكبير ٢٧٨، ٢٧٧/٦ المبدع فى شرح المقنع ٣٧٧/٥.

٢- ينظر الإقناع فى فقه الامام أحمد ابن حنبل ٣٧، ٣٦/٣ طدار المعرفه كشاف القناع ٣١٣/٤ وما بعدها.

٣- السرية هى النفيس الشريف وقيل هى السخية ذات للرؤه ينظر لسان العرب مادة سرا ٢٠٠١/٣١

٤- ينظر شرح منتهى الايرادات ٢/٥٢٦، ٥٢٥ ط المكتبة السلفية مطالب أولى النهى ٤/٤٠٦.

٥- المدونة الكبرى ١٣٦/١٥، حاشية الدسوقي والشرح الكبير ١٠٠/٤، مواهب الجليل ٦٤/٦، جواهر الإكليل ٢١٥/٢، شرح الزقانى على مختصر سيدى خليل ١٠٦/٧ ط. دار الفكر، المنتقى شرح الموطأ ١١٧/٦.

٦- ينظر : المغنى والشرح الكبير ٢٧٨/٦، المبدع فى شرح المقنع ٣٧٧/٥.

﴿المبحث الثاني﴾

﴿المرض المخوف لأحد المتعاقدين﴾

المرض قد يكون مرضاً مخوفاً، وقد يكون مرضاً غير مخوف فالمرض المخوف هو الذى يخاف منه الموت عادة، كالحمى المطبقة والإسهال غير المنقطع.

أما المرض غير المخوف فهو الذى لا يخاف منه الموت عادة، كالجرب، والحمى والإسهال اليسيرين (١).

فإذا مرض الموهوب له مرضاً مخوفاً امتنع على الواهب الرجوع على ورثته، وكذا إذا مرض الواهب مرضاً مخوفاً فليس لورثته أن يرجعوا على الموهوب له، وإلى هذا ذهب المالكية بشرط أن يكون المرض المخوف طارئاً بعد الهبة، وذلك بأن تكون الهبة قد تمت فى حال الصحة ثم طرأ مرض الموهوب له، أو مرض الواهب، فإن كانت الهبة لاحقة لمرض أحدهما جاز الرجوع (٢).

وقد احتج المالكية على ما ذهبوا إليه بأن مرض الموهوب له مرضاً مخوفاً يؤدي إلى تعلق حق ورثته بالهبة، فلا يجوز إبطالها بالرجوع.

أما مرض الواهب المخوف فوجه كونه يمنع الرجوع أن الرجوع مع مرضه المخوف لا يكون له، وإنما يكون لورثته، وقد يكون الوارث أجنبياً من الابن الموهوب له، كالزوجة تكون أجنبية من ابن زوجها.

فإذا زال المرض عن الواهب، أو الموهوب عاد للواهب الحق فى الرجوع.

فإن قيل : ما الفرق بين المرض حيث عاد للواهب الرجوع بزواله، والنكاح والمداينة، حيث لم يعد لواهب الرجوع بزوالهما.

قلنا : النكاح والمداينة أمر قد عامله الناس عليه فيستمررون على المعاملة لأجله، لانفتاح بابه، بخلاف

١- ينظر : الشرح الكبير والمغنى ٢٨٩/٦، ٢٩٠.

٢- الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ١٠٠/٤، الشرح الصغير وحاشية الصاوى ٤٥١/٥، شرح منح الجليل ١٠٦/٤، شرح الزقانى على مختصر سيدى خليل ١٠٦/٧، المنتقى مع موطأ الإمام مالك ١١٧/٦.

المرض فهو أمر لم يعامله الناس عليه وإنما هو من عند الله، لهذا فإنه إن زال، زال معه المنع من الرجوع (١).

وهذا خلافاً لبعض المالكية حيث ذهبوا إلى أن زوال المرض يمنع الواهب من الرجوع، كزوال النكاح، أو المدائنة، والمختار في المذهب هو الأول (٢).

ألا تدرى
عندنا
الحبنة
٢٠١٥

١- مراجع المالكية السابقة.

٢- مواهب الجليل ٦/٦٥، جواهر الإكليل ٢/٢١٥.

الخاتمة

أختتم الرسالة كما بدأتها بحمد الله سبحانه وتعالى والصلاة والسلام على رسوله المصطفى - صلى الله عليه وسلم - واذكر فيما يلي نبذة من النتائج الهامة التي توصلت إليها في هذا البحث.

- ١- أن الهبة جنس لكل تملك حال الحياة بغير عوض أيا كان مسماه (عطية، هدية، صدقة،.....).
- ٢- أن كل ما يعطى للعامل كجزء من أجره ، كامنحة ، أو مكافأة نهاية الخدمة ، أو وهبة ، لا يمكن اعتباره هبة وإن أخذ شكلها أو أصتبع بصيغتها.

٣- أن القانون المدنى المصرى قد نقل الأحكام المتعلقة بالهبة نقلا حرفيا عن المذهب الحنفى ، ومن ثم جاءت أحكامه موافقة تماما لما هو مقرر فى هذا المذهب من أحكام^(١) باستثناء حالة واحدة اقتبسها من القوانين الأجنبية ، حيث أنه لم يكتف بما هو مقرر فى المذهب الحنفى من إعطاء الواهب الحق فى الرجوع إذا لم يوجد مانع ، وإنما اشترط بالإضافة إلى ذلك تمسك الواهب بعذر مقبول لدى القاضى وإلا رفض القاضى طلبه للرجوع.

وفلسفة القانون المدنى المصرى فى ذلك ترجع إلى أنه أراد أن يحد من إطلاق جواز الرجوع فى المذهب الحنفى ، حتى يكتسب عقد الهبة قدرا من الصلابة والإلزام.

٤- أن موانع الرجوع فى الهبة تختلف ضيقا واتساعا باختلاف القول بلزوم الهبة بعد القبض ، أو عدم لزومها . فعلى القول بلزوم الهبة بعد القبض باستثناء ، الوالد فيما وهب لولده ، وهو ما ذهب إليه الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة، والإباضية والظاهرية ، فإن هذه الموانع تضيق ، حيث تقتصر على الحالة المستثناة من اللزوم عندهم ، وهى هبة الوالد لولده ، وما عدا هذه الحالة لا توجد موانع ، لأن الموانع تنفرع عن عدم لزوم العقد ، وهبة غير الأب هبة لازمة.

أما على القول بعدم لزوم عقد الهبة إلا لمانع وهو ما ذهب إليه الحنفية والإمامية والزيدية فإن موانع الرجوع تجد متسعا حيث تجرى على كل هبة مجردة عن مانع للرجوع فيها.

١- وقد علفت على ذلك محكمة النقض المصرية فى حكمها الصادر فى ٢٨/٥/١٩٨٠ فذكرت أن الأحكام الموضوعية فى الهبة مصدرها الشريعة الإسلامية ، وأنه لا يجوز الخروج على النصوص التشريعية الواضحة فى القانون المدنى بدعوى اللجوء إلى مصدرها "طعن رقم ٦٨٥ لسنة ٤٥ ق ، مجموعة أحكام النقض المكتب الفنى - ملحق الجزء الأول السنة الحادية والثلاثون ص ١٥٣١.

٥- أن ما يعطيه الوالد لولده إذا اعتبرناه عطية وليست هبة اصطلاحا ، فإنه ينتج عن ذلك عدم الاستثناء عند الجمهور ، على اعتبار أن العطية مشروطة بالعدل بين الأولاد ، وألا تكون حيلة لتفويت الميراث على بعض المستحقين ، فيتوسع في الرجوع فيها تصحيحا للأوضاع بما لا يتوسع في غيرها.

وبهذا تكون الهبة عند الجمهور لازمة على الإطلاق ، ويكون إطلاق لفظ الهبة على عطية الوالد لولده من قبيل الإطلاق اللغوي.

الفهارس

وتشتمل على

(أ) فهرس : المراجع الشرعية واللغوية

(ب) فهرس : المراجع القانونية

(ج) فهرس : الموضوعات

(أ) المراجع الشرعية واللغوية

أولا : القرآن الكريم وتفسيره

- ١- القرآن الكريم
- ٢- تفسير ابن كثير للإمام أبي الفداء إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي ط. دار الكتب ، دار البيان العربي بدون تاريخ.
- ٣- تفسير البحر المحيط ، للإمام محمد بن يوسف الشهير بأبي حيان الأندلسي ط. دار الفكر ١٤١٢هـ- ١٩٩٢م.
- ٤- تفسير الطبري لأبي جعفر محمد بن حزم الطبري ، ط. دار المعارف بدون تاريخ.
- ٥- تفسير القرطبي- الجامع لأحكام القرآن- لأبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي ط. دار الكاتب العربي ١٣٧٨هـ- ١٩٦٧م ، دار إحياء التراث العربي ثانية ١٣٨٦هـ- ١٩٦٧م.

ثانيا : الأحاديث النبوية

- ٦- إعلاء السنن للمحدث الناقد العلامة ظفر أحمد العثماني ط. منشورات القرآن والعلوم الإسلامية ، بدون تاريخ.
- ٧- سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام للشيخ محمد بن إسماعيل المعروف بالأمير اليمني الصنعاني ط. الإستقامة ، دار الريان للتراث بدون تاريخ.
- ٨- سنن أبي داود ، للإمام الحافظ داود بن سليمان الأذدي- تح- محي الدين عبد الحميد ط. المكتبة العصرية ، بدون تاريخ.
- ٩- سنن الترمذي ، لأبي عيسى محمد بن عيسى بن سوره- تح- أحمد محمد شاکر ط. دار الحديث بدون تاريخ.
- ١٠- السنن الكبرى لأبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي ط. دار المعارف العثمانية ١٣٤٦هـ .
- ١١- السنن الكبرى لإمام أبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي- تحقيق د/ عبد الغفار البنداري ،

سيد حسن ط. دار الكتب العلمية بيروت أولى ١٤١١هـ - ١٩٩١م.

١٢- سنن النسائي. بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي ، وحاشية الإمام السندی ط. ثانية ١٤٠٦هـ -
١٩٨٦م.

الشرح

١٤- شرح النووي مع صحيح مسلم للإمام محي الدين أبي زكريا النووي الشافعي ط. دار القلم
بيروت.

١٥- صحيح البخاري للإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي - تح- د/ مصطفى إديب
البغا - ط. اليمامة الثالثة ١٤٠٧هـ - ١٩٧٨م.

١٦- صحيح البخاري مع إرشاد الساري ، لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن محمد القسطلاني ط. دار
الكتاب العربي بدون تاريخ.

١٧- صحيح البخاري مع فتح الباري للإمام الحافظ أحمد بن حجر العسقلاني - تح- عبد العزيز عبد
الله بن باز ط. دار المعرفة بيروت لبنان بدون تاريخ.

١٨- صحيح مسلم للإمام أبي الحسن مسلم بن حجاج القشيري النيسابوري ، ومعه شرح الإمام النووي
للإمام محي الدين أبي زكريا بن شرف النووي الشافعي ط. دار القلم بيروت ، بدون تاريخ.

١٩- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للحافظ نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي ط. ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م
الناشر دار البيان للتراث ، دار الكتاب العربي.

٢٠- المستدرك على الصحيحين للإمام أبي عبد الله الحاكم النيسابوري ط. دار المعرفة بدون تاريخ.

٢١- المسند للإمام أحمد بن محمد بن حنبل - تح- أحمد محمد شاكر - ط. دار الحديث أولى
١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.

٢٢- مصنف ابن أبي شيبة للحافظ عبد الله بن محمد بن أبي شيبة الكوفي ط. الهند ، بدون تاريخ.

٢٣- مصنف عبد الرزاق للحافظ أبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني ط. أولى دار القلم بيروت
لبنان ١٣٩٠هـ - ١٩٧٠م.

٢٤- موطأ الإمام مالك مع شرح الزرقانى ، للإمام محمد الزرقانى ط. مصطفى البابى الحلبى بدون تاريخ.

٢٥- موطأ الإمام مالك مع المنتقى للقاضى أبى الوليد سليمان بن خلف الباجى الأندلسى ط. دار التراث العربى ، السعادة ١٣٣٢هـ.

٢٦- نصب الراية لأحاديث الهداية للعلامة جمال الدين الزيلعى ط. دار الحديث أولى ١٤١٥هـ- ١٩٩٥م.

٢٧- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار للعلامة محمد بن على بن محمد الشوكانى ط. مكتبة التراث بدون تاريخ.

ثالثا : المراجع اللغوية

٢٨- تاج العروس للإمام اللغوى محب الدين بن أبى الفيض السيد محمد مرتضى الحسينى الواسطى الزبيدى الحنفى ط. دار ليبيا للطباعة والنشر بنغازى.

٢٩- الصحاح لإسماعيل بن حماد الجوهري ط. دار العلم للملايين لبنان ١٣٧٦هـ- ١٩٥٦م.

٣٠- القاموس المحيط لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادى ط. دار الجيل ط. ثانية ١٣٧٢هـ- ١٩٥٢م.

٣١- لسان العرب ، لابن منظور ط. دار المعارف بدون تاريخ.

٣٢- مختار الصحاح للشيخ محمد بن أبى بكر بن عبد القادر الرازى ط. المركز الإسلامى للطباعة والنشر ، الثقافة الدينية.

٣٣- المصباح المنير للعلامة أحمد بن محمد بن على المقرئ الفيومى ط. الأميرية ١٩٥٢.

٣٤- المعجم الوجيز طبعة صادرة عن مجمع اللغة العربية وخاصة بوزارة التربية والتعليم بدون تاريخ.

٣٥- المنجد فى اللغة والأعلام- صادر من دار المشرق بيروت بدون تاريخ.

رابعاً : المراجع الفقهية

(أ) الفقه الحنفي

- ٣٦- الإختيار لتعليل المختار تأليف عبد الله بن محمود الموصلى ط. محمد على صبيح بدون تاريخ.
- ٣٧- البحر الرائق شرح كنز الدقائق للعلامة زين الدين بن نجيم ط. دار المعرفة بدون تاريخ.
- ٣٨- التعريفات : تأليف ، علي بن محمد بن علي الجرجاني الحنفي - تح- عبد الرحمن عميره ط. عالم الكتب بيروت أولى ١٤٠٧هـ - ١٩٧٨م.
- ٣٩- بدائع الصنائع للإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني ط. دار الحديث ثمانية ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.
- ٤٠- البناية على شرح الهداية لأبي محمد بن محمود العيني ط. دار المعرفة أولى ١٤٠١هـ - ١٩٨١م.
- ٤١- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للعلامة فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي ط. دار المعرفة بدون تاريخ، جامعة دمشق ١٣٧٧هـ - ١٩٥٨م.
- ٤٢- تحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندي - تح- د/ محمد زكي عبد البر - ط. جامعة دمشق ١٣٧٧هـ - ١٩٥٨م.
- ٤٣- تكملة ابن عابدين لمحمد علاء الدين بن عابدين ، والده العلامة محمد أمين بن عابدين صاحب (رد المحتار) ط. دار إحياء التراث العربي ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.
- ٤٤- تكملة فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدى لشمس الدين أحمد المعروف بقاضي زاده ط. البابي الحلبي ١٣٨٩هـ - ١٩٧٠م.
- ٤٥- حاشية ابن عابدين للعلامة محمد أمين بن عمر بن عابدين ط. الأميرية بدون تاريخ.
- ٤٦- حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار للعلامة محمد أمين بن عمر بن عابدين

ط. مصطفى البابي الحلبي ١٣٨٦هـ - ١٩٦٦م.

- ٤٧- الدرر الحكام فى شرح غرر الأحكام للقاضى محمد بن قرموز ط. أحمد كامل ١٣٢٩هـ .
- ٤٨- الفتاوى الهندية للشيخ نظام وجماعة من علماء الهند ط. دار إحياء التراث العربى ١٤٠٠هـ - ١٩٨١م.
- ٤٩- فتح القدير لكamal الدين محمد السيواسى المعروف بابن الهمام الحنفى ط. الأميرية ١٣١٨هـ .
- ٥٠- المبسوط لشمس الدين السرخسى ط. دار المعرفة بيروت لبنان ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.
- ٥١- مجمع الأنهر فى شرح ملتقى الأبحر للشيخ محمد بن سليمان الشهير بداماد أفندى ط. دار التراث بدون تاريخ.
- ٥٢- معين الحكام فيما تردد بين الخصمين من الأحكام للإمام علاء الدين أبى الحسن بن على الطرابلسى ط. مصطفى البابي الحلبي ١٣٩٣هـ - ١٩٧٣م.
- ٥٣- الهداية شرح بداية المبتدى لشيخ الإسلام أبى الحسن على بن أبى بكر بن عبد الجليل المرغينانى ط. محمد على صبيح ، ومصطفى البابي الحلبي ، بدون تاريخ.

(ب) الفقه المالكي

- ٥٤- الاستذكار للإمام الحافظ عمر بن يوسف بن محمد بن عبد البر الأندلسى ط. دار قتيبه ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.
- ٥٥- بداية المجتهد ونهاية المقتصد لمحمد بن أحمد بن رشد ط. مصطفى البابي الحلبي بدون تاريخ.
- ٥٦- بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك ط. مصطفى البابي الحلبي ١٣٧٢هـ - ١٩٥٢م.
- ٥٧- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للشيخ محمد بن عرفه الدسوقي ط. دار الفكر بدون تاريخ والتقدم العلمية ١٣٣٠هـ .
- ٥٨- شرح الخرشي والعدوى على مختصر سيدى خليل للشيخ محمد الخرشي والشيخ على العدوى ط.

دار صادر بدون تاريخ.

٥٩- شرح الزرقانى على مختصر سيدى خليل للإمام عبد الباقي الزرقانى ط. دار الفكر بدون تاريخ.

٦٠- الشرح الصغير وحاشية الصاوى للشيخ أحمد بن محمد الدردير ، والشيخ أحمد الصاوى ط.

عيسى البابى الحلبي بدون تاريخ.

٦١- الشرح الكبير - معه حاشية الدسوقي - للإمام أحمد بن محمد الدردير ط. دار الفكر بدون تاريخ.

٦٢- شرح منح الجليل على مختصر العلامة الخليل للشيخ محمد عيش ط. النجاح بدون تاريخ.

٦٣- قوانين الأحكام الشرعية لابن جزى الغرناطى ط. عالم الفكر ، دار العلم للملايين بدون تاريخ.

٦٤- الكافى للإمام الحافظ عمر بن يوسف بن محمد بن عبد البر القرطبي - تح - د / محمد الموريتانى ط. الرياض الحديثة ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م.

٦٥- المدونة الكبرى لإمام دار الهجرة مالك بن أنس ط. دار الفكر ، السعادة ١٣٢٣هـ.

٦٦- المنتقى للقاضى أبى الوليد الباجى الأندلسى ط. دار التراث ، السعادة ١٣٣٢هـ.

٦٧- مواهب الجليل شرح العلامة الخليل لمحمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربى الشهير بالحطاب ط. دار الفكر بدون تاريخ.

(ج) الفقه الشافعى

٦٨- أسنى المطالب شرح الروض الطالب لأبى يحيى زكريا الأنصارى ط. المكتبة الإسلامية بدون تاريخ.

٦٩- الأشباه والنظائر فى الفروع للسيوطى للإمام جلال الدين عبد الرحمن بن أبى بكر السيوطى ط. دار الفكر بدون تاريخ.

٧٠- حاشية أبى الضياء مع نهاية المحتاج لأحمد بن عبد الرازق الشهير بالمغربى ط. مصطفى البابى الحلبي بدون تاريخ.

٧١- حاشية البجيرمي على الخطيب للشيخ سليمان بن عمر البجيرمي ط. مصطفى البابي الحلبي
١٣٧٠هـ - ١٩٥١م.

٧٢- حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب للشيخ سليمان بن عمر البجيرمي ط. الأميرية ، المكتبة
الإسلامية بدون تاريخ.

٧٣- حاشية البجيرمي على المنهج ، للشيخ سليمان بن عمر البجيرمي ط. مصطفى البابي الحلبي بدون
تاريخ.

٧٤- حاشية البيجوري للشيخ إبراهيم البيجوري ط. العامرة الشرفية ١٣٠٣هـ.

٧٥- حاشية الجمل على شرح المنهج للشيخ سليمان الجمل ط. مصطفى البابي الحلبي بدون تاريخ.

٧٦- حاشية الشرقاوي على شرح التحرير للشيخ الشرقاوي ط. دار إحياء الكتب العربية.

٧٧- حاشيتا قلوبى وعميره للشيخ شهاب الدين قلوبى والشيخ عميرة ط. محمد على صبيح ، دار
الكتب العربية بدون تاريخ.

٧٨- حواشى الشروانى وابن قاسم العبادى للشيخ عبد الحميد الشروانى والشيخ أحمد قاسم ط. دار
صادر ١٣٨٦هـ - ١٩٦٧م.

٧٩- الحاوى الكبير لأبى الحسن على بن محمد بن حبيب الماوردى - تح- الشيخ على محمد معوض.

٨٠- روضة الطالبين لأبى زكريا يحيى بن شرف النووى ط. المكتب الإسلامى بدون تاريخ.

٨١- زاد المحتاج للشيخ حسن الكهوجى - تح- عبد الله بن إبراهيم الأنصارى ط. المكتبة العصرية
بدون تاريخ.

٨٢- الفتاوى الفقهية الكبرى لشيخ الإسلام أحمد شهاب بن حجر الهيتمى ط. عبد الحميد أحمد حنفى.

٨٣- المجموع شرح المذهب لأبى زكريا محيى الدين بن شرف النووى ط. دار الفكر بدون تاريخ.

٨٤- مغنى المحتاج للشيخ محمد الشربيني الخطيب ط. مصطفى البابي الحلبي ١٣٧٧هـ - ١٩٨٥م.

- ٨٥- المهذب لأبي إسحاق الشيرازي ط. عيسى البابي الحلبي بدون تاريخ.
٨٦- نهاية المحتاج على شرح المنهاج لشمس الدين محمد بن العباسي الرملي ط. مصطفى البابي الحلبي ١٣٨٦هـ - ١٩٦٧م.

(د) الفقه الحنبلي

- ٨٧- أعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ط. السعادة بدون تاريخ.
٨٨- الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل لأبي النجا المقدسي ط. دار المعرفة بدون تاريخ.
٨٩- الإنصاف لعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي ط. السنة المحمدية ١٣٧٥هـ - ١٩٥٦م ، دار التراث العربي.
٩٠- الروض المربع لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي ط. الرياض الحديثة ١٣٩٠هـ - ١٩٧٠م.
٩١- شرح منتهى الإيرادات لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي ط. أنصار السنة المحمدية ١٣٦٦هـ - ١٩٤٧م ، المكتبة السلفية.
٩٢- الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل لشيخ الإسلام موفق الدين بن قدامه المقدسي ط. المكتب الإسلامي بدون تاريخ.
٩٣- كشف القناع لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي ط. دار الفكر ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م.
٩٤- المبدع في شرح المقنع لأبي إسحاق برهان الدين بن مفلح ط. المكتب الإسلامي بدون تاريخ.
٩٥- مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى للشيخ مصطفى السيوطي الرحباني ط. المكتب الإسلامي أولى ١٣٨١هـ - ١٩٦١م.
٩٦- المغنى والشرح الكبير لموفق الدين بن قدامه المقدسي ، شمس الدين عبد الرحمن بن قدامه المقدسي ط. دار الكتاب العربي ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.
٩٧- هداية الراغب لشرح عمدة الطالب لعثمان النجدي - تح- الشيخ حسنين محمد مخلوف ط. المدني بدون تاريخ.

(ع) الفقه الظاهري

٩٨- المحلى تصنيف الإمام أبى محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري ط. دار الفكر ، دار
الإتحاد العربى بدون تاريخ.

(م) الفقه الإمامي

٩٩- جواهر الكلام فى شرح شرائع الإسلام لشيخ الفقهاء محمد حسن النجفى ط. دار إحياء التراث
العربى.

١٠٠- الروضة البهية فى شرح اللمعة الدمشقية للشهيد زين الدين الجبعى ط. دار الكتاب العربى .

١٠١- شرائع الإسلام فى مسائل الحلال والحرام للمحقق أبى القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن ط. دار
الأضواء بيروت.

١٠٢- فقه الإمام جعفر الصادق للإمام جعفر الصادق ط. أولى الجواد ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.

١٠٣- المختصر النافع للحلى ط. دار الكتاب العربى بدون تاريخ.

(ن) الفقه الزيدى

١٠٤- البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار للإمام المهدي لدين الله محمد بن يحيى المرتضى
ط. دار الحكمة اليمنية صنعاء.

١٠٥- التاج المذهب للإمام العنسى ط. دار إحياء التراث العربى.

١٠٦- الروض النضير لشرف الدين الحسين بن أحمد الصنعانى ط. مكتبة اليمن الكبرى.

١٠٧- شرح الأزهار للعلامة محمد بن على بن محمد الشوكانى ط. دار إحياء التراث العربى.

(هـ) الفقه الإباضى

١٠٨- كتاب النيل وشفاء العليل لمحمد بن يوسف أطفيش ط. دار الفتح بدون تاريخ.

خامسا : مراجع الأصول

- ١٠٩- الإحكام فى أصول الأحكام للإمام على بن محمد الأمدى- تح- السيد الجميلى ط. دار الكتاب العربى ١٤٠٤هـ- ١٩٨٤م.
- ١١٠- إرشاد الفحول إلى تحقيق علم الأصول للإمام محمد بن على الشوكانى- تح- د/ شعبان محمد إسماعيل ط. دار الكتب ١٤١٣هـ- ١٩٩٣م.
- ١١١- التلويح على التوضيح للشيخ سعد الدين مسعود بن عمر التفتازانى الشافعى ط. محمد على صبيح بدون تاريخ.
- ١١٢- شرح العضد على المختصر المنتهى لابن الحاجب ومعه حاشية سعد الدين التفتازانى ، وحاشية السيد الجرجانى ، وحاشية الهروى الناشر مكتبة الكليات الأزهرية ١٣٩٣هـ- ١٩٧٣م.
- ١١٣- المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل للشيخ عبد القادر أحمد المعروف بابن بدران الدمشقى ط. دار الطباعة المنبرية بدون تاريخ.
- ١١٤- المستصفى لأبى حامد محمد بن محمد الغزالى ط. الأميرية ١٣٢٢هـ.
- ١١٥- الموافقات فى أصول الشريعة لأبى إسحاق الشاطبى الغرناطى ط. دار الفكر العربى ١٣٩٥هـ- ١٩٧٥م.

سادسا : مراجع الأعلام

- ١١٦- الأعلام لخير الدين الزركلى ط. دار العلم للملايين بيروت لبنان سادسة ١٩٨٤م.
- ١١٧- سير أعلام النبلاء لمحمد بن أحمد بن عثمان الذهبى ط. مؤسسة الرسالة بدون تاريخ.
- ١١٨- شذرات الذهب فى أخبار من ذهب للمؤرخ أبى الفلاح عبد الحى بن العماد الحنبلى ط. دار الفكر بدون تاريخ.
- ١١٩- معجم المؤلفين تأليف عمر رضا كحاله ط. دار إحياء التراث العربى بيروت بدون تاريخ.

سابعا : مراجع فقهية معاصرة

- ١٢٠- تاريخ الفقه الإسلامى - د/ بدران أبو العنين- ط. النهضة العربية.
- ١٢١- الفتاوى الإسلامية الصادرة عن دار الإفتاء المصرية- المجلد الخامس ط. ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م.
- ١٢٢- الملكية ونظرية العقد للشيخ محمد أبو زهره ط. دار الفكر العربى.
- ١٢٣- **موانع الرجوع في الهبة - د/ مصباح المتولى حماد - بحث منشور بـمجلة الشريعة والتعاون بالقاهرة ١٤١٠-١٩٩٠**
- ١٢٣- الموسوعة الفقهية الصادرة من وزارة الأوقاف والشنون الإسلامية ط. مطابع دار الصفوة للطباعة والنشر ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م.
- ١٢٤- الوسيط فى أحكام التركات والمواريث- د/ زكريا البرى- الناشر دار النهضة الحديثة.
- ١٢٥- الهبة والوصية وتصرفات المريض للشيخ أحمد إبراهيم ط. العلوم ١٣٥٨ هـ - ١٩٣٩ م.

ثامنا : الرسائل العلمية

- ١٢٦- إنقضاء العقد بالإلغاء والرجوع فى القانون المدنى دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية- د/ إسماعيل عبد النبى شاهين ط. ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م.
- ١٢٧- التصرف القانونى المجرد- د/ محمد أبو عافيه ط. جامعة فواد الأول ١٩٤٧ م.

(ب) فهرس المراجع القانونية

- ١- أحكام الحوال الشخصية- د/ محمد يوسف ط. دار الكتاب العربى.
- ٢- اصول قانون العمل- د/ حسن كيره ط. ثانياة ١٩٦٩م.
- ٣- التعليق على نصوص القانون المدنى المعدل م/ أنور العمروسى ١٩٧٩م.
- ٤- التقنين المدنى الجديد- د/ محمد عرفه ط. السعادة ١٩٤٩م.
- ٥- التقنين المدنى فى ضوء القضاء والفقہ- م/ محمد كمال عبد العزيز ط. مكتبة القاهرة الحديثة.
- ٦- دروس فى العقود المدنية- د/ أكتّم أمين الخولى ط. دار الكتاب العربى.
- ٧- شرح قانون العمل- د/ حسام الدين كامل الأهوانى ط. ١٩٨١.
- ٨- شرح قانون العمل د/ عبد الودود يحيى- ط دار الفكر.
- ٩- شرح قانون العمل د/ على العريف ط. مخيمر ١٩٦٣.
- ١٠- شرح قانون العمل والتأمينات الاجتماعية- د/ محمد على عمران- ط. دار النهضة العربية ١٩٧٠م.
- ١١- شرح القانون المدنى الجديد (العقود المسماة) د/ محمد كامل مرسى ط. دار لبيبا العربى.
- ١٢- عقد البيع- د/ سليمان مرقس- ط. ١٩٦٨.
- ١٣- عقد الهبة بين الفقہ الإسلامى والقانون المدنى- د/ جمال الدين طه العاقل- ط. الهدى ١٣٩٨ هـ - ١٩٧٨م
- ١٤- العقود المدنية - د/ أكتّم أمين الخولى- ط. النهضة مصر ١٩٥٧.
- ١٥- العقود المسماة (شرح عقدى البيع والمقايضة) د/ أنور سلطان ط. دار نشر الثقافة ١٩٥١.
- ١٦- العقود المسماة- د/ محمود جمال الدين زكى ط. دار الفكر.

- ١٧- قانون العمل-د/ محمود جمال الدين زكى ط. ١٩٨٣.
- ١٨- القانون المدنى معلقاً على نصوصه بالأعمال التحضيرية، وأحكام القضاء، وآراء الفقهاء- د/ أحمد محمد إبراهيم ط. دار الفكر.
- ١٩- القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى خمس سنوات من يناير ١٩٦١ حتى يناير ١٩٦٦- د/ أحمد سمير أبو شادى ط. دار الكتاب العربى.
- ٢٠- القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى خمس سنوات ١٩٨٠ حتى ١٩٨٥- م/ نبيل البناوى ط ١٩٨٩.
- ٢١- مجموعة أحكام النقض المدنى -المكتب الفنى -ط. دار القضاء العالى.
- ٢٢- مجموعة الأعمال التحضيرية ط. مذكور بالقاهرة.
- ٢٣- محاضرات فى النظرية العامة للحق -د/ شفيق شحاته ط. ١٩٨٤.
- ٢٤- مدونة الفقه والقضاء فى قانون العمل الجديد - م/ محمد عزمى البكرى ط. المكتبة القانونية ١٩٨٥.
- ٢٥- مصادر الإلتزام -د/ عبد المنعم فرج الصدة - ط. ١٩٦٠.
- ٢٦- نظرية الإلتزام فى القانون المدنى الجديد -د/ أحمد حشمت أبو ستيت ط. مصر ١٩٥٤.
- ٢٧- نظرية الحق -د/ عبد المنعم فرج الصدة -١٩٤٩.
- ٢٨- النظرية العامة للإلتزام -د/ جميل الشرقاوى ط. النهضة العربية ١٩٧٦.
- ٢٩- الوجيز فى النظرية العامة للإلتزامات فى القانون المدنى المصرى -د/ محمود جمال الدين زكى- ط. ١٩٧٨.
- ٣٠- الوسيط فى شرح القانون المدنى -د/ عبد الرازق السنهورى ط. دار إحياء التراث العربى.
- ٣١- الوسيط فى قانون العمل - د/ فتمى عبد الصبور - ط. ١٩٦٧.
- ٣٢- الوسيط فى القانون المدنى -م/ أنور طلحة- ط. ١٩٩٣.

ج- فهرس الموضوعات

رقم الصفحة	الموضوع
١	الإهداء
٢	شكر وتقدير
	المقدمة: وتشتمل على
٤	أ- سبب اختيار الموضوع
٤	ب- منهج البحث في الموضوع
٨	التمهيد: ويشتمل على بيان لكل من لفظي المانع والرجوع
٨	أولاً : المانع
٨	تعريف المانع وأقسامه
٩	ثانياً : الرجوع
١٠	الألفاظ ذات الصلة بلفظ الرجوع
١٠	(أ) الفسخ
١١	(ب) النقض
١١	(ج) الرد
١٢	(د) الإبطال
	﴿الباب الأول﴾
١٣	﴿التعريف بعقد الهبة وأحكام الرجوع فيه﴾
	وفيه فصلان
١٤	<u>الفصل الأول : التعريف بعقد الهبة</u>
	وفيه مباحث
١٥	<u>المبحث الأول : تعريف عقد الهبة</u>
١٥	أولاً : تعريف الهبة عند الحنفية

رقم الصفحة	الموضوع
١٧	ثانياً : تعريف الهبة عند المالكية
١٨	ثالثاً : تعريف الهبة عند الشافعية
١٨	رابعاً: تعريف الهبة عند الحنابلة
١٩	خامساً : تعريف الهبة عند الإمامية
١٩	سادساً : تعريف الهبة عند الزيدية
٢٠	سابعاً : تعريف الهبة عند الإباضية
٢٠	ثامناً : تعريف الهبة فى القانون المدنى المصرى
٢٢	بيان الراجح من هذه التعريفات ، وأسباب ترجيحه
٢٤	المبحث الثانى : مشروعية الهبة والتمييز بينها وبين العقود التى تشبهها
	وفيه مطلبان
٢٤	المطلب الأول : مشروعية الهبة
٢٤	أ- أدلة مشروعية الهبة
٢٦	ب- حكمة مشروعية الهبة
٢٧	المطلب الثانى : التمييز بين الهبة وبين ما يشبهها من العقود
٢٧	أولاً : الفرق بين الهبة والإباحة
٢٨	ثانياً : الفرق بين الهبة والوصية
٢٩	ثالثاً : الفرق بين الهبة والعارية

رقم الصفحة	الموضوع
٣١	رابعاً : الفرق بين الهبة والوقف
٣٣	<u>المبحث الثالث : أنواع الهبة</u>
٣٣	أولاً : العطية
٣٥	ثانياً : الصدقة
٣٩	ثالثاً : الهدية
٤٠	رابعاً : العمرى
٤٣	خامساً : الرقبى
٤٦	سادساً : المنحة
٤٨	سابعاً : النقوط
٥٠	ثامناً : الشبكة
٥١	تاسعاً : الوهبة
	<u>المبحث الرابع : أركان الهبة</u>
٥٦	أولاً : الصيغة (الإيجاب والقبول)
٥٦	هل تتعقد الهبة بالإيجاب وحده، أم بالإيجاب والقبول معاً؟ آراء الفقهاء فى ذلك
٦٠	حقيقة التراضى فى القانون المدنى المصرى
٦٠	(أ) الشروط الموضوعية

رقم الصفحة	الموضوع
٦٠	(ب) الشروط الشكلية
٦١	١- شكل الهبة فى العقار
٦٢	٢- شكل الهبة فى المنقول
٦٢	جزاء الاخلال بشكل الهبة
٦٣	الاستثناء من وجوب الشكلية فى الهبة
٦٣	(أ) الهبة غير المباشرة
٦٤	(ب) الهبة المستترة
٦٥	شروط الصيغة
٦٦	ثانياً : العاقدان (الواهب والموهوب له)
٦٦	أولاً : شروط الواهب
٧٢	ثانياً : شروط الموهوب له
٧٢	ثالثاً : المحل
٧٢	أولاً : الشئ الموهوب
٧٣	شروط الشئ الموهوب
٧٨	ثانياً : العوض
٧٩	ركن السبب فى القانون المدنى المصرى

رقم الصفحة	الموضوع
٨٠	<u>الفصل الثانى : أحكام الرجوع فى الهبة</u> وفيه ثلاثة مباحث
٨١	<u>المبحث الأول : حكم الرجوع فى الهبة</u> وفيه مطلبان
٨١	<u>المطلب الأول : حكم الرجوع فى الهبة قبل القبض</u>
٨٥	<u>المطلب الثانى : حكم الرجوع فى الهبة بعد القبض</u>
٩١	رجوع الأم فيما وهبت لولدها
٩٢	رجوع الجد والجدة فيما وهبا لولد الولد
٩٨	<u>المبحث الثانى : كيفية الرجوع فى الهبة</u>
٩٨	(أ) الرجوع بالتراضى
٩٩	(ب) الرجوع بالتقاضى
١٠٣	<u>المبحث الثالث : آثار الرجوع فى الهبة</u> وفيه مطلبان
١٠٤	<u>المطلب الأول : آثار الرجوع فى الهبة بالنسبة للمتعاقدين</u> وفيه أربعة فروع
١٠٦	<u>الفرع الأول : رد العين الموهوبة إلى قديم ملك الواهب</u>
١٠٧	<u>الفرع الثانى : التزام الموهوب له برد الموهوب إلى الواهب</u>
١٠٨	<u>الفرع الثالث : رجوع الواهب بالثمار</u>
١١٣	<u>الفرع الرابع : رجوع الموهوب له بالمصروفات</u>

رقم الصفحة	الموضوع
١١٥	<u>المطلب الثاني</u> : آثار الرجوع فى الهبة بالنسبة للغير
١١٥	(أ) تلقى الغير للشيء الموهوب بتصرف نهائى
١١٦	(ب) تلقى الغير للشيء الموهوب بتصرف غير نهائى
١٢٠	﴿الباب الثانى﴾
	﴿موانع الرجوع فى الهبة﴾
	<u>وفيه أربعة فصول</u>
١٢٥	<u>الفصل الأول : مانع العوض</u>
	<u>وفيه مبحثان</u>
١٢٦	<u>المبحث الأول : العوض المالى</u>
١٢٧	<u>أولاً : أحكام العوض المتأخر</u>
١٢٧	(أ) تكييف العوض المتأخر
١٢٧	(ب) شروط العوض المتأخر
١٣٤	<u>ثانياً : أحكام العوض المشروط فى العقد</u>
١٣٤	طبيعة العوض المشروط فى العقد
١٣٧	<u>المبحث الثانى : العوض غير المالى</u>
	فيه ثلاثة مطالب

رقم الصفحة	الموضوع
١٣٨	<u>المطلب الأول</u> : قرابة الرحم
١٤٠	ضابط القرابة المانعة من الرجوع
١٤٥	<u>المطلب الثاني</u> : الصدقة
١٤٥	أقوال الفقهاء فى حكم الرجوع فى الصدقة
١٥١	<u>المطلب الثالث</u> : الزوجية
	وفيه فرعان
١٥٣	<u>الفرع الأول</u> : الهبة قبل انعقاد الزوجية
١٥٣	<u>أولاً</u> : الهبة المطلقة
١٥٣	<u>ثانياً</u> : الهبة المشروطة بالزواج
١٥٧	<u>الفرع الثانى</u> : الهبة بعد انعقاد الزوجية
١٥٧	آراء الفقهاء فى اعتبار الزوجية مانع أو عدم اعتبارها
١٦١	<u>الفصل الثانى : مانع زيادة الموهوب</u>
	وفيه مطلبان
١٦٢	<u>المطلب الأول</u> : حكم الرجوع مع الزيادة المتصلة
١٦٢	<u>أولاً</u> : الزيادة المتصلة الحسية
١٦٦	<u>ثانياً</u> : الزيادة المتصلة المعنوية
١٦٩	تغير قيمة الموهوب بسبب حوالة الأسواق

رقم الصفحة	الموضوع
١٧٠	تغير قيمة الموهوب بسبب نقله
١٧١	زوال الزيادة المتصلة
١٧٢	نقصان العين الموهوبة
١٧٤	ضمان النقص في العين الموهوبة
١٧٦	<u>المطلب الثاني</u> : حكم الرجوع مع الزيادة المنفصلة
١٨٠	<u>الفصل الثالث : مانع الخروج عن الملك</u>
	<u>وفيه ثلاثة مباحث</u>
١٨١	<u>المبحث الأول</u> : هلاك الموهوب
١٨٢	حكم رجوع الواهب مع هلاك الموهوب أو استهلاكه
١٨٦	<u>المبحث الثاني</u> : تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب
١٨٨	شروط التصرف المانع من الرجوع
١٨٨	<u>الشرط الأول</u> : أن يكون تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفاً يزيل الملك
١٨٩	<u>الشرط الثاني</u> : بقاء الموهوب في سلطنة المتهب
١٨٩	(أ) رهن العين الموهوب
١٨٩	(ب) إجازة العين الموهوبة
١٨٩	(ج) الحجر على الموهوب له

رقم الصفحة	الموضوع
١٩٠	(د) الرجوع فى الموهوب المبيع أثناء مدة الخيار.
١٩٠	<u>الشرط الثالث</u> : أن يكون تصرف الموهوب له فى الشئ الموهوب تصرفاً نهائياً
١٩٢	<u>الشرط الرابع</u> : أن يكون تصرف الموهوب له فى جميع الموهوب
١٩٣	<u>الشرط الخامس</u> : أن يكون الخروج عن ملك الموهوب له خروجاً من كل وجه.
١٩٥	<u>المبحث الثالث</u> : موت أحد المتعاقدين
١٩٥	(أ) موت الواهب أو الموهوب له قبل القبض
١٩٨	(ب) موت الواهب أو الموهوب له بعد القبض
٢٠١	<u>الفصل الرابع</u> : مانع تعلق الهبة بحقوق الغير
	<u>وفيه مبحثان</u>
٢٠٢	<u>المبحث الأول</u> : نكاح أو مداينة الموهوب له
٢٠٢	شروط تحقق هذا المانع عند الملكية
٢٠٣	ما يراه الحنابلة بشأن هذا المانع
٢٠٤	زوال هذا المانع
٢٠٥	<u>المبحث الثانى</u> : المرض المخوف لأحد المتعاقدين
٢٠٥	زوال هذا المانع

رقم الصفحة	الموضوع
٢٠٧	الخاتمة : وتشتمل على أهم نتائج البحث
٢٠٩	الفهارس : وتشتمل على
٢١٠	(أ) فهرس المراجع الشرعية واللغوية
٢٢١	(ب) فهرس المراجع القانونية
٢٢٣	(ج) فهرس الموضوعات