International Islamic Univ. المكتبة LIBRARY Islamabad الجامعة الإسلامية العالمية إسلام آباد

بسم الله الرحمن الرحيم

الجامعة الإسلامية العالمية

DATA ENTERED

إسلام آباد / باكستان

كلية الشريعة والقانون.

T-205

موضوع الرسالة : عقد الصبغة في الشريعة والقانون الوضعي الباكستاني.

لنيل شهادة الماجستير (الشريعة)

الأستاذ المشرف : فضيلة الدكتور: محمد شرف الدين خطاب.

الطالب المقدم : سليم خان الباكستاني

التاريخ : ١٩٨٨-٨٩م

LL.M
٢٩٧٤١٤
خ ١ ٤
١- فقه اسلامي - الهبه
٢- عنوان

19/07/2010

DATA ENTERED

T- 205

ED

DATA ENTERED

15/01/14

لجنة الامتحان

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله العزيز الغفار الملك الوهاب الذى منّ على النّاس فارسل الشرع و انزل الكتاب والصلاة والسلام على رسوله المؤيد بفصل الخطاب وعلى اله و اصحابه الذين تعلموا عنه فاودع قلوبهم علوم الكتاب .

وبعد فان الله سبحانه و تعالى خلق الكون وخلّف الانسان فاكرمه وانزل الشريعة نظاما له وللكون فنعّمه وكما ان الانسان حيوان ولكن متمدن يحتاج كل واحد الى اخر فى اكثر اوان حياته وبما انه حيوان يغضب فيصول ويدفع عن نفسه وماله بما يمكن ولكن مع كل ذلك امر الشرع بالترابط والاخاء فيما بينهم لاسيما المسلمون فيما بينهم حيث الف بين قلوب المتعادين منهم بارسال الرسول انزال الشريعة فاصبحوا بنعمته اخوانا . وامرهم ان يحسنوا فيما بينهم كما ان الله سبحانه و تعالى احسن الى الكل فليحسنوا كما احسن الله اليهم والله سبحانه وتعالى يحب المحسنين .

فكل انسان اذا ما ينفع اخر ويحسن اليه يكون اتقى انسان اذا كان مومنا وقد قال سبحانه و تعالى ان اكرمكم عند الله اتقاكم .

وكذا وصف الله سبحانه وتعالى نفسه وسماه باسم الوهـــاب حيث يعطى الى كل بدون اى عوض وغرض وامر الرسول صلى الله عليه وسلم المسلمين فقال تخلقوا باخلاق الله والهبة والصدقة من اوصـــــاف هذا القبيل .

وكما ان الهبة فعل من افعال الانسان المكلف يفعله الانسان كل الانسان فى الجملة مقرا كان او منكرا بجبلته الانسانية الـــــتى تورث الانس والالفة والمودة والترابط والاحسان الى اخر وخاصة الشريعـــة الانسانية جعلها من اعلى اوصاف المسلم فانها تورث السخاء وتوجب الاخاء وتزيل العنـــــاء .

وانى اخترت لرسالتى هذه موضوع **"عقد الهبة فى الشريعة والقانون الوضعى"** كموضوع فقهى حيث لم يتعرض اليه احد من طلاب الدراسات العليا بالجامعة مقارنة وان كانت توجد فى كل انواع القوانين بوصف خاص ورسم خاص وحيث ان الناس فى هذا الزمان الزمن المادى يغرّ عـــــن مجال الاحسان وينساه فاردت ان انبّه الغافل وان اوقظ النائم موضحـــا له الهبة وصفته الشرعية ووصفها القانونية فها انا ذا اكتب وبالله التوفيـــق .

موضوع الرسالـــه : عقد الهبة فى الشريعة والقانون

مقـــد مـــــــه

خـطـة الرسالـــة .

التمهيـــد :

اولا : (ا) - تعـريف الهبـــة لغـة

(ب) - تعـريف الهبة اصطـــلاحا .

(ج) - مقارنة بين الشريعة والقانون .

ثانيا : مشروعية الهبة .

الفصل الاول : خصائص الهبة والفرق بينها وبين العقود الاخرى .

المبحث - خصائص الهبـة والفرق بينها وبين العقود الاخرى

اولا :- الهبة والمـــيراث

ثانيا :- الهبة والعاريـــة

ثالثا :- الهبة والوصيـــة

الفصل الثانى : اركان الهبة وشروطها .

المبحث الاول : الواهب وشروطـــه

المبحث الثانى : الموهوب له وشروطه

المبحث الثالث : الموهوب وشروطـــه

المبحث الرابع : صيغة الهبة وشروطها .

مقارنة بين الشريعة والقانون الوضعى .

الفصل الثالث : هبة المشاع وبيان شرط العوض وحكم الهبة .

المبحث الاول : هبة المشـــاع

المبحث الثاني : هبة العـــوض

المبحث الثالث : حكم الهبـــة

مقارنة بين الشريعة والقانون والوضعى .

الفصل الرابـــع : هبـة المريض وهـو عيب من عيوب الاهلية .

المبحث الاول : هبـة المريض باالثلث او د ونـــه .

المبحث الثانى : هبة المريض فيما فوق الثلث .

مقارنة بين الشريعـة والقانون الوضعـى .

الفصل الخامس : الرجوع فى الهبة وموانع الرجوع منهـا .

المبحث الاول : موانع ترجع الى الواهب .

المبحث الثانى : موانع ترجع الى الموهوب له .

المبحث الثالث : موانع ترجع الى الشئى الموهوب .

مقارنة بين الشريعـة والقانون الوضعـى .

نتائـــج الرســـالة .

خلاصـــه الرسالة :

أريد ان ألخّص الرسالة لكى يكون تيسرا للقارى الذى ليس لديه وقتا كافيا لقراءته كله . ففى التالى أقدم خلاصة الرسالة لكى يسهل علـــى القارى من خلال قراءتها الوصول الى جوهر الرسالة و التعرف على ما يحتـــوى عليه هذه الرسالة مع توفير وقتـــه .

فيمكن أن أقول :

ان رسالتى هذه ينقسم الى تمهيد وخمسة فصول ونتائج الرسالـــة فالتمهيد منقسم الى جزئين : -

أولا : تعرضت الى تعريف العقد بالصفة العامة وتعريف الهبـــة لغةً واصطلاحاً ومقارنة بين الشريعة والقانون . وجمعت فيه بالتفصيل أراء العلماء والقانونيين المختلفة الواردة فى هذا الصدد بحيث تتضح أمام القارئ وجهـــة نظر كل مدرسة من مدارس الفقة والقانون الوضعى الباكستانى .

ثانيا : ناقشت قضية مشروعية الهبة فى ضوء الكتاب والسنة والاجماع وجمعت فيه النصوص الواردة فى القران الكريم والاحاديث النبوية التى تـــدل على مشروعية الهبة فى الاسلام .

وبعد التمهيد وضـــعت الفصل الاول فى خصائص الهبة والفـــرق بينها وبين العقود الاخرى . فأوردت فيها الخصائص التى تمتاز بهـــا الهبة عن أمثالها ونظائرها . وبهذا يتضح الفرق بينها وبين العقود الاخرى

مثل الميراث والعاريـــة والوصيـــة . هذه العقود لاتشارك الهبة في جميع هذه الخصائص .

والفصل الثاني :

من هذه الرسالة يتناول بالبحث ، " أركان الهبة وشروطها " وينقسم الى أربعة مباحث ، هذا الفصل يتناول أراء العلماء المختلفـــة في تحديد أركان الهبة وشروطها .

المبحث الاول :- الواهب وشروطه

المبحث الثاني : الموهوب له وشروطه

المبحث الثالث : الموهوب وشروطـــه

المبحث الرابع : صيغة الهبة وشروطها .

والمقارنة بين الشريعة والقانون .

فهذا الفصل يتناول بالتفصيل جميع هذه الشروط ويتعرض الى الخلافات بين الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة في هذا الصدد والادلة التـــي تعزز موقف كل فريق . وفي نهاية هذا الفصل هناك مقارنة بين الشريعـــــة والقانون الباكستاني . ونجد ان القانون الوضعي الباكستاني يوافـــــق الشريعـــــة .

والفصل الثالث : من هذه الرسالة يتعلق بهبة المشاع وبيان شرط العوض وحكم الهبة . ومقارنة بين الشريعة والقانون " ينقسم هذا الفصل الى ثلاثة مباحث .

المبحث الاول : في بيان هبة المشاع والمراد بالمشاع شئى غير مُقسم وناقشت في هذا المبحث الخلاف الواقع بين الحنفية والشافعية في هذه القضية وذكرت دلائل كل فريق منهم . وفي نهاية هذا المبحث هناك مقارنة بين الشريعة والقانون ونجد ان القانون الوضعي الباكستاني يوافق الشريعة في هذا الصدد .

والمبحث الثاني : في بيان هبة العوض الى جواز الهبة في مقابلة عوض مالي مع ذكر شروطها عند الفقهاء . وهنا ناقشت الخلاف الناشئ من اشتراط ذكر العوض عند عقد هبة العوض بين مدارس الفقه المختلفة : الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة : وأيضا يشمل هذا المبحث على المقارنة بين القانون الوضعي والمذاهب المختلفة في هذه المسالة .

والمبحث الثالث : في بيان حكم الهبة وهوثبوت الملك للموهوب له في الموهوب من غير عوض . وأيضا تعرضت لمسئلة الخلاف في رجوع الواهب الى الموهوب بين المذاهب المختلفة مع ذكر الدلائل التي جاء بها كل فريق لتعزيز موقفه .

والفصل الرابع : في بيان هبة المريض وهذا الفصل مقسّم الى مبحثين : المبحث الاول : في بيان هبة المريض بالثلث أو دونه وناقشت

فى هذا المبحث قضية هبة المريض بالثلث أود ونه وستجلت موقف كل مذ هب فى هذا الصدد اذا القبض شرط عند الحنفية فى هبة المريض وبد ون القبض لا يجوز عند هم . بينما تقول المالكية بأنها نافذه من الثلث مطلقا مثل الوصية وأما الحنابلة فيقولون ان المريض فير مرض الموت او مرضا فير مخوف فعطاياه كعطايا الصحيح تصح جميع ماله وذكرت د لائل كل فريق .

والمبحث الثانى : فى هبة المريض فيما فوق الثلث . وناقشت فيه المسائل المتفرقة المتعلقة بهبة المريض فيما فوق الثلث . فى اخر الفصل ذكرت موقف قانون الوضعى الباكستانى فى هبة المريض فى مرض موته ونجد ان القانون الوضعى يوافق الشريعة فى هذا الصدد .

والفصل الخامس : فى الرجوع فى الهبة وموانع الرجوع منها وينقسم هذا الفصل الى ثلاثة مباحث .

المبحث الاول : فى موانع ترجع الى الواهب : ناقشت فى هذا المبحث الموانع التى ترجع الى الواهب . فان الرجوع فى الهبة جائز عند الحنفية ولا يجوز عند المالكية والشافعية والحنابلة . وموانع الرجوع عند الحنفية هى : موت الواهب او الموهوب له بعد القبض ، ولزوجية ، والقرابة أما المالكية والشافعية والحنابلة فهم يمنعون الرجوع الا بالشروط [illegible] .

والمبحث الثانى : فى موانع ترجع الى الموهوب له ومنها " العوض " وقد ذكرت بالتفصيل اراء المدارس الفقهية المختلفة مع بيان جميع الشـــروط والصور التى يجوز فيها الرجوع . وايضا شرحت هنا أنواع العوض شرحـــا مبسطا .

والمبحث الثالث : فى موانع ترجع الى الموهوب : وهى ،

١- الزيادة المتصلة فى الموهوب بفعل الموهوب له أو بفعل غيره

٢- خروج الموهوب عن ملك الموهوب له .

٣- هلاك الموهوب أو استهلاكـــه .

وفى اخر هذا الفصل هناك مقارنة بين الشريعة والقانون ونجد ان القانون الوضعى الباكستانى يوافق الشريعة فى هذا الصدد .

وبالله التوفيق .

التمهيـــــد :

بسم الله الرحمن الرحيم

العقد لصفة العام :

العقد لغة : " يطلق ويراد به الربط بين اطراف الشئ ، يقال عقد الحبل ، كما يطلق ويراد به الضمان والعهد . (١)

وقال فى لسان العرب : وهو الى العقد نقيض الحل ومنه عقدة النكاح وعقد العهد واليمين : اكدهما ، وقال ابو زيد فى قوله تعالى (والذيـــن عقدت ايمانكم وعاقدت ايمانكم)" وقرئ بالتشديد معناه التوكيد والتغليظ ، وعقدت الحبل والبيع والعهد فالعقد ويقال عهدت الى فلان فى كذا وكذا فتاويله الزمته ذلك باشتياق ، وقوله تعالى : " يايها الذين امنوا اوفوا بالعقود ، قال الزجاج : خاطب الله سبحنه وتعالى المؤمنين بالوفا بالعقود التى عقدها الله عليهم والعقود التى يعقدها بعضهم على بعض على مايوجب الدين (٢)

العقد شرعا : الفقهاء أطلقوا لفظ العقد على معنين :

احدهما المعنى العام وهو الالتزام مطلقا من جانبين كان او من جانب واحـــد وثانيهما المعنى الخاص : وهو ان يكون فيه التزام من جانبين وعرفوه بانه " تعلق كلام احد العاقدين بالآخر شرعا على وجه يظهر اثره فى المحل (٣) وعرف الجصّاص العقد انه : "ما يعقده العاقد على امر يفعله هو او يعقد على غيره على وجه الزامه اياه "

والمراد حينئذ عند ابى بكر الرازى الجصاص ان العقد يتناول ماكان منتظرا مراعى فى المستقبل سواء كان التزاما من جانب واحد ومن جانبين فكأنـــه عرف العقد بكلا المعنيين العام والخاص . وعند القانونيين العقد :" هواتفاق اثنين على أمر يلزمان به قانونا " (٥)

١- القاموس المحيط : ١/ ٣١٥ ، ٣١٦ ٢- لسان العرب ٣/ ٢٩٦ ، ٢٩٧

٣- العناية : ٥/ ٧٤ ٤- تفسيراحكام القرآن : ٢/ ٢٩٤

٥- THE CONTRACT ACT, 1872, SEC 2 (h)

بسم الله الرحمن الرحيم

اولاً : تعريف الهبة و مشروعيتها و خصائصها

تعريف الهبة لغة و اصطـــلاحا .

تعريف الهبة لغة : ـ الهبة مصدر من وهب يهب والامر هب معناه فى اللغة الشرع اعطاء الشئ الاخر بدون عوض الهبة " العطية الخاليه عن الاعواض والاعراض " فـاذا كثرت سمى صاحبها وهابا ود ومن ابنيه المبالغة غيره : الوهاب من صفات اللـــه، المنعم على العباد ، والله تعالى الوهاب الواهب وكل ما وهب لك من ولد وغيـــره فهو موهوب ـ والوهوب : الرجل الكثير الهبات .(١)

والاسم الموهب والموهبة بكسر الهاء فيهما ـ والموهبة : الهبة وجمعها مواهب و واهبة ، فوهبه يهبه ويهبه : كان اكثر هبة منه والموهبة : العطية ويقال للشئ اذا كان معدا عند الرجل ، مثل الطعام : هو موهب ، بفتح الهاء واصبح فلان موهبـــا بكسر الهاء ، اى معدا قادرا . (٢)

هى لغة : التفضل على الغير ولوغير مال ، (٣)

الهبة لغة : وهب له الشئ يهبه وهبا ووهبا ، وهبة : اعطاه اياه بلا عوض الهبة : العطية الخاليه من الاعواض والاغراض (٤) وفي المختار من صحاح اللغة : محمد محي الدين عبد الحميد ومحمد اللطيف السبكي .

وهب ـ وهب له شيئا يهب وهبا بوزن وضع يضع وضعا ـ ووهبا ايضا بفتح الهـــــاء

١ـ لسان العرب لامام العلامه ابى الفضل جـ ١ ص ٨٠٣
معجم الوسيط جـ ٢ ص ١٠٥٦ الطبعة الثانيه تاج العروس للزبيدى جـ ١ ص ٥٠٧، ٥٠٨

٢ـ لسان العرب جـ ١ ص ٨٠٣
معجم الوسيط جـ ٢ ص ١٠٥٩ الطبعة الثانية

٣ـ المختار من صحاح اللغة تأليف محمد فى الدين عبد الحميد ومحمد عبد اللطيف السبكى : ص/٥٨٤

وهبة – بكسر الهاء والاسم : الموهب ، والموهب ، والموهبة بكسر الهـــاء فيهما والاتـــهاب : قبول الهبة والاستيهاب : سئوال الهبة ،

وهب زيدا مطلقا بوزن دع : المعني : احسنت ولا يستعمل منه ماض ولا مستقبـــل ورجل وهاب ، ووهابة : كثيرا لهبة : والها للمبالغة (١)

وفي تاج العروس (٢) وهبه له كودعه يهبه وهبا بالسكون ووهبا بالتحريك وهبة كعـدة . ممعين في امثاله ولا تقل انها اللغوى وفى الحكم وتهذيب الافعال وغيرهما ولا يقـــال وهبكه متعديا الى مفعولين وهذا قول سيبويه .

وعن اعرابي : وهو واهب ووهاب ووهوب ومن اسمائه تعالى الوهاب وهو المنعـــم على العباد وهو فى صفة الله يدل على البذل الشامل والعطاء الدائـــم بلا تكلف ولا غرض ولاعوض ، ووهابه ، والاسم الموهوب والموهبة بكسر الهاء والتهبـــه قبله ، وواهبة يهبه كيدعه ويرثه ، والموهبة ، بفتح الهاء ، العطية

تعريف الهبة اصطـــلاحا :

عند الفقهاء لها تعريفات كثيرة :

عند الاحناف : – "الهبة تمليك العين بلا شرط العوض فى الحال" وقال صاحـــب حاشية قرة عيون الاخيار الهبة : " تمليك العين مجانا [٣] اى بلا عوض لان عـــدم العوض شرط فيه واما تمليك الدين من غير من عليه الدين فان امره بقبضه صحت لرجوعهـا الى هبة العين ، (الهبة تمليك العين بلا عوض " .

معنى ذلك ان الشخص الذى يملك عينا ملكا صحيحا له ان يملكها غيره من غير ان يتوقـف ذلك التمليك على عوض يأخذه صاحب العين من الموهوب له وهذا لا ينافي للمالك

---

١ – المختار من صحاح اللغة تاليف محمد محي الدين عبد الحميد ومحمد عبد اللطيف السبكي ص ٥٨٤

٢ – تاج العروس لمحمد الزبيدى ج ١ ص ٥٠٧ ، ٥٠٨

٣ – حاشية قرة عيون الاخيار : ٨/٤٢٠ ، تكملة فتح القدير : ٧/١١٣ ، حاشية ابن عابدين : ٤/٥٣٠

ان يهب تلك العين بشرط ان ياخذ عوضا وهى الهبة بشرط العوض لان الغرض نفى كون العوض مشروطا فى صحة الهبة اما كونها قد لا يفعلها المالك الا بشرط العوض فذلك جائز كما اذا قال له وهبتك هذه الدار بشرط ان تعطيني مائة روبية فقوله تمليك جنس يشمل البيع والهبة وغيرهما وقوله العين مفصل يخرج تمليك المنافع من اجارة وعارية ونحوهما ولكنه يخرج هبة الدين لغير المدين لان الدين لا يسمى عيناً .

وقوله بلا شرط العوض ، قيد اخرج البيع ونحوه مما يشترط فيه العوض ، ولكن تدخل فيه الصدقة لانها تمليك العين بلا عوض .

واجاب بعضهم بان التعريف هنا تعريف بالاعم وهو جائز فى مثل هذه التعاريف وقد يقال إن الصدقة ملاحظ فيها وجه الله تعالى فقط .

اما الهبة فقيلا حظ فيها خاطر الموهوب له سواء كان ذلك مع ملاحظة وجه الله اولا كما يقوله المالكيه فاذا لوحظ ذلك فى التعريف يكون حسنا .

وقوله : فى الحال ، قيد يخرج الوصية لانها تمليك بلا عوض فى المستقبل .

عند الشافعية : **الهبة :**

" تمليك عين لاخر بلا عوض حالة الحيوة (١) (هى تخرج فيه الوصية)

عند الشافعية الهبة تطلق على معنيين :

احدهما : عام يتناول الهدية والهبة والصدقة

ثانيهما : خاص بالهبة ويقال لها الهبة ذات الاركان

فالمعنى العام تمليك تطوع حال الحياة فالتمليك خرج عنه ماليس فيه تمليك كالعارية

١ـ مغني المحتاج لشيخ محمد الشربيني الخطيب ج ٣ ص ٣٩٦ ، نهاية المحتاج لابن شهاب الرملي : ٥/

- الاقناع : ٢/ ٣١ المهذب : ١/ ٤٤٦

والضيافة والوقف لانها اباحة وخرج بالتطوع التمليك القهرى كالحاصل بالبيع هل الزكاة و النذر والكفارة كالبيع يقع فيها التمليك قهرا اوهي لا تمليك فيها بل هى من قبيل وفاء الدين ؟ ان المستحقين في هذه الاشياء يتقرر ملكهم قبل ان تدفع اليهم .

فالمتطوع بتمليك ماله من غير عوض حال الحياة يقال له متصدق و مهدى وموهب اما المعنى الخاص فهو مقصور على الهبة وهو تمليك تطوع في حياة لا لاكرام ولا ثواب لاجل او احتياج بايجاب وقبول .

من هذا نعلم ان الصدقة هى تمليك تطوع حال الحياة لاجل الثواب او الاحتياج ، وهذا المعنى يسمى هبة ، والهدية هى تمليك تطوع كذلك لقصد الاكرام وهذا المعنى يسمى هبة ايضا فكل صدقة هبة ، وكل هدية هبة .

اما الهبة بالمعنى الخاص فلا تسمى صدقة ولا هدية فاذا حلف لا يتصدق او لا يهدى ثم وهب بالمعنى الاخص فانه لا يحنث اما اذا حلف لا يهب ثم تصدق او اهدى فانه يحنث .

ويمكن اجتماع الثلاثة فيما اذا اعطى له شيئا اكراما وقصد ثواب الاخرة واتى بايجاب وقبول فهذا يقال له هبة وصدقة وهدية وتنفرد الهبة فيما اذا لم يقصد الثواب أوالاكرام وياتي بالايجاب والقبول . اما الصدقة و الهدية فانهما لا ينفردان لان الاعطاء مع الاكرام يسمى هدية وهبة وكذلك الاعطاء مع قصد الثواب .

عند المالكية :

الهبة تمليك بلا عوض " (١)

---

١ ــ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لدسوقي جـ ٤ ص ٩٧

ومعنى ذلك تمليك ذات واما تمليك المنفعة فاما وقف واما عارية ان قيد بزمن ولو عرفا واما عمرى ان قيد بحياة المعطي بالفتح في دار ونحوها ويدل على المراد وخرج بقوله بلا عوض هبة الثواب فالتعريف لهبة غير الثواب وتسمى هديه وفي كلامه حذف تقديره لوجه المعطي بالفتح يدل عليه والتمليك لثواب الاخرة صدقة سواء قصد المعطي ايضا لم لا ولو قال تمليك ذات بلا عوض لوجه المعطي فقط هبة ولثواب الاخرة صدقة كانا بين لان كلامه يوهم ان الهبة مقسم وليس كذلك وانما هي قسم من التمليك او الاعطاء والحاصل ان التمليك كالجنس لهما ويفترقان بالقصد والنيه وتدخل الزكاة في تعريف الصدقة لان الصدقة تشمل الواجبة والمندوبة وان كان المقصود هنا الثاني لتقدم الواجبة .

عند الحنابلة :

" الهبة تمليك جائز التصرف مالاً معلوماً او مجهولاً تعذر علمه موجوداً مقدوراً على تسليمه غير واجب في الحياة بلا عوض بما يعد هبة عرفا (١)

تمليك جائز التصرف : معناه ان يكون لشخص مال مملوك فيملكه (يعطيه) لغير بشرط ان يكون صاحب المال اهلا للتصرف (مكلف رشيد) مالا : يشمل العقار الثابت والمنقول فانه يصح هبته .

---

١) ـ منتهي الادارات لابن النجار جـ ٢ ص ٢٢
ـ كشاف القناع عن متن الاقناع لا لبهوتي جـ ٤ ص ٢٩٨
ـ الانصاف للمرداوى جـ ٧ ص ١١٦ ، ١١٧

معلوما او مجهولا تعذر علمه : معناه ان المال الذى يوهب لابد ان يكون معلوما فلا تصح هبة المجهول الا اذا تعذر علمه كما اذا اختلط قمح شخص بقمح جاره فانه يصح ان يهب احدهما قمحه لصاحبه .

موجودا : خرج المعدوم فلا يصح هبة ولد البقرة قبل ان تحمل به .

مقدورا على تسليمه : خرج ما ليس كذلك كالطير في الهواء فان هبته لا تصح .

غير واجب : خرج به المال الواجب بذله كمال الزكاة و النذر والكفارة فانه ليس بهبة

في الحياة : خرجت به الوصية فانها تمليك بعد الموت .

بلا عوض : خرج به البيع و نحوه فان شرط فيها عوضا معلوما صارت بيعا .

بما يعد هبة : متعلق بتمليك و الباء للسببية والقيود احتراز عن العارية ونحو كلب ، وحمل ، ونفقة زوجة ، ووصية ونحو بيع ، فكلمة تمليك لاخراج العارية والهبة والهدية والصدقة والعطية بمعنى احد وهو تمليك في الحياة بلا عوض الا انها تختلف بالنية .

فمن قصد باعطاء ثواب الاخرة فقط فصدقة .

وان قصد اكراما وتودداً ومكافاة ونحو كانت هدية .

وان لم يقصد شيئا كانت هبة وعطية ونحلة .

ويعم جميعها لفظ العطية وقد يراد بعطية : الهبة فى مرض الموت (١)

---

١) ـ منتهي الارادات لابن النجار ج ٢ ص ٢٣

ـ كشاف القناع عن متن الاقناع جـ ٤ ص ٢٩٦

ـ الانصاف للمرداوى : جـ ٧ ، ص ١١٦ ، ١١٧

وبعد ما ذكرنا تعريفات الهبة عند مختلف الفقهاء وصلنا الى امد وهو ان بعض الفقهاء قد اطال فى التعريف كى يكون شاملاً لافراد المعترف مخرجا لغير هـــا كما في تعريف الحنابلة والشافعية حيث ذكر الشافعية في التعريف " حالة الحياة" وذلك لاخراج الوصية دلما الحنابلة فانهم اطالوا كثيرا فذكروا قيودا كثيرة وهـــي في الحقيقة شروط الهبة لاخراج الوصية والعارية مثلا ولصحة العقد كشرائط سائـــر العقود .

ومن المعلوم المتعارف المتداول بين مهرة كل الفنون فى باب التعريفات ان يكون التعريف اقصر واشمل حتى يكون كحد جامع مانع في اصطلاح المنطقيـــن فتعريف الحنفية والمالكية هو اشمل التعريفات باقصر العبارات انها تمليك العيـن مجانا او بلا عوض الا ان بعض المعرفين من الحنفية ذكروا فيها قيدا في الحـــال" اى ان يكون بلاعوض حالة العقد ولوعوض بعد العقد لانه لايشترط في الهبـــة عدم العوض بل قد تكون الهبة بالعوض ايضا .

فمن ذا استنبطنا ان تعريف هولاء هو راجح واشمل واقصر .

تعريف الهبة في قانون الوضعي الباكستاني :

" الهبة تمليك عين معين موجود قابل للانتقال برضاء صاحبه بلا عوض من جانب شخص يسمى واهب الى شخص اخر يسمى موهوب له ، مع قبوله من جانب موهوب له او وكيله ".(١)

المقارنة بين الشريعة الاسلامية والقانون الباكستاني :

وعند ملاحظه تعريف الهبة في الشريعة والقانون الباكستاني نجد ان هنالك تطابق كامل بين الشريعة والقانون الباكستاني في هذا الصدد ـ ولانرى اى وجه خلاف او فرقا كبيرا بين تعريفي الهبة في القانون الباكستاني والشريعة الاسلامية

---

1. Transfer of Property Act by Sardar Mohammad Iqbal Khan Mokal, Page No. 1080
   - Institutes of Musselman Law By Nawab A.F.M. Abdur-Rehman Page No. 230
   - Mullah - Principles of Mohammadan Law By Dr. M.A. Manan Page No. 146.
   - Principle of Precedents of Mohammadan Law By W.H. Macnaghten and William Sloan. Page No. 50.

ثانياً

مشروعية الهبـــــة :

والهبة مشروعة مندوب اليها وهناك ادلة من الكتاب والسنة والاجماع .

ا ــ اما من الكتاب :

قوله تعالى : ا ــ واذا حييتم بتحية فحيوا باحسن منها او ردوهـــا (١) والمراد بالتحية العطية وقيل المراد بالتحية السلام والأول أظهر فان قوله أو ردوها، يتناول ردها بعينها وانما يتحقق ذلك في العطية .

ب ــ وقال الله تعالى : فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئـــا مرئيا (٢) .

واباحة الاكل بطريق الهبة دليل جواز الهبـــة .

ج ــ قوله تعالى : " أم عندهم خزائن رحمة ربك العزيز الوهـــاب (٣)

هي من صفات الكمال ، فان الله وصف بها نفسه في هذه الاية ، والبشر اذا باشرها فقد اكتسب من اشرف الصفات ، لما فيها من استعمال الكرم ، وازالة شح النفس ، وادخال السرور في قلب الموهوب له وايراث المحبة والمودة بينهما ، وازالة الضغينة والحسد ، ولهـــذا من باشرها كان من المفلحين كما قال تعالى : " ومن يوق شح نفسه فأولئك هـــم المفلحـــون (٤)

د ــ قال عزوجل : " فهب لي من لدنك وليا يرثني ويرث من آل يعقـــوب وجعله رب رضيا " (٥)

هـ ــ وقال عزوجل : " ووهبنا له اسحق ويعقوب (٦)

---

١) ــ سورة نساء اية : ٨٦
٢) ــ سورة نساء اية: ٤
٣) ــ سورة ص اية: ٩
٤) ــ سورة حشر اية: ٩
(٥) ــ سورة مريم، آية : ٥، ٦
٦ ــ سورة الانعام آية: ٨٤

ط ــ وقال عزوجل : " يهب لمن يشاء اناثا ويهب لمن يشاء الذكـــور (١)

ظ ــ وقال عزوجل : واتى المال على حبه ذوى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل (٢) .

ع ــ وقال عزوجل : " انك انت العزيز الوهاب " (٣)

" قال رب اغفرلي وهب لي ملكا لاينبغى لاحد من بعدى انك انت الوهاب (٤)

" ووهبنا له اهله ومثلهم معهم رحمة منا وذكرى لا ولى الالباب (٥)

من السنة :

الهبة مندوب اليها لقوله عليه السلام " تهادوا تحابوا " (٦)

وقال عليه السلام : لاتحقرن جارة ان تهدى لجارتها ولوفرسن شاة "(٧)اى ظلفها وهو فى الاصل خف البعير فاستعير للشاة "

وقوله عليه السلام : " العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه " (٨)

---

١) سورة شورى اية : ٤٩
٢) ــ سوره بقره اية ١٧٧
٣)
٤) ــ سورة ص اية ٣٥
٥) سورة ص اية ٤٣

٦) ــ اخرجه اصحاب الكتب المشهورة عن ابي هريرة وعبد الله بن عمرو وعبد الله عمر وعائشه وروى مرسلا ــ نصب الراية : ج ٤/ ١٢٠ ، سبل السلام : ٣/ ٩٢
نيل الاوطار : ٥ / ٣٤٧ ، الموطا : كتاب حسن الخلق ، باب : ١٦ ج : ٢ ص ٩٠٨ ،

٧) ــ راوه الشيخان والترمذى عن ابي هريرة ــ جامع الاصول : ١٢/ ٢٦٢ سبل السلام : ج ٣ ص ٩٣ البخارى : ج ٣ ، ص ١٢٨ ، ١٢٩

٨)- أخرجه اصحاب الكتب الستة عن ابن عباس . جامع الاصول : ١٢/٢٦٥ ، نصب الراية : ٤/١٢٦

وقوله عليه السلام : " الراحمون يرحمهم الله ارحموا من في الارض يرحمكم من في السماء الرحم شجنة من الرحمن فمن وصلها وصله الله ومن قطعها قطعه الله وفي الهبة صلة الرحم "

وقوله عليه السلام : " لو دعيت الى كراع او ذراع لاجبت ولو اهدى الى ذراع او كراع لقبلت " (١)

" وعن انس رض قال : " قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لو اهدى الى كراع لقبلت ولو دعيت إليه لاجبت (٢)

قوله " الى كراع " هو ما دون الكعب من الدابة ، وقيل هو اسم مكان قال الحافظ ولا يثبت ويرده حديث **انس** وحض الكراع الذراع بالذكر ليجمع بين الحقير والخطير لان الذراع كانت احب اليه من غيرها والكراع لا قيمة له وفي المثل اعط العبد كراعا يطلب ذراعا هكذا في الفتح والظاهر ان مراده صلى الله عليه وسلم الحض على اجابة الدعوة ولو كانت الى شيء حقير كالكراع والذراع وعلى قبول الهدية ولو كانت شيئا حقيرا من كراع او ذراع وليس المراد الجمع بين حقير وخطير فان الذراع لا يعد على الانفراد خطيرا ولم تجر عادة بالدعوة اليه ولا باهدائه فالكلام من باب الجمع بين حقيرين وكون احدهما احقر من الاخر لا يقدح في ذلك ومحبته صلى الله عليه وسلم للذراع لا تستلزم ان تكون في نفسها خطيرة ولا سيما في خصوص هذا المقام ولو كان ذلك مرادا له صلى الله عليه وسلم لقابل الكراع الذى هو احقر ما يهدى ويدعى

---

١) — عن ابى هريرة : نيل الاوطار : ج ٥ ص ٩٨ ، راوه البخارى ج ٣ ص : ١٢٩

٢) — راوه احمد و الترمذى وصححه : نيل الاوطار : ج ٥ ، ص : ٩٨

اليه باخطر ما يهدى ويدعى اليه كالشاة وما فوقها ولا شك ان مراده صلى الله عليه وسلم الترغيب في اجابة الدعوة وقبول الهدية وان كانت الى امر حقير وفي شئى يسير .

وقد جاء في الاحاديث في قبول هدايا الكفار والاهداء لهم ،

" عن علي رضى الله عنه قال : " اهدى كسرى لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقبل منه واهدى له قيصر فقبل واهدت له الملوك فقبل منها " (١)

" وفي حديث بلال رضى الله عنه : " انطلقت حتى اتيته يعنى النبى صلى الله عليه وسلم واذا اربع ركائب مناخات على بابه فاستاذنت فقال لي ابشر فقد جاءك الله بقضائك قال الم ترى الركائب المناخات الاربع فقلت بلى فقال ان لك رقابهن وما عليهن فان عليهن كسوة وطعاما اهداهن التبى عظيم فدك فاقبضهن واقض دينك ففعلت " (٢)

هذا الحديث طويل اورده ابوداؤد في باب الامام يقبل هدايا المشركين من كتاب الخراج وفيه ان بلا لاكان يتولى نفقة النبى صلى الله عليه وسلم وكان اذا اتى النبي صلى الله عليه وسلم انسان مسلما عاريا يامر بلا لا ان ليقترض له البُرد حتى لوّمته ديون فقضاها عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم بالاربع الركائب وما عليها .

عن عبد الرحمن بن علقمه الثقفي عند النسائى قال لما قدم وفد ثقيف قدموا معهم بهدية فقال النبى صلى الله عليه وسلم اهدية ام صدقة فان كانت هدية فانما ينبغى بها وجه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقضاء الحاجة وان كانت صدقة فانما ينبغي بها وجه الله وقالوا الابل هدية فقبلها منهم .

---

١) — رواه احمد والترمذى ، نيل الاوطار لشوكاني : ج ٥ ص ١٠٤

٢) — لابي داود ، نيل الاوطار : ج ٥ ص: ١٠٤

وعن انس عند الشيخين : " ان اكيدر دومة اهدى لرسول الله صلى الله عليه وسلم جبة سندس (١)

ولابي داؤد ان ملك الروم : " اهدى الى النبى صلى الله عليه وسلم مستقه سندس فلبسها (٢)

عن علي عند الشيخين : ان اكيدر دومة الجندل اهدى الى النبى صلى الله عليه وسلم ثوب حبرير فاعطاه عليا فقال شققه خمرا بين الفواطم .

وعن بريدة : ان امير القبط اهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم جاريتين وبغلة فكان يركب البغلة بالمدينة واخذ احدى الجارئيتين لنفسه فولدت له ابراهيم ووهب الاخرى لحسان (٣) هذه الاحاديث تدل على جواز قبول الهدية من الكافر .

وعن اسماء بنت ابى بكر : " قالت اتتنى امي راغبة في عهد قريش وهى مشركة فسألت النبى صلى الله عليه وسلم اصلها قال نعم : متفق عليه رواه البخارى . قال ابن عيينة : " فانزل الله فيها لاينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين (٤) .

---

١) ــ نيل الاوطار : ج ٥ ص ١٠٥
٢) ــ نيل الاوطار: ج ٥ ص ١٠٥
٣) ــ نيل الاوطار: ٥ / ١٠٥
٤) ــ = : ٥/ ١٠٦

الفصـــــل الاول :

المبحث : خصائص الهبة والفرق بينها وبين العقود الاخرى

والخصائص جمع خصيصة وهي ما يمتاز بها الشئ عن امثالها ونظائرها .

وقد وضعت الشريعة خصائص لعقد الهبة للتفرقة بين هذا العقد وسائر العقود الاخرى — وذلك على النحو التالي : —

١— ان الهبة عقد التزام من جانب واحد وليس من جانب الموهوب له فهو لا يلتزم بشئ اما الواهب فانه يكون ملزما بالهبة بعد صدور الايجاب والقبول .

٢— ان الهبة عقد تبرع وليست عقد معاوضة ماليه وبناء على ذلك يشترط في الواهب اهلية التبرع لان اهلية التبرع اضيق من اهلية التصرف — وتوضيح ذلك ان الهبة لا تجوز من الصبى المميز ولو اجازها الولي بينما في اهلية التصرف يكون العقد موقوفا على اذن الولى — فان اجازه نفذ وان لم يجزه لا ينفذ حيث صرح بذلك فقها والحنفية — ويستخلص من ذلك ان الشخص الذى يهب ملا لاخر ثم عقد العقد مضافا الى وقت فان الهبة تبطل . كما ان الهبة يسقط فيها ضمان التعدى وضمان الرد بالعيب — ويجوز للواهب الرجوع فيها عند بعض الفقهاء كما سنبين لنا فيما بعد . اما عقود المعاوضات فهى خارجة كما اوضحنا لتعريف الهبة .

الهبة والميراث : اولا : —

ان بالهبة اصلا يدخل الشئ الموهوب في ملك الموهوب له بدون اى مقابل ففى هذه النكتة الوحيدة تماثل الهبة الميراث الا ان الهبة تصرف من المالك الواهب ولا تصرف في الميراث من قبل المورث الذى مات وان الهبة من قبل الحى ونما له والميراث يتحقق في مال الميت وان دخول الشئ الموهوب يتوقف على رضاء الموهوب له وقبوله

فاختيارى بينما الشئى الموروث يدخل في ملك الوارث بدون رضاه فاجبارى .

الهبة والعاريه: —

واعلم ان العاريه عند اكثر الفقهاء هو " تمليك المنافع مجانا او بدون اى عوض "(١) وهذا عند الجمهور .

وقال الشافعي رح والكرخي رح من الحنفية رح ان العاريه " اباحة المنافع بدون اى عوض (٢) "

فتتفق الهبة و العاريه في ان كليهما تبرع بلا عوض الا ان في الهبة تمليك العين وفى العارية تمليك منافع العين بل فقط اباحة المنافع عند الشافعى رح والكرخي وليس فيه تمليك حتى لا يجوز للمستعيران يبيع الشئى المستعار او يوجره او يعيره الى احد لانه اذا لم يتملك هو فكيف يُمَلِّك الاخر وان المعير له حق الرجوع فى الشئى المستعار متى اراد اذا لم يضر بالمستعير واما الواهب فله حق الرجوع الا انه يتراضي الطرفين او بقضاء القاضي وان الموهوب له لما تملك الشئى الموهوب فهو حر التصرف فيه اذ هو مالك له .

الهبة و الوصية :

والوصية هو ايصاء احد ثلث ماله او اقل ان يعطي لاحد عينها او منافعها فيصرف عليه وان الوصية تجرى فى ثلث المال لانها تنفذ بعد موت الموصى بينما الهبة تجوز في كل المال ايضا ثم انه هل يشترط في اتمام الوصية قبول الموصى

---

١) — الهداية : ٣/٢٣٥ — ٢٣٧ المغني : ٣/٣٩٦

٢) — الهداية : ٣/٢٣٥ ، ٢٣٦ نهاية المحتاج : ٥/٤٠١ ، ٤٢٢ احكام الرهنات والعارية ص ٢٨١ ، ٢٨٢

له لم لا فيه خلاف كما ذكره الامام ابو زهـــرة في " احكام التركات و المواريث "(١)
وفي صورة الوهبة بعيـــن الشئ شبه ، بالهبة الى ، وما وفى صورة الوصية
كما ان الهبة تمليك من عين الموهوبة حال الحياة اما الوصية فانها تمليك للعيـــن
الموصى بها بعد موت الموصى .

---

١) ــ احكام التركات والمواريث . صـــ ٢٧٩ - ٢٨١

الفصل الثاني : أركان الهبة وشروطهـــــا

هناك أربع مبـــاحث : المبحث الأول : الواهب وشروطـــه

المبحث الثاني : الموهوب له وشروطه

المبحث الثالث : الموهوب وشروطـــه

المبحث الرابع : صيغة الهبة وشروطها

المبحث الأول : الواهب وشووطـــه :

فهو المالك اذا كان صحيحا مالكا أمر نفسه فان وهب المريض ثم مات كانت هبته في ثلث تركته عند الجمهـــور .

عند الحنفية : هناك ثلاثة شروط المتعلقة بالواهب .

(١) - أهلية التبرع أى أن يكون الواهب بالغا فلا تصح هبة الصغير ولو أذن له المجنون والمعتوه .

(٢) - أن يكون حرا فلا تصح هبة الرقيق .

(٣) - أن يكون مالكا للموهوب فلا تصح هبة ماليس بمملوك . (١)

---

(١) بدائع الصنائع : ٦/١١٩

أهلية التبرع : (١) يشترط أن يكون الواهب له أهلية التبرع بالعقل والبلوغ مع الرشد ، وهذا شرط انعقاد ، لأن الهبة تبرع . فلا تجوز هبة الصبى والمجنون لأنهما لا يملكان التبرع لكونه ضررا محضا لا يقابله نفع دنيوى فلا يملكها الصبي والمجنون كالطلاق والعتاق ، وكذا الأب لا يملك هبة مال الصغير من غير شرط العوض بلا خلاف لان التبرع بمال الصغير قربان مالك لاعلى وجه الاحسن ولانه لا يقابله نفع دنيوى وقد قال الله عز شانه " ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن " ولانه اذا لم يقابله عوض دنيوى كان التبرع ضررا محضاً وترك المرحمة فى حق الصغير فلا يدخل تحت ولاية الولى لقوله عليه السلام " لاضرر ولاضرار فى الاسلام " وقوله عليه السلام : من لم يرحم صغيرنا فليس منا " ولهذا لم يملك طلاق امراته واعتاق عبده وسائر التصرفات الضارة المحضة

وان شرط الاب العوض لا يجوز عند أبى حنيفة رح وأبى يوسف رح وقال محمد رح يجوز وعلى هذا هبة المكاتب والمأذون انه لا يجوز عندهما سواء كان بعوض أو بغير عوض وعنده يجوز بشرط العوض والاصل عندهما أن كل من لا يملك التبرع لا يملك الهبة لا بعوض ولا بغير عوض والاصل عنده أن كل من يملك البيع

---

١) . بدائع الصنائع : ٦/١١٩

يملك الهبة بعوض دليل قول محمد رح " أن الهبة تمليك فاذا شرط فيها العوض كانت تمليكا بعوض وهذا تفسير البيع وانما اختلفت العبارة ولا عبرة باختلافها بعد اتفاق المعنى كلفظ البيع مع لفظة التمليك ، وليلهما رح (لأبي حنيفه وأبي يوسف) أن الهبة لشرط العوض تقع تبرعا ابتداء ثم تصير بيعا في الانتهاء بدليل انها تفيد الملك قبل القبض ولو وقعت بيعا من حين وجودها لما توقف الملك فيه على القبض لان البيع يفيد الملك بنفسه دل انها وقعت تبرعا وهؤلاء لا يملكون التبرع قلم تصح الهبة حين وجودها فلا يتصور أن تصير بيعا بعد ذلك . (١)

---

(١) بدائع الصنائع : ٦ / ١١٩

عند المالكية : يشترط فى الواهب أن يكون أهلا للتبرع (١) ، وهو من اجتمعت فيه أمور :

أحدها : أن لا يكون محجورا عليه لسفه أو صغر فتبطل هبة السفيه والمحجور عليه رأسا .

ثانيا : أن لا يكون مدينا بدين يستغرق كل ماله وهبته وان كانت تصح الا أنها تقع موقوفة على اجازة الغرماء فانها تنفذ فهذا شرط لنفاذها .

ثالثا : أن لا يكون مجنونا ولا سكرانا فلا تصح هبتهما .

رابعا : أن لا يكون مرتدا فلا تصح هبة المرتد .

خامسا : أن لا تكون زوجة فيما زاد على ثلث مالها .

فاذا وهبت المرأة أكثر من ثلث مالها انعقدت الهبة موقوفة على اذن زوجها أما اذا وهبت الثلث فأقل فانه يصح وينفذ بدون اذن الزوج فهذا شرط نفاذا ايضا .

---

١) - حاشية الدسوقى : ٤/٩٨ ، الخرشى : ٧/١٠٣

سادسا : أن لا يكون مريضا مرض الموت فيما زاد على الثلث فاذا وهب المريض زيادة عن ثلث ماله انعقدت الهبة موقوفة على اذن الوارث .

عند الشافعية : (١) يشترط فى الواهب شروط :

الاول : أن يكون مالكا حقيقة أو حكما والمالك الحكمى هو كملك صوف الاضحية الواجبة بالنذر فانها وان كانت خرجت عن ملكه بالنذر الا أن له بها اختصاصا فيصح له أن يهب صوفها - ومثل ذلك هبة الضرة ليلتها فانها مملوكة لها حكما .

ثانيا : أن يكون مطلق التصرف فى ماله فلا يصح الهبة من المحجور عليه لصغر أو سفه أو جنون .

عند الحنابلة (٢) : قالوا : يشترط فى الواهب أن يكون جائز التصرف فلا تصح من سفيه ولا صغير ولا عبد ونحوهم كسائر التبرعات فاذا وهب الصغير أو السفيه فلا تصح هبتها وان أجازها الولى .

أما العبد فتجوز هبته باذن سيده .

---

١) - مغنى المحتاج : ٢/ ٣٩٧ نهاية المحتاج ٥/ ٤٠٣ ، ٤٠٤
الاقناع : ٤/ ٣٢

٢) - منتهى الارادات : ٢/ ٣٢ الانصاف : ٧/ ١١٦
كشاف القناع : ٤/ ٣٩٨

المبحث الثاني : الموهوب له وشروطه

الموهوب له : هو كل انسان ، يجوز أن يهب الانسان ماله كله لأجنبي اتفاقا وأما هبة جميع ماله لبعض ولده دون بعض أو تفضيل بعضهم على بعض في الهبة فمكروه عند الجمهور وان وقع جاز .

عند الشافعية : (١)

يشترط في الموهوب له . أن يكون أهلا للتملك : وهل يكفي في ذلك التميز بحيث لو أهدى رجل بالغ صبيا مميزا شيئا وقبله تصح الهبة ويملكه الصغير أولا ؟ ان الصغير لا يملك بالقبول ولكن لا يحرم الدفع له الا اذا قامت قرينة بأن الوالي لا يرضيه ذلك خوفا من تعويد الصبي على التسفل والدناءة فان كان كذلك فإنه يحرم اعطاء الصبي شيئا بدون رضاء وليه . وتصح الهبة للمحجور عليه ويقبض له وليه أو الحاكم ان يكن له ولي وعلى الوالي أن يقبل ما وهب لمحجوره فان لم يفعل الغزل سواء كان وصيا أوقيما . أما الأب أو الجد فانهما لا يعزلان عن الولاية بعدم قبول الهبة ولا بد لملك الهبة من القبض .

---

١) - مغني المحتاج : ٢/٣٩٧ ، ٣٩٨ نهاية المحتاج : ٥/٤٠٣ ، ٤٠٥ الاقناع : ٢/٣٢ ، ٣٣ ، ٣٤

فاذا وهب الجد أو الأب ابنه الصغير شيئا لا يملكه الا اذا قبضه عنه وطريقة فقبضه أن ينقله من مكان الى مكان ولو مات الواهب أو الموهوب له قبل القبض لا تفسخ الهبة ويقوم الوارث مقام الاصل فى ذلك .

عند الحنابلة : (١)

يشترط فى الموهوب له : أن يكون أهلا للتصرف فلا يصح قبول الهبة من صغير ولو كان مميزا كما لا يصح قبضه للهبة ومثله المجنون فيقبض ويقبل لهما وليهما . فا لأب العدل ولو ظاهرا يقوم مقامهما فان لم يوجد لهما ولى أو وصى يقبل عنهما الحاكم أو من يقيمونه مقامهم وعند عدم الاولياء يقبض هما من يليهم من أو قريب .

عند المالكية : (٢)

ويشترط فيه أن يكون أهلا للتمليك كما فى الوقف .

---

١)- كشاف القناع للبهوتى : ٤ / ٢٩٨ - ٣٠٣ الانصاف للمرادى ٧ / ١١٦ - ١٣٥ منتهى الارادات لابن النجار : ٢ / ٢٢ - ٢٥

٢) - الخرشى : ٧ / ١٠٢ حاشية الدسوقي : ٤ / ٩٨

المبحث الثالث : الموهوب وشروطه

الموهوب : كل مملوك ويشترط في الموهوب شروط

عند الحنفية :

١- أن يكون موجودا وقت الهبة : فلا تجوز هبة ماليس بموجود وقت العقد (١) بان وهب ما يثمر نخلة العام ، أو ماتلد أغنامه هذه السنة لأنه تمليك لمعدوم فيكون العقد باطلا .

وقال المالكية (٢) لاتاثير للغرر على صحة الهبة ،فتجوز هبة المجهول والمعدوم المتوقع الوجود ، كالعبد الابق والبعير الشارد المجهول والثمرة قبل بدو الصلاح والمغصوب . ولكن يجوز الوصية بغير وجود الشئ .

أما الشافعية والحنابلة (٣) فهم كالحنفية في تاثير الغرر عندهم في الهبة كما يؤثر في البيع . والفرق أن الهبة تمليك للحال وتمليك المعدوم محال والوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت والاضافة لا تمنع جوازها . وكذلك لووهب ما في بطن هذه الجارية .

---

١)- المبسوط : ١٢ / ٧١ تكملة فتح القدير ٧ / ١٢٤ البدائع الصنائع ٦ / ١١٩
ابن عابدين ٢ / ٣٣٩ ، حاشية ابن عابدين : ٤/٥٣٤

٢)- بداية المجتهد ٣ / ٣٢٤

٣)- مغني المحتاج ٢ / ٣٩٩ المغني لابن قدامه : ٥ / ٥٩٨

أو ما في هذه الشاة أو ما في ضرعها لا يجوز وان سلطه على القبض عند الولادة والحلب لانه لا وجه لتصحيحه للحال لاحتمال الوجود والعدم لان انتفاخ البطن قد يكون للحمل وقد يكون لداء في البطن وغيره وكذا انتفاخ الضرع قد يكون باللبن وقد يكون بغيره فكان له خطر الوجود والعدم ولا سبيل لتصحيحه بالاضافة الى ما بعد زمان الحدوث لان التمليك بالهبة مما لا يحتمل الاضافة الى الوقت فبطل ولهذا لا يجوز بيعه بخلاف ما اذا وهب الدين من غير من عليه الدين وسلطه على القبض انه يصح استحسانا لأنه أمكن تصحيحه للحال لكون الموهوب موجودا مملوكا الى مقدور القبض. لو وهب دقيقا في حنطة أو دهنا في سمسم أو زبدا في لبن، أو زيتا في زيتون لا يجوز وإن سلطه على قبضه عند حدوثه لانه معدوم للحال والمعدوم ليس بمحل للملك، فوقع العقد باطلا فلا ينعقد الا بالتجديد. أما هبة اللبن في الضرع والصوف على ظهر الغنم والزرع والنخيل في الارض والثمر في النخل.

فهي كهبة المشاع الا نية تقع فاسدة فلو فصل ذلك وسلم الى الموهوب له جاز ، لان الموهوب موجود مملوك للحال الا أنه لم ينفذ لمانع وهو كونه مشغولا بغيره . فاذا فصل فقد زال المانع فتجوز الهبة وتصير صحيحة (١)

٢- أن يكون مالا متقوما : (٢) فلا تنعقد هبة ماليس بمال أصلا كالحر والميتة والدم وصيد الحرم والاحرام والخنزير وغير ذلك - ولا تجوز هبة ماليس بمتقوم كالخمر . ولاهبة ماليس بمال مطلق كأم الولد والمدبر المطلق والمكاتب لكونهم أحرارا من وجه ولهذا لم يجز بيع هؤلاء .

---

١) - بدائع الصنائع : ٦/ ١١٩

٢) - بدائع الصنائع : ٦/ ١١٩

٣- أن يكون مملوكا فى نفسه : فلا تنعقد هبة المباحات لان الهبة تمليك وتمليك ماليس بمملوك محال .

٤- أن يكون مملوكا للواهب : فلا تنعقد هبة مال الغير بغير اذنه ، لاستحاله تمليك ماليس بمملوك للواهب (١) وهذا شرط نفاذ عند الحنفية ، وبناء على الشرط الاخير يجوز عند الحنفية هبة المملوك سواء كان عينا أم دينا فتجوز هبة الدين لمن عليه الدين ، لأن ما فى الذمة مقدور التسليم والقبض لأن قبض العين تائم مقام قبض عين ما فى الذمة كما تجوز هبة الدين لغير من عليه الدين ان اذن له صراحة بالقبض وقبضه استحسانا والقياس ان لا يجوز وان اذن لهبا لقبض دليل القياس أن القبض شرط جواز الهبة وما فى الذمة لا يحتمل القبض بخلاف ما اذا وهب لمن عليه لان الدين فى ذمته و ذمته فى قبضة فكان الدين فى قبضة بواسطة قبض الذمة . دليل الاستحسان ان مافى الذمة مقدور التسليم والقبض الا ترى أن المديون يجبر على تسليمه الا أن قبضه بقبض العين فاذا قبض العين قام قبضها مقام قبض عين ما فى الذمة الا أنه لا بد من الاذن بالقبض صريحا ولا يكتفى فيه بالقبض بحضرة الواهب بخلاف هبة العين .

---

١) - بدائع الصنائع : ٦/ ١١٩

٥ - أن يكون محرزا أى مفرزا : فلا تصح عند الحنفية هبة المشاع اذا كان يحتمل القسمة كالدار و البيت الكبير وتكون الهبة فاسدة ،فان قسم المشاع وسلم جازت الهبة وهذا شرط صحة للهبة .

وتجوز الهبة اذا كان مشاعا لا يحتمل القسمة ،كالسيارة والحمام ،والبيت الصغير والجوهر وجواز الهبة الضرورة ،لأنه قد يحتاج الى هبة بعض ذلك ويكتفى بصورة التخلية مقام القبض (١)

ولليلهم : أن القبض فى الهبة شرط كالرهن ، والشيوع يمنع من القبض لأن التصرف فى النصف الشائع وحده لا يتصور فان سكنى نصف الدار شائعا محال ،ولا يتمكن من التصرف فيه الا بالتصرف فى الكل ،والعقد لم يتناول كل الدار ،فقدم قسمة الموهوب يمنع صحة القبض وتمامه . (٢)

---

١)- المبسوط : ١٢/ ٦٤ ، ٧٤ البدائع : ٦/ ١١٩ تكملة فتح القدير: ٧/ ١٢١ ومابعدها حاشية ابن عابدين : ٤/ ٥٢٤

٢) - تكملة فتح القدير : ٧/ ١٢١ حاشية ابن عابدين ٤/ ٥٣٣

هبة المشاع عند المالكية والشافعية والحنابلة :

ان هبة المشاع جائزة كالبيع فان التفرغ يصح كالقبض فى المبيع المشاع وصفة قبضه : أن يسلم الواهب جميع الشئ الموهوب له فيستوفى منه حقه - ويكون نصيب شريكه فى يده كالوديعة (١) . والدليل على ذلك من السنة أن وقد هوازن لما جاءوا يطلبون من رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يرد عليهم ما غنمه منهم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " ما كان لى ولبنى عبد المطلب فهو لكم " (٢) وهذا هبة المشاع .

---

١) - بداية المجتهد : ٣ ٣٢٢ حاشية الدسوقى : ٤/ ٩٤

٢) - نيل الأوطار : ٨/ ٣

وهذا الخلاف يجرى فى التصدق بالمشاع على الغنى ،لأن الصدقة عليه هبة وأما الصدقة بعشرة على مسكينين مثلا فتجوز لان الصدقة تقع من المتصدق لله تعالى للفقير فلا يتحقق الشيوع ويترتب على قاعدة الحنفية وهو أنه لاتجوز الهبة فى المشاع يحتمل القسمة.(١)

حكم الهبة من رجلين لرجل واحد : لو أن شخصان وهبا شيئا لشخص واحد جاز عند الأحناف لأنهما سلماها جمله وهو قد قبضها جملة فلا شيوع .

حكم الهبة لاثنين : لو وهب انسان دارا من رجلين أو مدا من حنطة أو ألف درهم أو نحو ذلك مما يقسم ، فانه لا يصح عند أبى حنيفة وعند الصاحبين يصح . ويجرى الخلاف فيما لووهب رجل دارا لرجلين وقال : وهبت لكما هذه الدار ،لهذا نصفها ولهذا نصفها " ومنشاء الخلاف فى ذلك أن أبا حنيفة يعتبر الشيوع عند القبض مانعا من صحة الهبة وأما الصاحبان فيعتبران الشيوع عند العقد والقبض معا هو المانع من صحة الهبة .

---

١)- البدائع : ٧/ ١٢١ ١٢٢

دليل الصاحبين : يجوز لأن هذه الهبة الجملة فصدر التمليك واحد وهو الواهب فلا يوجد الشيوع لأنه سلم الاثنين الشئ دفعة واحدة وقالا هذه المسئلة تقاس على من رهن شيئا واحدا لاثنين فان الرهن يصح ولم يقل احد الفقهاء بعدم صحته .

دليل أبي حنيفة : أن هذه الهبة لإثنين لوجودها وجد الشيوع فان الاثنين شريكان فيها فاذا وجد الشيوع وجبت الحاجة الى القسمة وهذه لاتلزم الواهب .

جوابه على دليلهما : هناك فرق بين الرهن والهبة .

اولا : ان الرهن لا يقسم والهبة تحتاج الى القسمة .

ثانيا : أن الرهن لا يشترط فيه أن يحبس لاثنين معا بل يكتفى بحبسه عند أحدهما .

ثالثا : أن لو قضى الراهن وهو المدين دين احدهما فانه لا يستحق لنصف الرهن بل يظل محبوسا عند الاخر حتى يستوفى حقه بدليل لو أن حدث بينهما خلاف فالقاضى يعين رجلا ثالثا لحبسه .

والخلاصه : أن الشيوع حالة القبض يمنع صحة الهبة ،أما حالة العقد فلا يمنع صحتها .

وكذا الشيوع الطارئ لا يفسد الهبة وهو كأن يرجع الواهب في نصف الموهوب شائعا .

٦- أن يكون الموهوب متميزا عن غيره ،ليس متصلا به ،ولا مشغولا بغير الموهوب . لأن معنى القبض وهو التمكن من التصرف في المقبوض لا يتحقق مع شغل الموهوب بغيره . (١)

وهذا شرط صحة الهبة ، بناء عليه لو وهب شخص أرضا فيها زرع للواهب دون الزرع ، أو زرعا دون الأرض أو نخلا فيها ثمرة للواهب معلقة بها دون الثمرة أو ثمرة النخل دون النخل ،لا يجوز وان قبض الموهوب ،وتكون الهبة فاسدة فلو جز الثمر وحصد الزرع ثم سلمه فارغا ، جاز ، لأن المانع من نفاذ حكم العقد وهو ثبوت الملك قد زال .

---

١) - المبسوط: ١٢/٨٣ تكملة فتح القدير ٧/١٢٤ البدائع ٦/١٢
حاشية ابن عابدين ٤/٥٣٣

الاستثناء في الهبة :

وكذا لو وهب دارا فيها متاع للواهب أو ظرفا فيه متاع للواهب دون المتاع أو وهب دابة عليها حمل للواهب دون الحمل وقبض الموهوب فانه لا تجوز الهبة . فلو ميز الموهوب عن غيره وسلمه وحده جازت الهبة .

والخلاصه أن هبة المشغول لا تصح بخلاف الشاغل وهبة المتصل بغير الهبة التصال خلقه مع امكان الفصل لا تجوز .

وكذا لو وهب دابة واستثنى مافي بطنها لا يجوز لأنه هبة ما هو مشغول بغيره وهذا بمقتضى القياس .

أما استحسنانا فقالوا : تجوز الهبة في الأم والحمل جميعا ويبطل الاستثناء والعقود في هذه المسألة في الجملة ثلاثة أنواع. (١)

---

١)- المبسوط : ١٢/ ٧٢ ، ١٣/ ١٩ ، البدائع : ٦/ ١٢٥ رد المختار ٤/ ١١٣ تكملة فتح القدير : ٧/ ١٣٩

١ - قسم يفسد فيه العقد أى لا يجوز فيه اصل التصرف وهو البيـــــع والاجارة والرهن فاذا عقد على الأم دون الحمل ، بأحد هذه العقـــــود فسد العقد ،وبطل الاستثناء لان الحمل تبع للأم فاستثناءه اخراج لبعـــض ما اقتضاه العقد ،لأن العقد ثبت فى الأم وولدها . ففسد العقد والقاعدة المقرره أن الشرط الفاسد فى المعاوضات المالية يفسد العقد .

٢- وقسم يصح فيه العقد ويبطل الشرط أو الاستثناء وهو النكاح والخلع والصلح عن دم العمد ، والهبة لأن موجب العقد أن يثبت الحكم فى الكل وقد استثنى بعض الموجب فيكون شرطا فاسدا ،

والقاعدة المقررة : أن الشرط الفاسد لا يبطل عقود التبرعات ، والتوثيقات والزواج ،بل العقد صحيح والشرط لغو باطل ، فالهبة اذا لا تبطل بالشروط الفاسدة - والاصل فى ذلك بالنسبة للهبة أنه صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى وأبطل شرط المعمر وهى بخلاف البيع لانه عليه الصلاة والسلام نهى بيع وشـــــرط .

٣ - وقسم يجوز فيه العقد والاستثناء جميعا : وهو الوصية كما اذا أوصى بفرس الا حملها ،صحت الوصية في الفرس ،وبقي الحمل لورثة الموصى لأن الحمل أصل على حدة بالنسبة للوصية حتى انه يجوز افراده بالوصية فيجوز استثناؤه اذا لأن عقد الوصية والايصاء كل منهما لطبيعته لايكون الا مضافا لزمن مستقبل ولا يثبت الملك في الموصى به الا بعد وفاة الموصى .

٧ ـ الشـــرط السابع وهـو قبض الموهـوب :

وهـو أهـم الشـروط لزوم وتمام الهبة ، لاشـرط صحة وركن عند بعض الحنفيـة وابن عقيـل من الحنابلة فالقبض فى الهبة : أن يكون الوهـوب مقبوضا ، فـــلا يثبت الملك للموهـوب له قبل القبض بل لاتتحقق الهبة الا بالقبض فبالقبض توجـــد الهبة والقبض مولد لأثار الهبة عند الحنفيـــة ونبحث هنا فى بيان اصـــــل القبض أنه شرط أم لا عند الفقهاء .

شـــــرط القبض : اختلف الفقهاء فقال الحنفية والشافعية (١) القبض شرط للزوم الهبة حتى انه لا يثبت الملك للموهوب له قبل القبض ، بدليـــــل ما روت عائشة رضى الله عنها . أن آباها نحلها جذاذ عشرين وسقا من مالـــه فلما حضرته الوفاة ، قال : يابنية : ان أحب الناس عندى بعدى لأنت وان أعز الناس على فقرا بعدى لأنت وانى كنت نحتلك جداد عشرين وسقا من مالى ولوكنت جذذيته وأحرزيته لكان لك ، وانما هو اليوم مال الوارث وانما هما أخواك وأختاك فاقسموه على كتاب الله ، قالت : هذان أخوانى : فمن أختاك انما هى اسماء فمَن الاخرى؟ قال ذو بطن بنت خارجة فانى أظنها جارية (٢)

---

١) ـ الدر المختار ورد المختار : ٤/٥٣٣ ، ٥/٣٤١ مغنى المحتاج : ٣/٤٠٣

٢) ـ جامع الاصول : ١٢/٣٦٩ ، نيل الاوطار ٥/٣٤٩

فهذا نص في اشتراط القبض للزوم الهبة ، وان الهبة تملك بالقبض لقوله : " لو كنت جذذته وأحرزيته لكان لك " وقال عمر رضي الله عنه : ما بال رجال ينحلون أبناءهم نحلا ثم يمسكونها فان مات ابن أحدهم قال : مالي بيدي ،لم أعطه أحدا وان مات هو قال : هو لابني قد كنت اعطيته اياه فمن نحل نحلة فلم يحزها الذي نحلها وأبقاها - حتى تكون ان مات لورثته فهي باطلة " .

وهذا هو قول عثمان رض وعلى رض ايضا ،وفي الجملة فان الخلفاء الراشدين وغيرهم اتفقوا على أن الهبة لا تجوز الا مقبوضة محوزة . (١) وفيه دعوى إجماع الصحابة الضمنية لانه لم ينقل عنهم منه خلاف (٢)

---

١ - المبسوط : ١٢/٥٧ تكملة فتح القدير ٧/١١٢ ومابعدها البدائع: ٦/١٢٣ المهذب : ١/٤٤٧ مغني المحتاج ٢/٤٤٠

٢- بداية المجتهد : ٢/٣٣٠

وقال الحنابلة فى أرجح الروايتين عن أحمد :أن القبض شرط لصحة الهبة فى المكيل أو الموزون ،لاجماع الصحابة على ذلك ،ويظهر أن المراد بكون القبض شرط صحة أنه شرط لزوم ، بدليل قول ابن قدامه : ان المكيل والموزون لا تلزم فيه الصدقة والهبة الا بالقبض وهو قول اكثر الفقهاء .

أما غير المكيل أو الموزون فتلزم الهبة فيه بمجرد العقد ،ويثبت الملك فى الموهوب قبل قبضه لما روى عن على رض وابن مسعود رضى الله عنه أنهما قالا : الهبة جائزة : اذا كانت معلومة قبضت أو لم تقبض (١) .

---

١) - المغنى : ٥/٥٩١ ومابعدها

وقال المالكيـــــة : لا يشترط القبض لصحـــة الهبة ولا للزوم الهبـــــة ، وانما هو شرط لتمامها ،أى لكمال فائدتها بمعنى أن الموهوب يملك بمجـــــرد العقد أى القول على المشهور عندهم ،والقبض أو الحيازة لتتم الهبة ،ويجبـــــر الواهب على تمكين الموهوب له من الموهوب ،ودليلهم تشبيهه الهبة بالبيع وغيره من سائر التمليكات ولقول الأصحاب ،الهبة جائزة اذا كانت معلومة قبضت أو لم تقبـــــض (١) .

---

١) - بداية المجتهد : ٢/٣٢٤ ، حاشية الدسوقي : ٤/١٠١

والخلاصه : أن غير المالكية يرون أن الموهوب يملك بالقبض لا بالعقد وعند المالكية يملك بالعقد .

- يشترط أن يكون القبض باذن الواهب :

يشترط لصحة القبض عند جمهور العلماء أن يكون باذن الواهب : فلو قبض بلا اذن لم يملكه ، ودخل فى ضمانه ، لأن التسليم غير مستحق على الواهب ، فلا يصح التسليم الا باذنه ، ولان الاذن بالقبض شرط لصحة القبض فى البيع ، ففى الهبة من بابأولى ، لان القبض فيها شرط لصحتها بعكس البيع (١) .

---

١)- البدائع : ٦/١٢٣ الهداية وتكلملة فتح القدير: ٧/١١٥ ومابعدها مغنى المحتاج : ٢/٤٠٠ ،المغنى : ٥/٥٩٢

الا أن الحنفية قالوا : القياس :

أن لا يجوز قبض الهبةالا بأذن الواهب سواء تم القبض فى مجلس العقد أم بعد الافتراق .

والاستحسان : أن الموهوب له اذا قبض فى مجلس العقد بغير أمر الواهب ، جاز وان قبض بعد الافتراق عن المجلس لم يجز الا أن يأذن له الواهب فى القبض .

وجه القياس : أن القبض تصرف فى ملك الواهب لأن ملكه قبل القبض باق فلا يصح بدون اذنه .

وجه الاستحسان :- أن القبض فى الهبة بمنزلة القبول ،لأنه يتوقف عليه ثبوت الملك ، والمقصود من الهبة اثبات الملك ، فيكون الايجاب من الواهب تسليطا للموهوب له على القبض ، فكان اذنا دلالة ، وانما قيد ذلك بالمجلس لأنه ثبت التسليط فيه الحاقاله بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس فكذلك مايلحق به . (١)

---

١ - البدائع : ٦/١٢٣ ، الهداية : ٣/٢٢٥ ، تكملة فتح القدير : ٧/١١٥
مغنى المحتاج : ٢/٤٠٠ ، المغنى : ٥/٥٩٣

عند المالكيـــه : يصح القبض ولو بلا اذن من الواهب ويجبر الواهب على تمكين الموهوب من القبض حيث طلبه ،لأن الهبة تملك بالقول أى بالايجاب على المشهور عندهم (١) .

ويترتب على مذهب الحنفية أنه لووهب انسان ثوباً ،أوعيناً مـــن الأعيان مفرزاً ،مقسوما ولم يأذن له فى قبضه ، فقبضه الموهوبله ،فان كان بحضره الواهب يجوز استحسانا ،والقياس أن لا يجوز قبضه لعد الافتراق من المجلـــس وهو قول رفـــر رحـ لأن القبض عند ركن بمنزلة القبول فى حق اثبات الحكـــم ، فلا يجوز القبض بعد الافتراق عن المجلس ،كما لا يجوز القبول بعد الافتراق .

---

١) - حاشية الدسوقى : ٤ / ١٠١

ووجـه الاستحسـان : أن الاذن بالقبض وجد من طريق الدلالة لأن الايجاب فيه دلالة الاذن بالقبض .

هبة الدين لغير من عليه الدين : فلا بد من الاذن صراحـة بالقبض ولايكفى الاذن دلالة ، وجه الفرق بين هبة العين وهبة الدين هو أن الايجاب فى هبة العين يدل على الاذن بالقبض دلالة ، لأن قصده تمليك ما هو ملكـه للموهوب له ، أما فى هبة الدين ، فالايجاب لا يعطى تلك الدلالة ،لأن الدلالة متوقفة على قصد التمليك وتمليك الدين من غير من عليه الدين لايتحقق الا بالتصريح بالاذن بالقبض لأنه بالتصريح يقوم قبضه مقام قبض الواهب ،فيصير المقبوض ملكا له أولا ،ثم يصير الموهوب له قابضا لنفسه من الواهب ،وبناء على هذا التقدير يصير الواهب واهبا ملك نفسه ،والموهوب له قابضا ملك الواهب .

وتجويز هبة الدين لغير من عليه الدين ثابت استحسانا ، وصورتها أن يهيب رجل لرجل دينارا له على رجل ، ويأمره بقبضه ويقبضه فعلا ، فيجوز استحسانا ، لأنه أنابه في القبض مناب نفسه فيجعل قبض الموهوب له كقبض الواهب وأما قياسا : فلا يجوز ، وهو قول زفر رحـ ، لأن الدين ليس بمال عند الحنفية ، حتى ان حلف لا مال له وله دين على انسان : لا يحنث في يمينه والهبة عقد مشروع لتمليك المال فاذا أضيف الى ماليس بمال لا يصلح (١) .

---

١ - المبسوط : ١٢ / ٧٠ البدائع : ٥ / ١١٩ ، حاشية بن عابدين : ٤ / ٥٤٤

أنواع القبـــض : قبض الهبة عند الحنفية نوعان (١)

١ - قبض بطريق الأصـــالة .

٢)- وقبض بطريق النيابـــة .

القبض بطريق الاصالة :

فهو أن يقبض بنفسه لنفسه ، وشرط جوازه العقل فقط ، فلا يجـوز قبض الصبى غير المميز والمجنون ، وأما البلوغ : فليس بشرط لصحة القبـــض استحسانا : فيجوز قبض الصبى العاقل أى المميز ما وهب له .

والقيـــاس :

وهو رأى غير الحنفية : أن يكون البلوغ شرطا ، لأن القبـــض من باب الولاية ، ولا ولاية للصبى على نفسه ، فلا يجوز قبضه فى الهبة كما لا يجوز فى البيع .

---

١)- البدائع : ٥ / ١٢٦ وما بعدها ، تكملة فتح القدير : ٧ / ١٢٥ وما بعدها ، حاشية ابن عابدين : ٤ / ٥٣٥

وجه الاستحسان : أن قبض الهبة من التصرفات النافعة نفعا محضا فيملكه الصبي العاقل .

القبض بطريق النيابة : فالنيابة في القبض نوعان :

نوع يرجع الى القابض .

ونوع يرجع الى نفس القبض .

الأول : فهو القبض للصبي ، وشرط جوازه وجود ولاية أو عيلة أي كون الصبي في حجر وعيال شخص أي في رعايته وتربيته عند عدم الولي .

فلو وهب أجنبي للصغير شيئا ،فيقبض عنه وليه على هذا الترتيب عند الحنفية ،الأب ،ثم وصيه ثم الجد ، ثم وصيه ،ومن غاب من هؤلاء غيبة منقطعه تنتقل الولاية الى الأبعد ،كما في ولاية النكاح لأن التأخير الى قدوم الغائب يؤدي الى تفويت المنفعه على الصغير ، فتنتقل الولاية الى مايتلوه . (١)

---

(١) البدائع : ٥/ ١٢٦ وما بعدها - تكملة فتح القدير : ٧/ ١٢٥

حاشية ابن عابدين : ٤/ ٥٣٥

لو وهب أحد هؤلاء الاولياء للصغير شيئا ،والمال فى أيديهم صحت الهبة ويصيرون قابضين للصغير ، وكذلك اذا باع الأب ماله من ابنه الصغير ثم هلك المبيع عقب البيع ، كان الهلاك على الصغير ، لأنه صار قابضا بقبض الاب ، ولو قبض الصغير العاقل ما وهب له أحد اوليائه المذكورين ، جازقبضة استحسانا ولا يجوز قياسا .

ولا يجوز قبض غير هؤلاء الاولياء الاربعة المذكورين مع وجود واحد منهم أجنبيا كان أو ذا رحم محرم منه ، آلأخ والعم والأم ،لأنه ليس لهم ولاية التصرف فى مال الصبى ، فان لم يكن أحد من هولاء الاولياء الاربعة جاز قبض من كان الصبى فى حجره و عياله استحسانا أو لا-يجوز قياسا لعدم الولاية وانما جاز ذلك استحسانا . لأن من هو فى عياله له عليه نوع ولاية ،اذ انه يوديه ويعمل له مافيه المنفعة وللصبى فى قبض الهبة منفعة محضة فيكون ذلك من باب الحفظ .

القبض بطريق النيابة :

وهو الذى يرجع الى نفس القبض فهو أن القبض الموجود بسبب من الأسباب ينوب عن قبض الهبة ، سواء أكان مثل قبض الهبة أو أقوى منه .

ا ـ اذا كان الموهوب فى يد الموهوب له وديعة أوعارية : فوهب منه جازت الهبة ولا يحتاج الى تجديد القبض بعد العقد استحسانا ـ والقياس : أن لا يصير قابضا مالم يجدد القبض ، هو أن يُخَلّى بين الموهوب له وبين الموهوب بعد العقد ، لأن يد الوديع هى يد صورية ، وهى فى الحقيقة ، والمعنى يد المودع ، فكان المال فى يده فيحتاج الى تجديد القبض .

ووجه الاستحسان : أن قبض الهبة وقبض الوديعة أو العارية متماثلان فى القوة ، لان كل واحد منهما قبض أمانة غير مضمون ، اذ الهبة عقد تبرع ،وكذا الوديعة والعارية ، فتماثل القبضان فيقوم أحدهما مقام الاخر .

ب : واذا كان الموهوب فى يد الموهوب له مضمونا بنفسه كالمغصوب والمقبوض على سوم الشراء (١) والمقبوض ببيع فاسد ،فوهب منه تصح الهبة ويبرأ عن الضمان لأن قبض الضمان أقوى من قبض الامانة فينوب عنه لوجود المستحق بالعقد وهو القبض ، وزيادة ضمان .

ج : واذا كان الموهوب فى يد الموهوب له مضمونا بغيره كالمرهون المضمون بالدين والمبيع المضمون بالثمن فوهبه مالكه لصاحب اليد فانه لا يصير قابضا بذلك عند الكرخى ،مالم يجدد القبض ، لأن قبض الرهن أو البيع

---

١) ـ الدر المختار : ٤ / ٥٢

وان كان قبض ضمان لكنه ضمان لا تصح البرأة منه فلا يحتمل الابراء بالهبة ليصير قبض أمانة وبالتالى يتماثل القبضان ، حينئذ يظل قبض ضمان فاختلف القبضان ،فلا يتناويان بخلاف المغصوب والمقبوض على سوم الشراء لأن ذلك الضمان مما تصح البراءة عنه فيبرأ عنه بالهبة ويبقى قبضا بغير ضمان فتماثل القبضان فيتأويان .

وفى الجامع الصغير والبدائع ، وهو الارجح يصير الموهوب له فى المضمون بغيره قابضا لأن قبض الضمان أقوى من قبض الامانة والاقوى ينوب عن الادنى .

شروط التى تتعلق بالموهوب :- عند المالكية : (١)

يشترط فى الموهوب شروط :-

الأول : أن يكون مملوكا - فلا تصح هبة ما لا يصح ملكه كالكلب الذى لم يؤذن فى اقتنائه كما لا تصح هبة ملك الغير بدون اذنه ،فاذا وهب شخص ملك غيره لم تنعقد الهبة بخلاف ماذا باع ملك غيره فانه يقع صحيحا موقوفا على اجازة المالك ومثل الهبة الوقف والصدقة ، والعتق فمتى صدر واحد من هذه الامور من فضولى لا يملك وقع باطلا وان أجازة المالك ،

---

(١) حاشية الدسوقى : ٤ / ١٠١

وبعضهم يقول : ان هذه الامور كالبيع فمتى أجازها المالك نفذت لأنها تكون في الحقيقة صادرة في هذه الحالة .

الثاني : أن يكون الموهوب من الاشياء القابلة للنقل من ملك الى ملك في نظر الشارع فلا تصح هبة الاستمتاع بالزوجة لأن نقل هذا الاستمتاع ممنوعا شرعا ومثل ذلك هبة ام الولد وتصح هبة جلود الاضاحي لأنها وان كانت لايصح بيعها فلا تقبل النقل بالبيع ولكن يصح اهداؤها والتبرع بها فتصح هبتها .

ولا يشترط في الموهوب أن يكون معلوما فيجوز أن يهب مجهول العين والقدر .

شروط الموهوب عند الحنابلة : الاول : أن يكون معلوما فلا تصح هبة المجهول الا اذا تعذر علمه فلا تصح هبة الحمل في البطن واللبن في الضرع والصوف على الظهر واذا أذن صاحب الشاة في جزء الصوف ولبن الشاة كان اباحه ومثل ذلك هبة الدهن في السمسم والزيت في الزيتون فانه لايصح هبتها قبل عصره . (١)

---

(١) المغني لابن قدامة : ٥/ ٥٩٨ وما بعدها .

والثاني . أن يكون موجوداً : فلا تصح هبة المعدوم كهبة الثمر قبل أن يبدو .

والثالث : أن يكون مقدوراً على تسليمه : فلا تصح هبة الابق والطير في الهواء ونحو ذلك .

والرابع : أن يكون مما يصح بيعه : فلا يصح هبة ما لا يصح بيعه وبعضهم يقول تصح هبة الكلب المأذون فيه والنجاسة التي يباح [1].

---

(١) المغني لابن قدامة : ٥/ ٥٩٩ وما بعدها .

المبحث الرابع : صيغة الهبة وشروطها :

الصيغة : كل ما يقتضي الايجاب من قول أو فعل كلفظ الهديه والهبة والعطية والنحلة ونحو ذلك .

والايجاب اما صريح ، مثل أن يقول الواهب وهبت هذا الشئ لك أو ما يجرى مجرى الصريح كقوله ملكتكه ، أو جعلته لك أو هو لك ، أو أعطيته أو نحلته ، أو أهديته اليك ، أو أطعمتك هذا الطعام ، أو حملتك على هذه الدابة . ونوى به الهبة لأن تمليك العين للحال أو جعلها له من غير عوض هو معنى الهبة ولان بقية الالفاظ تفيد التمليك في الحال في عرف الناس أو في استعمالهم . ط)

ط) بدائع الصنائع : ٦ / ١١٦ وما بعدها .

هذا فى الايجاب المطلق ، أما اذا كان مقرونا بقرينة فهى لاتخلوا اما أن تكون القرينة وقتا أو شرطا أو منفعة (١) .

فى شرح المجلة فى الماده ٨٣٨ " الايجاب فى الهبة هو الالفاظ المستعملة فى معنى تمليك المال مجانا كاكرمت ووهبت واهديت والتعبيرات التى تدل على التمليك مجانا ايجاب للهبة ايضا كأعطاء الزوج زوجته قرطا او حليا وقوله لها خذى هذا اوعلقيه (٢) .

وفى الهندية : الالفاظ التى تنعقد بها الهبة انواع ثلاثة : نوع تقع به الهبةوضعاً ونوع تقع به الهبة كناية وعرفا ونوع يحتمل الهبة والعاريةُ مستويا .

اما الاول : فكقوله وهبت هذا الشئ لك وملكته منك او جعلته لك او هذا لك أو أعطيتك أو نحلتك هذا فهذا كله هبة

واما الثانى : فكقوله كسوتك هذا الثوب او اعمرتك هذا الدار فهو هبة ،وكذا لوقال هذه الدار لك عمرى اوعمرك او حياتى او حياتك فاذا مت فهى رد على ،جازت الهبة وبطل الشرط .

---

١)- بدائع الصنائع : ٦/١١٦ ومابعدها

٢)- شرح المجله لمحمد خالد الاتاشى : ٣/٣٤٧

واما الثالثة : فكقوله هذه الدار لك رقبى او لك حبس ودفعها له ، فهو عارية عندهما وعند أبي يوسف فهي صحيحة .

وايجاب المقترن بقرينة الوقت (العمرى) :

أن يقول : أعمرتك هذه الدار ، أو جعلت هذه الدار لك عمرى أو عمرك ،أوحياتك أو حياتي فاذا مت أنا فهي رد على ورثتي " فهذا كله هبة ، وهي للمعمر له في حياته ولورثته بعد وفاته لصحة التمليك، والتوقيت باطل لقوله عليه السلام : " أمسكوا عليكم أموالكم ،لاتعمروها ،فان من أعمر شيئا ،فان لمن أعمره " (١)

أي المعمر له أو الموهوب له ولان الهبة لا تبطل بالشرط الفاسد بخلاف عقود المعاوضات المالية ومنها البيع فانها أي المعاوضات تفسد بالشرط الفاسد للنهي عن بيع وشرط .

ايجاب المقترن بشرط (الرقبى) :

أن يقول : " هذه الدار لك رقبى أي ان متّ أنا قبلك فهو لك وان متّ أنت قبلي فهو لي " سميت بذلك ،لأن كلا منهما يترقب ،وينتظر موت الاخر قبل موته ،أو حبيسه فهي عارية في يده ويأخذها منه متى شاء عند أبي حنيفة رحـ

---

١)- جامع الاصول : ٩/ ١١٢ ،نيل الاوطار : ٦/ ١٣ سبل السلام: ٣/ ٩٣

و محمد رح واستدلا لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه أجاز العمرى وأبطل الرقبى . ولأن قوله ذلك تعليق للتمليك بأمر على خطر الوجود وخطر العدم ، والتمليكات لا تحتمل التعليق بالخطر الاحتمالى المتردد بين الوجود وعدم الوجود فلم تصح هبة وصحت عارية : لأنه دفع الدار اليه وأطلق له الانتفاع به وهذا معنى العارية .

وقال أبويوسف والشافعية والحنابلة (١) : اذا قبضها فهو هبة ، وقوله : رقبى وحبيسة باطل ودليلهم ماروى عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه أجاز العمرى والرقبى (٢) ولأن قوله : " دارى لك " تمليك العين ،لاتمليك المنفعة ،وقياسا على قوله : هى عمرى .

أما المالكية (٣) فقد أجاز والعمرى وأبطلوا الرقبى كالحنفية ، وعرفوا العمرى بأنها تمليك منفعة عقار أو غيره لشخص بغير عوض مدة حياته ، فاذا مات المعمر له رجع الشئ المعمر لمن أعمره له ،ان كان حيا ولورثته ان كان ميتا .

وأما الرقبى : فهى اتفاق اثنين على ان مات منهما قبل الاخر يكون ماله للآخر الحى .

---

١)- المغنى لابن قدامه : ٥/٦٢٤

٢)- جامع الاصول : ٩/١١١ نيل الاوطار : ٦/١٢ سبل السلام ٣/٩١

٣)- الشرح الكبير: مع الدسوقى : ٤/٩١١ وما بعدها .

الخلاصـــه : اجاز اكثر العلماء العمرى والرقبى ، على انهما نوعان من الهبة يفتقران الا الايجاب والقبول والقبض ونحوه ، ومنع الحنفية والمالكيـــة الرقبى واجاز العمرى .

ايجاب المقترن بالنفعة (المنحة) : ان يقول : " هذه الـدار لك سكنى " او هذه الشاة أوهذه الارض لك منحة " فهى عارية باتفاق الحنفية لانه لما ذكر " السكن " دل على أنه أراد تمليك المنافع ،ولان المنحة عبارة عن بذل المنافع فاذا أضاف ذلك الى عين ينتفع بها مع بقائها ،عمل بحقيقته اما اذا أضاف الى شئ لاينتفع به الا باستهلاكه ، كما اذا منحه طعاما ،أو لبنا فانه يكون هبة لانه لامنفعة له مع قيام عينه .

بناء على هذه التفرقة قالوا : ان عارية الاعيان تمليك المنافع وعاريـــة المكيل والموزون ومنها الدراهم والدنانير قرض ،ويكون تمليك العين (١) ،فالعارية هى عارية استعمال والقرض هو عارية استهلاك .

---

١) - البدائع : ٦/ ٢١٥

الصيغة عند الحنفية : [1]

عند فقهاء الحنفية للهبة ركن واحد وهو الصيغة ، وهل هي الايجاب والقبول معا أو الركن الايجاب فقط والقبول ليس ركناً. فاذا قال وهبت دارى لفلان صحت الهبة ولو لم يقبل الموهوب له ؟ فيه اختلاف فمنهم من يقول ان الهبة تتم بمجرد الايجاب والدليل على ذلك أنه لو حلف أن لا يهب شيئا من ماله ، ثم وهب ولم يقبل الموهوب له فانه يحنث استحسانا فلو لم تصح الهبة بمجرد الايجاب لما حنث ، ولا يحنث قياساً .

ومنهم من يقول لابد من القبول قولاً او فعلاً فلا تصح الهبة الا به ، أما حنثه بمجرد الايجاب فانه مبنى على أن غرض الحالف بقوله "والله لا أهب" عدم اظهار الجود فاذا أظهره فقد حنث وقد أظهره بمجرد الهبة وان لم تتحقق ماهيتها .

والدليل على ذلك أنه لو ألقى ما لا فى الطريق ليكون ملكا لمن يرفعه فانه يصح و يكون هبة وقد عرفت أنه لا يشترط أن يكون الايجاب والقبول لفظا ، فلو قال شخص لولد به وهبت هذه الدابة لأحد كما فأيكما أخذها تكون له فأخذها أحدهما صحت الهبة .

وتنعقد الهبة بالتعاطى فاذا كان معروفا بين إثنين أن أحدهما قد وهب دابته الآخر فأعطاها المالك فأخذها بدون أن يتلفظا بالايجاب والقبول فانه يصح .

---

١ - البدائع : ٦/١١٥ ، المبسوط : ١٢ / ٥٧ ، حاشية ابن عابدين : ٤/٥٣١
تكملة ابن عابدين : ٢/٣٢٩

أكثر شراح الحنفية (١) على أن الهبة تتم بالايجاب وحده في حق الواهب وبالايجاب و القبول في حق الموهوب له لان الهبة عقد تبرع فيتم المتبرع كالاقرار والوصية لكن لا يملكه الموهوب له الا بالقبول وتتم بالقبض .

شروط الصيغة عند الحنفية : اما الشرائط التي ترجع الى ركن الهبة فهو أن لا يكون معلقا بماله خطر الوجود والعدم من دخول زيد وقدوم خالد ونحو ذلك ولا مضافا الى وقت بأن يقول وهبت هذا الشيء منك غداً أو رأس شهر لان الهبة تمليك العين للحال وانه لا يحتمل التعليق بالخطر ولا الاضافة الى الوقت كالبيع(٢)

لو وهب شيئا على ان الموهوب له بالخيار ثلاثة ايام ان اجاز قبل الافتراق جاز وان لم يجز حتى افترقا لم يجز ، ولو وهب شيئا على ان الواهب بالخيار ثلاثة ايام صحت الهبة وبطل الخيار لان الهبة عقد غير لازم ، فلا يصح فيه شرط الخيار ،رجل له على آخر الف درهم فقال اذا ادبت الى نصف المال فأنت برئ من النصف الباقي ،اوقال فلك النصف الباقي فهو باطل .

هذا اذا وقعت الهبة مضافة أو معلقة بشرط ، اما لو شرط فيها شرط فاسد فالهبة جائزه والشرط باطل ،كمن وهب لرجل دابة فاشترط عليه ان لا يبيعها او أن يبيعها من فلان او يردها عليه بعد شهر او وهب له دارا او تصدق عليه

---

١)- المبسوط : ١٢/ ٥٧ ،البدائع : ٦/ ١١٥ تكملة فتح القدير ٧/ ١١٣ ومابعدها حاشية ابن عابدين ٤/ ٥٣١ تكملة ابن عابدين ٢/ ٣٢٩

٢)- بدائع الصنائع : ٦/ ١١٨

بدار على ان يرد عليه شيئا منها او يعوضه شيئا منها . فالهبة جائزه وهذه الشروط كلها باطلة ،والاصل فى هذا ان كل عقد من شرطه القبض ، فان الشرط لا يفسده كالهبة والرهن .

لا يصح تعليق الابراء عن الدين بشرط محض كقوله لمديونه اذا جاء غدا او ان متّ فانت برئى من الدين او ان متّ من مرضك هذا ،او ان مت من مرضى هذا فانت فى حل من مهر فهو باطل فهو باطل لانها مخاطرة وتعليق الا بشرط كائن فيكون تنجيزا ، كقوله لمديونه ان كان لى عليك دين ابرأتك منه صح .

شروط الصيغة عند الشافعية (١) :

١- أن يكون القبول مطابقا للايجاب على المعتمد فاذا وهب له بعجتين فقال أحدهما لم تصح الهبة لعدم المطابقة بين الايجاب والقبول .

٢- أن يكون القبول عقب الايجاب فوراً، وأنه لا يضر الفصل الا بالاجنبى فاذا قال له وهبت لك وسلطتك على القبض فقال له قبلت فان الفصل بقوله وسلطتك لا يضر لتعلقه بالعقد .

٣- أن لا يعلق العقد فلا يصح أن يقول له وهبت لك هذه الدار ان قدم فلان أووهبت لك هذه الدابة أول الشهر واذا وهبه شيئا على أن يرجع اذا

---

١)- مغنى المحتاج : ٢/٢٩٧، ٣٩٨ نهاية المحتاج (المكتبه الاسلاميه رياض : ٥/٤٠٣، ٤٠٥ الاقناع (طبعه دار المصر) : ٢/٣٢، ٣٣، ٣٤

احتاج اليه فانه لا يصح .

وتصح الهبة لعمرى ورقبى كأرقبتك هذا أو جعلته لك رقبى على معنى ان مت قبلى عاد لى وان مت قبلك كان لك فالهبة فى هذا صحيحة والشرط لغو لا قيمة له ولا تملك الهبة الا بالقبض باذن الواهب فاذا قبض بغير اذنه بأن وضع يده على الموهوب كان عليه ضمانه ولو أذن له ورجع عن الاذن قبل أن يقبض بطل الاذن ومثل ذلك ما اذا مات احدهما قبل القبض ولا يكفى فى القبض أن يضع الموهوب بين يدى الموهوب له بل لابد من الاذن . والعمرى كان يقول له أعمرتك هذا المنزل أى جعلته عمرك فان مت رجع لى .

عند الحنابلة : (١) وأما الصيغة فالشرط منها أن تكون بما يدل على الهبة عرفا من لفظ كوهبت وملكت ونحوهما أو فعل لتجهيز ابنة فانه هبة بالفعل ويصح تعليقها على شرط مستقبل كقوله : ان جاء رأس الشهر وهبتك واذا علق على الموت كقوله ان متُّ وهبتك هذا الثوب شهرا ويستثنى من ذلك العمرى والرقبى فان الهبة بهما جائزة ، وهل الهبة تصح ويملك الموهوب بالعقد أم لا بد من القبض ؟ هناك رأيان

---

١)- كشاف القناع لبهوتى (طبع بيروت) : ٤/ ٢٩٨ الانصاف ٧/ ١١٦، ١٣٥ منتهى الارادات لابن النجار : ٢/ ٢٢ /

رأى الاول : يقول تصح ويملك الموهوب بالعقد .

رأى الثانى : يقول أنها لا تملك الا بالقبض الأحسن منهما انها لا تملك الا بالقبض فاذا تصرف الموهوب له قبل القبض لا ينعقد تصرفه .

عند المالكية (١) : أما الصيغة فهى كل مايدل على التمليك من لفظ أو فعل ولا فرق بين أن تكون دلالة اللفظ صريحة أولا - مثال اللفظ الصريح وملكت - مثال اللفظ الذى يدل على التمليك فهما لاصراحة خذ هذه الدار مثلا وتملك الهبة بالايجاب والقبول أما قبضها فليس بشرط فى تمليك الموهوب على المشهور ، وبعضهم يقول يشترط فى تمام الهبة القبض والحيازة فان عدم القبض فانها لا تلزم وان كانت صحيحة ويجوز تأخير القبول عن الايجاب فاذا وهبه ارافسكت عن قبولها ثم قبلها بعد ذلك فان له ذلك وليست لعمرى هبة وإنما هى تمليك المنفعة مدة حياة المعطى أو المعطى بالكسر .

أما الرقبى وهى أن يقول شخص لآخر دارى لك ان متّ انا قبلك تضمها الى دارك ودارك لى ان متّ أنت قبلى أضمها الى دارى فهى باطلة ، فان وقع ذلك ذلك وعلم قبل موت احدهما فسخ العقد وان علم بعد الموت رجعت الدار للورثة ولا يعبأ بالعقد .

---

١) - الخرشى : ٧/١٠٧ ، حاشية الدسوقي : ٤/٩٧ - ١٠١

اركان الهبة في قانون الوضعي :

قال صاحب "TRASFER OF PROPERTY ACT" في مادة : ١٢٢ ، (١)

العناصر الضرورية في الهبة :

١-عدم وجود العوض
٢ - الواهب
٣- الموهوب له
٤- الموهوب
٥- التمليك
٦- القبول

١- عدم وجود العوض : اصل الهبة هو الانتقال مجانا :

يقول بليكستون :

٢- الواهب : هو الذى يهب .

٣- الموهوب له : " هو الذى يقبل الهبة- الشخص الذى ليس اهلا للعقد يجوز له ان يستلم الهبة بنفسه او يستلمها له شخص اخر . ولذا يمكن للصغير أن يكون موهوبا له " ولكن بعد البلوغ عليه أن يقبل الهبة أو يردها لأن الالفاظ " ان يستلم الهبة بنفسه او يستلمها له شخص اخر " تدل على أن يكون الموهوب له شخصا لا يقدر على اظهار القبول . فيجوز الهبة للطفل ويمكن أن يستلمها شخص اخر له . ولا بد أن يكون الموهوب له حيا وقت الهبة وأن يكون الموهوب له شخصا معينا وليست عامة الناس .

---

(١) Transfer of Property Act: Page No. 1080

٤- الموهوب :- لابدّ أن يكون الموهوب شيئا موجودا معينـــا قابلا للانتقال أو غير قابل للانتقال .

٥- التمليك : يكون التمليك مؤثرا عند هبة شئ غير قابل للانتقال بوثيقة موقعة عليها من جانب الواهب أو وكيله بحضور شهـــدين . وعند هبة شئ قابل للانتقال سيكون التمليك مؤثرا اما بوجود وثيقة موقعه عليها أو بالقبض عليه . وسيكون القبض عليه بطريقة كما يكون القبض على المبيع .

٦- القبول : في القانون الانجليزى القبول الصريح ليس بضرورى الا انه يراعى الاتفاق الذهنى عند الجانبين كما يكون عند العقد ،وينظر هذا القانون الى أن الرجل يقبل ما يكون في صالحه .

وفى " محمدن لاء MOHAMMADAN LAW " ماده : ١٣٨ للهبة ثلاثـــة عناصر الضرورى :[1]

١- اعلانا بالهبة من جانب الواهب .

٢- القبول للهبة من جانب الموهوب له أو وكيله .

٣- تمليك الشئ الموهوب للموهوب له من جانب الواهب كما هو مذكور في مادة رقم ١٣٩ . وتكمل الهبة باكمال هذه الشروط .

---

[1] Mohammadan Law : Sec: 138, Page : 154 < 159

مقارنة بين الشريعة والقـــــانون الوضعى :

وعند ملاحظة الشريعة الاسلاميـــة والقانون الوضعى نجد ان أن هناك تطابق كامل بين الشريعة والقانون الوضعى فى هذا الصدد . ولا نرى اى وجه خلاف أو فرقا كبيرا بين اركان الهبة فى قانون الوضعى والشريعة الاسلامية كمثل الواهب ، والموهوبله ، والموهوب والصيغـــة يوجد فى الشريعة وايضا فى القانون الوضعى .

الفصل الثالث: في هبة المشاع وهبة العوض وحكم الهبة .

المبحث الأول : هبة المشـــاع

المبحث الثاني : الهبة لشرط العـوض

المبحث الثالث : حكم الهبة .

هبة المشاع : المشاع شئ غير مقسم - الفقهاء قسموا المشاع الى قسمين :-

١ - قسم لا يمكن قسمه ابدا

٢ - وقسم يمكن تقسيمـــه

فلا تجوز هبة المشاع فيما يقسم كالدار والبيت الكبير ،وتكون الهبـــة فاسدة ،فان قسم المشاع وسلم جازت الهبة وهذا شرط صحة للهبة ، وتجوز الهبـــة فيما لا يقسم كالعبد والحمام والدن ، والسيارة ،والبيت الصغير والجوهر ونحوهـا ، وهذا عند الحنفيـــة . (١)

- وعند الشافعي رحـ والحنابلة ليس بشرط وتجوز هبة المشـــاع فيما يقسم وفيما لا يقسم عندهم (٢) دليل الحنفية ، أن القبض شرط جواز هذا العقد والشيوع يمنع من القبض لأن معنى القبض هو التمكن من التصرف في المقبوض والتصرف في النصف الشائع وحده لا يتصور - وهكذا في المشاع الذي لا يقسم ان معنـــى القبض هناك لم يوجد لما قلنا ،الا أن هناك ضرورة لأنه يحتاج الى هبة بعضـــه

---

١)- حاشية ابن عابدين : ٥٣٤/٤ ، المبسوط : ٦٤/١٢ ، ٧٤ البدائع: ١١٩/٦ تكملة فتح القدير : ١٢١/٧ وما بعدها

٢) بداية المجتهد : ٣٣/٢ ، المهذب : ٤٤٦/١ المغني : ٥٩٤/٥

ولا حكم للهبة بدون القبض والشياع مانع من القبض الممكن للتصرف ولا سبيل الى ازالة المانع بالقسمة لعدم احتمال القسمة فمست الضرورة الى الجواز واقامة صورة التخلية مقام القبض الممكن من التصرف ، ولا ضرورة هنا لأن المحل للقسمة يحتمل ازالة المانع من القبض الممكن بالقسمة ،ولأن الهبة عقد تبرع ، فلو صحت فى مشاع يحتمل القسمة لصار عقد ضمان ،لأن الموهوب له يملك مطالبة الواهب بالقسمة فيلزمه ضمان القسمة فيؤدى الى تغيير المشروع وهذا توقف الملك فى الهبة على القبض ، لما أنه لو ملكه بنفس العقد لثبت له ولاية المطالبة بالتسليم ، فيؤدى الى ايجاب الضمان فى عقد التبرع ، وفيه تغيير المشروع كذا هذا بخلاف مشاع لا يحمل القسمة ،لأن هناك لا يتصور ايجاب الضمان على المتبرع لأن الضمان ضمان القسمة والمحل لا يحتمل القسمة ،فهو الفرق ولو قسم ما وهب وأفرزه ثم سلمه الى الموهوب له جاز ، لأن هبة المشاع عند الحنفية منعقد موقوف نفاذه على القسمة (١) .

فقهاء الشافعية استدلوا بدليل عقلى وقالوا : أن المشاع لا يمنع من انتقال الملك فى البيع وكون الهبة عقد التبرع فانه لا مانع من انتقال الملك اذا كان الشئى الموهوب مشاعا قياسا على البيع وقياسا على السلم والقرض والوصية .

---

١)- البدائع : ٦/ ١١٩ ، ١٢١

فى الوصية اذا اوصى لاحد ثلث أرضه المشاع تصح الوصية مع أن الوصية عقد تبرع ، فكذلك تجوز الهبة ، وفى السلم بنصف ما تخرجه الارض من قمح أو شعير أو مأة كيلو مما تنتجه الارض فهذا مقدار مشاع ويصح السلم فلا مانع من صحة الهبة .

وكذا فى القرض اذا اراد أحد أن يعطى الضامن ثلاثة آلاف قرضا فيجوز قرض المشاع فقياس على ذلك تجوز الهبة .

الشافعية والحنابلة : ان هبة المشاع جائزة ، ويكون نصيب شريكه فى يده كالوديعة (١) والدليل على ذلك من السنة أن وفد هوازن لما جاءو ويطلبون من رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يرد عليهم ما غنمه منهم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " ماكان لى ولبنى عبد المطلب فهو لكم " وهذا هبة المشاع (٢) .

---

١)- بداية المجتهد : ٢/٣٢٢ حاشية الدسوقى : ٤/٩٧
المهذب : ١/٤٤٦ ،المغنى : ٥/٥٩٦ ، الانصاف : ٧/١٣١

٢)- انظر قصة وفد هوازن فى نيا الأوطار : ٨/٣

الجواب من دليل الشافعية : أن قياس الهبة على البيع غير صحيح لأن الهبة لا ينتقل الملك بالايجاب والقبول فقط كما في البيع بل يحتاج الى القبض . والبيع يصح ضمونا بالايجاب والقبول فقط بخلاف الهبة فانها لاتصح مضمونة الا باضافة القبض الى الايجاب والقبول .

والقياس على السلم وأى نوع من أنواع البيع هكذا والقياس على الوصية ايضا مع الفارق لأن الوصية تمليك مضاف الى مابعد الموت ولا تجوز في اكثر من الثلث بخلاف الهبة فانه تمليك مضاف الى الحيوة وتجوز فى كل المال والهبة قابلة الابطال والوصية لاتقبل الابطال .

والقياس على القرض غير صحيح لأن القرض ليس تبرعا كاملا بل هو تبرع من وجه دون وجه لأن القرض ساعد المقترض ولكن غير تبرع من وجه لأن المقترض ضامن للقرض .

فقهاء الشافعية : قالوا أليست القسمة واجب على البائع وعلى المؤجر ، قال الحنفية أن القسمة تجب فى حالته فى مقابلة العوض فهنا القسمة تلزم المزارع .

الهبة لاثنين : او وهب انسان دارا من رجلين أو مدا من حنطة أو الف درهم أو نحو ذلك مما يقسم ، فانه لا يصح عند أبى حنيفة وعند الصاحبين يصح ، ويجرى الخلاف فيما لو وهب رجل دارا لرجلين ،وقال : " وهبت لكما هذه الدار : لهذا نصفها ولهذا نصفها " .

ومنشاء الخلاف في ذلك : أن أبا حنيفة يعتبر الشيوع عند القبض مانعا من صحة الهبة وأما صاحباه : فيعتبران الشيوع عند العقد والقبض معا هو المانع من صحة الهبة ،وبناء عليه : يجوز هبة الاثنين من الواحد بالاتفاق لعدم وجود الشيوع عند القبض في رأى أبى حنيفة ،ولا لعدام الشيوع في الحالين معا عند الصاحبين لان الشيوع وجد عند العقد ولم يوجد عند القبض .

ولا تجوز هبة الواحد من الاثنين عند أبى حنيفة ،لوجود الشيوع عند القبض ويجوز ذلك عند الصاحبين لانه لم يوجد الشيوع عند العقد والقبض جميعا .

ولا تجوز الهبة بالاتفاق اذا قال في هبة الدار : وهبت لك نصفها ولهذا نصفها ، لان الشيوع دخل على نفس العقد ، فمنع الجواز ، بخلاف المثال السابق : " وهبت لكما هذه الدار : لهذا نصفها ولهذا نصفها ، فعند أبى حنيفة : لايجوز : لأن هذا تمليك مضاف الى الشائع ،وعند الصاحبين : ويجوز لان قوله ، : لهذا نصفها ،ولهذا نصفها " : لا يمكن جعله تفسيرا لنفس العقد :

لأن العقد وقع على تمليك الدار جملة منهما ، وانما هو تفسير للحكم الثابت بالعقد أى أثر العقد ، فلا يوجب ذلك اشاعة فى نفس العقد .

ولو قال : " وهبت لكما هذه الدار : لهذه ثلثها ، ولهذا ثلثاها " لم يجز عند أبى يوسف وأبى حنيفة وجاز عند محمد أما أبو حنيفة فكما قال فى المثال السابق وأما محمد فقال كما فى المثال السابق أيضا : ان العقد متى جاز لاثنين يستوى فيه حالة التساوى والتفاضل فى الانصباء كما فى البيع وأما أبو يوسف فقد خالف قاعدته حالة التفاصل فى الانصباء لأن مطلق العقد لا يحتمل التفاضل فكان تفصيل أحد النصيبين فى معنى افراد العقد لكل منهما لكان ذلك هبة المشاع ، فيعتذر جعل قوله : " لهذا ثلثها ولهذا ثلثاها " مفسرا للحكم الثابت بالعقد ، بخلاف حالة التساوى .

والخلاصه : أن الشيوع حالة القبض يمنع صحة الهبة أما حالة العقد فلا يمنع صحتها ، وكذا الشيوع الطارئ لا يفسد الهبة ، وهو كأن يرجع الواهب فى نصف الموهوب شائعا .

لو أن شخصا وهب الى آخر نصف ما يملك من الارض التى هو شريك فيها مع آخر قبل القسمة والتجديد لا تجوز الهبة عند الحنفية وعند الشافعية تجوز الهبة مطلقا .

لو أن انسانا وهب دقيقا فى حنطة (يعنى عند ما تطحن الحنطة) لآخر ،لاتجوز عند الحنفية قياسا على هبة المشاع لأن الدقيق غير متعين ومقداره مجهولة ولا يوجد القبض وهنا وهو شرط فى الهبة ، وعند الشافعية تجوز الهبة لأن القبض موجود حكما ، والحنفية قاسوا عليها مسئلة أخرى مثلاً : وهب شخص دهنا فى سمسم لا تصح عند الحنفية حتى يعصر الزيت من السمسم وتجوز عند الشافعية ، وكذا لوان انسانا وهب لآخر ثمرا على الشجرة أو تمرا على النخل قبل أن تقطع لاتصح عند الحنفية اولا لأن الثمر والتمر مشاع قبل قطعه وثانيا : أنه غير مقدور على التسليم لامكان الاتلاف بالآفات السماوية والسرقة وثالثاً : أن الثمر على الشجر مجهول مقداراً يمكن أن يكون أقل مما وهبه ولكن عند الشافعية جائزة لأن هناك قبض حكماً وقاسوا على ذلك ،ويقولون لا تجوز هبة صوف على ظهر الغنم أو هبة سمن فى اللبن لا نها تشبه المشاع فلا تجوز الهبة وفى المتاع لا حاجة الى عقد جديد لان الملك فيه جار فيجوز بيعه ولكن فى هذه الاشياء البيع ليس بجائز لأن الاشياء لا توجد .

لو أن شخصا وهب لآخر شيئا وكان الشئ تحت يد الموهوب له هل يحتاج الموهوب له الى قبض جديد ؟

عند الحنفية : يكتفي القبض الآمانة عنده لئلا تكون لعبة هناك اعتراض : لأن لابد أن يكون فى الهبة قبض والقبض لا يوجد هنا قياسا على البيع ، لأنه لو أن شخصا ترك شيئا وديعة عند شخص ثم باعه له . لابد من تسليم الكتاب الشئ الى البائع وبعد ذلك يقبضه مرة أخرى . فكذلك يجب فى الهبة ايضا قياسا على البيع .

والجواب : أن القياس مع الفارق ،أن القبض شرط فى البيع حتى يرتفع الضمان لأن الوديعة لا تسبب الضمان ولا بد من القبض لأن البيع حتى يبرئ عن الضمان ،والهبة تبرع فلا ضمان فيه لأن القبض فى البيع مضمون فلا ينوب عن قبض الامانة بخلاف قبض الهبة .

عند الحنابلة (١) : قان وهب رجل رجلا جارية فقبضها الموهوب له ووطئها ومهرها ثلث قيمتها ثم مات الواهب ولا شئ له سواها وقيمتها ثلاثون ومهرها عشرة فقد صحت الهبة فى ثلثى وسقط عنه عن مهرها ثلث شئ وبقى للواهب أربعون الا شيئا وثلثا يعدل شيئين أجير وقابل نخرج الشئ خمس ذلك وعشره وهو اثنا عشر وذلك خمسا الجارية فقد صحت الهبة ويبقى للواهب ثلاثة

---

١) - المغنى لابن قدامه : ٧/٩٧ ، ٩٨

أخماسها وله على الموهوب له ثلاثة أخماس مهرها ستة ،

ولو وطئها اجنبى فكذلك ويكون عليه مهرها ثلاثة أخماسه للواهب وخمساه للموهوب الا أن نفوذ الهبة فيما زاد على الثلث منهما موقوف على حصول المهر من الواطئ فان لم يحصل منه شئ لم تزد الهبة على ثلثها وكلما حصل منه شئ نفذت الهبة فى الزيادة بقدر ثلثه ، وان وطئها الواهب فعليه عن مهرها بقدر ما جازت الهبة فيه وهو ثلث شئ يبقى معه ثلاثون الا شيئا يعدل شيئين فالشئ تسعة وهو خمس الجارية وعشرها وسبعة أعشارها لورثة الواطئ وعليهم عقر الذى جازت الهبة فيه فان أخذ من الجارية بقدرها صار له خمسا ها .

المشاع في قانون الوضعي : يقول في ماده : ١٤٧ في "محمدن لاء "

" هو اشتراك في شئ غير منقسم سواء يكون قابلا للانتقال او غير قابل له "

هبة المشاع في شئ غير قابل للانقسام :

يقول في ماده : ١٤٨ في " محمدن لاء MOHAMMADAN LAW "

تجوز هبة المشاع في شئ غير قابل للانقسام .

هبة المشاع في شئ قابل للانقسام : ماده : ١٤٩

هبة المشاع في شئ قابل للانقسام فاسدة ولكنها ليست باطلة وتنفذ مثل هذه الهبة بتقسيم الشئ الموهوب وتمليك الموهوب له لحصته المعطاة واذا حصل التمليك صحت الهبة .

المستثنيات : هبة المشاع في شئ قابل للانقسام مؤثرة من وقت الهبة مع عدم تقسيم الحصته للموهوبله وتمليكه لها في الاحوال التالية :

١- اذا كانت الهبة من جانب وارث مشترك في الميراث .

٢- اذا كانت الهبة فى حصة الواهب من زميندارى أو تعلقه .

٣- اذا كانت هبة المشاع فى سوق كبير مركز تجارى تجوز .

٤- اذا كانت حصته الواهب مشاعة فى شركة العقار تجوز هبتها .

عند الشيعة : تجوز هبة المشاع ولو كانت فى ملك صالح للتوزيع .

مقارنة بين الشريعة والقانون الوضعى :

بعد ملاحظة هبة المشاع فى الشريعة والقانون الوضعى نجد ان هناك تطابق كامل بين الشريعة والقانون الوضعى فى هذا الصدد . كمثل لا تجوز هبة المشاع فيما يقسم وتكون الهبة فاسدة ،هكذا لا تجوز هبة المشاع فيما يقسم وتكون الهبة فاسدة فى قانون الوضعى .

تصح الهبة فى مقابلة عوض عالى ،كما اذا قال شخص لآخر : وهبت لك دارى هذه بشرط أن تعوضنى عنها مائة روبية أو نحو ذلك .

الحنفية (١) : قالوا : الهبة بشرط العوض جائزة ويصبـــــح عقد الهبة والعوض لازما للواهب والموهوب له اذا قبض الواهب العوض أما اذا لـــم يقبضه كان لكل منهما الرجوع حتى ولو قبض الموهوب له الهبة كما عرفت .

ويشترط فى ذلك أن يذكر الموهوب له لفظا يعلم الواهب منه أن العوض بدل عن كل هبة كأن يقول له : خذ هذا المال أو العقار عوض هبتك أو بدلها أو فى مقابلها ونحو ذلك فاذا لم يذكر ذلك كان للواهب حق الرجوع فى هبته وكان للموهوب له حق الرجوع فى العوض الذى دفعه وبعضهم يقول انه لا يشترط أن يقول خذ بدل هديتك أو عوضها بل اللازم هو فعل ما يدل على ذلك بما هو متعارف بين الناس فاذا دفع اليه المبلغ بقصد العوض وكان معروفا أنه عوض لا يكون لهما حق الرجوع .

---

١)- بدائع الصنائع : ٦/ ١٣٠ المبسوط : ١٢/ ٧٦ - ٨٢

ويشترط في العوض ما يشترط فى الهبة فلا يتم الا بالقبض ،ولابد أن يكون مفروزا غير شائع ولا فرق فيه بين أن يكون موازيا للهبة أو أكثر أو أقل واذا وهب الاب لابنه الصغير شيئا فانه لا يجوز له أن يأخذ فى نظير هبته عوضا من مال الصغير ،واذا وهب النصر انى للمسلم عينا فانه لا يجوز للمسلم ان يعوضه بدلها خمرا أو خنزيرا .

ويشترط أن لا يكون العوض بعض الموهوب فاذا وهبله بقريتين فلا يصح أن يعطيه احداهما عوضا فاذا فعل كان للواهب حق الرجوع فى الثانية .

وهل يشترط فى العوض أن يذكر فى عقد الهبة بعد تمامها بحث اذا قبضها للموهوب له وأراد الواهب الرجوع فيها فأعطاء الموهوب له عوضا يصح ويمنع الرجوع ؟

اختلف الفقهاء فيه بعضهم يقول : انه لابد من ذكره فى عقد الهبة وبعضهم يقول : لابل اللازم هو اضافته الهبة التى كأن يقول جـ هذا عوض هبتك فاذا قبضه لا يكون له حق الرجوع أما اذا لم ينص على أنه عوض عن هبته فان العوض يكون هبة جديدة ويكون لكل منهما حق الرجوع .

الشافعية : (١) قالوا : الهبة بشرط العوض ويقال له الثواب صحيحة بشرط أن يكون العوض معلوما وفى هذه الحالة تكون بيعا لها حكم البيع . أما اذا لم يشترط العوض ولا عدمه فاذا قامت قرينة على طلب العوض وجب دفعه أو رد الموهوب واذا لم تقم قرينة فلا عوض ، لا فرق فى ذلك أن يكون الواهب أعلى من الموهوب له أو نظيره أو أدنى منه .

واذا شرط عوضا غير معين كأن قال : وهبتك على أن تعوضنى دابة مثلا فان الهبة تبطل فاذا قبضها كانت مقاوضه بالشراء الفاسد ،فيضمنها ضمان المغصوب.

الحنابلة : (٢) قالوا الهبة بشرط العوض تصح ان كان العوض معلوما وتكون بيعا لها حكم البيع تثبت فيها الشفعة ونحوها مما يثبت فى البيع أما ان كان العوض مجهولا فان الهبة لم تصح أصلا . ويكون حكمها فى هذه الحالة حكم البيع الفاسد . فان قبضها الموهوب له كان عليه ضمانها بمثلها ان كانت مثلية ، وقيمتها ان كانت متقومه ، وان كانت باقية وجب عليه ردها لصاحبها بزيادتها المتصلة والمنفصلة .

---

١)- المهذب : ١/٤٤٧ ، ٤٤٨ مغنى المحتاج : ٢/٤٠٤

٢)- المغنى لابن قدامه : ٥/٦٢٣

واذا لم يشترط الواهب العوض لفظا ، وأدعى انه وهبها ناويا للعوض فلا يسمع قوله ولو قامت القرينة على ذلك او كان العرف مؤيده فى دعواه لان مدلول لفظ هبة عدم العوض والقرائن لاتساوى اللفظ الصريح فلا يعمل بها .

المالكية : (١) قالوا - للواهب أن يشترط العوض الحالى على هيئة ويعبر عن العوض بالثواب ويقال للهبة (هبة الثواب) وينبغى ان يكون شرط العوض مقارنا لصيغة الهبة كأن يقول وهبتك او أعطيتك هذا الشى على ان تعوضنى أو تثيبنى .

وهل يشترط تعيين جنس العوض وقدره اولا ؟ والجواب انه لا يشترط على الصحيح . ففى ذلك صورتان : الصورة الاولى :- ان لا يعين جنس العوض وقدره بان يقول الواهب : وهبت لك كذا بشرط ان تعوضى فاذا قبل الموهوب له كان الحكم فى هذه الصورة أن عقد الهبة يلزم الواهب اذا قبض الموهوب العين الموهوبة .

اما قبل القبض فللواهب الرجوع فاذا قبضها الموهوب له لا يلزمه دفع العوض بالقبض بل له ان يردها على صاحبها أو يدفع له قيمتها على صاحبها قبولها أو قبول قيمتها .

---

١)- حاشية الدسوقى : ٤ / ١١٤ بداية المجتهد : ٢ / ٣٣٦

أما قبل القبض فله أن يمتنع عن قبول قيمتها ولو مضاعفة ، هذا اذا لم يتصرف فيها الموهوب له تصرفا يزيد في قيمتها فان زادت عنده بسمن أو كبر أونقصت بمرض فانها تلزم الموهوب له في هذه الحالة وعليه دفع قيمتها يوم قبضها على المعتمد وليس له ردها .

والحاصل أن الواهب يكون مخيرا قبل القبض أما بعد القبض فان الواهب يلزم بتنفيذ الهبة ويكون الخيار للموهوب له بين رد العين الموهوبة وبين دفع قيمتها يوم قبضها وهذا اذا لم يتصرف بما يغير حالها من زيادة أو نقص فان فعل كان ملزما بالقيمة .

الصورة الثانية : أن يعين جنس العوض ويقدره كأن يقول له وهبت لك هذه الدار بشرط أن تعوضني مائة رهبية أو تعوضني البستان الفلاني وحكم هذه الصورة أن العقد يلزم بمجرد القبول سواء قبض الموهوب له بالعوض سواء قبض العين أو لم يقبضها فالعقد يلزم كلا منهما برضى الموهوب له فاذا امتنع عن دفع العوض يجبر عليه .

والهبة في نظير العوض بيع في الحقيقة فلا تخالف البيع الا في أمور يسيرة منها أنها تجوز مع جهل العوض بخلاف البيع فانه يشترط فيه تعين الثمن وأنها تجوز مع جهل الاجل بخلاف البيع . (١)

١- حاشية الدسوقي : ٤/ ١١٥ ، بداية المجتهد : ٢/ ٢٣٧

ولا يلزم أن يكون القبول فيها فورا كما فى البيع فهى تحل ما أحـــله البيع وتحرم ما حرمه فلا تصح هبة ما لا يصح بيعه كالجنين فى بطن أمه وثمر البستان الذى لم يظهر صـــلاحه .

ويلا حظ فى العوض أن يكون مما يصح دفعه فى بيع السلم حتى لا يفضى الى الربا، فاذا وهب له عروض تجارة يجوز أن يعوضه عنها نقودا من فضة وذهـــب أو طعام من قمح وشعير ونحوهما أو عروض تجارة من غير جنس العروض الموهوبه فاذا وهب له قماشا ساغ أن يعوضه عنها أصاعا عطريه نحو ذلك .

واذا وهب له فضة فلا يصح أن يعوضه عنها ذهبا اذا كان فى المجلس قبل تفرقهما أما فى المجلس فيجوز لأنه يكون من قبيل الصرف .

وكذلك اذا وهب له ذهبا فانه لا يجوز أن يعوضه فضة الا فى المجلـس واذا وهب له خروفا مذبوحا (لحما) فانه لا يجوز أن يعوضه خروفا حيا وبالعكـــس واذا وهب له طعاما (حبوبا) فانه يجوز أن يعوضه عنها عروض تجارة ونقودا لا حبوبـــا لئلا يفضى ذلك الى بيع الطعام بالطعام لأجل منع الزيادة ولو فى الجملة .

واذا لم يشترط الواهب العوض لفظا لا بها ولا معينا ولكنه ادعى أنـــه قصد العوض عند هبته بعض قبض العين الموهوبة فانه يصدق مالم تقم قرينة أو يدل عرف عمل يشهد عنده فاذا كان مثل الواهب لا يطلب فى هبته عوضا من مثل الموهوب لـــه كان القول للموهوب له أما قبل القبض فالقول للواهب مطلقا .

واذا كانت الهبة لعرس وكان العرف يقتضي معوض عليها فللواهب أن يأخذ قيمة هبته معجلا ولا ينتظر الى عرس عنده كما هو المعتاد في بعض الجهات فان هدايا العرس يرد مثلها الى مهديها .

واذا أخذ المهدى قيمتها عاجلا فان لصاحب العرس أن يحاسبه على ما أكله عنده وأتباعه من نساء ورجال .

أما اذا كان العرف لا يقتضي الرد فلا حق للواهب في طلبها

واذا وهب له نقودا مسكوكة ولم يشترط العوض فانه لاحق له في المطالبة بالعوض بدعوى أنه كان ينوى العوض مطلقا ومثل النقود المسكوكة السبائك والحلى المنكسر فانه لا عوض فيه الا بالشرط أما الحلى الصحيح فان الواهب يصدق فيه . فانه وهب حد الزوجين لزوجين شيئا للآخر فانه لا يصدق في دعوى العوض الا اذا شرطه أو قامت قرينة تدل على نية العوض وهذا في غير النقود المسكوكة أما هي فلا يصدق فيها بالشرط ولا تكفي القرينة .

وكذا اذا وهب شيئا لقادم من سفر ولم يشترط العوض فانه لا يصدق في دعوى العوض ولو كان الواهب فقيرا وتضيع الهبة عليه مجانا .

الهبة بالعوض : المقارنة بين مختلف المذاهب والقانون-

كما ذكرنا ان الهبة بشرط العوض جائزة عند جميع الفقهاء بدون اى خلاف

ولكن هل يشترط ذكر العوض عند أول عقد الهبة او يصح بعده ايضاء .

فالحنفية لهم قولان فى قول لابد من ذكر العوض فى العقد وفى قول آخر بل ويصح اذا اضيف الى الهبة بعد العقد ايضا وعند المالكية لا بد وان يقارن ذكر العوض بذكر العوض ويفهم عما قال الشافعى رحـ ان القرينة اذا قامت بعد الهبه على طلب العوض وجب الدفع أما الحنابلة : فقالوا : لولم يذكر العوض صراحة حين العقد لايسمع بعد ذلك .

فالحنفية والشافعية اتفقا فى المسئله بينما الحنابلة التفقوا بما قالته المالكية : وهل يشترط حين اداء العوض الصريح يكون عوضا فالحنفية قالوا فى قول يشترط ذلك وفى قول أخر لا . وهل يجب تعين العوض وقدره فقالت المالكية : انه لا يشترط تعين الجنس والقدر بل يكفى ان يذكر العوض مطلقا وقال الجمهور ان لاتصح الهبة اذا كان العوض مجهولا .

والهبة بعد العوض اذا قبضتا ليس لاى واحد حق الرجوع منها . تم الهبة بشرط العوض بيع حكما لها احكام البيع .

واما قبل القبض فكما قلنا ان الهبة تتم بالقبض ففى صورة الهبـــــة بالعوض تتم بقبض العوض والمعوض كليهما لان العوض اذا من نفس الهبـة . واذا كانت الهبة بالعوض بيع فلا يصح ان يكون العوض والمعوض فى جنس واحـــــــد ويكون مضا عفا لان اذا ربوا .

آما القانون الوضع فكلا كما يقوله ابوحنيفة رحـ لا يوجد فيه اى خلاف الا ما يقضى به فى بعض المواد وفق ما يقوله الشافعى رحـ و أحمد رحـ و مالك رحـ وفق الظروف وحسب الاحوال حيث للمحاكم حق ان يقضى كذالك .

هبة العوض في قانون الوضعـــــي :

تقول ماده رقم : ١٥٧ في " قانون الاداء "

" الهبة بالعوض متازة من الهبة ببقية اقسامها من دفع العوض فيها في الحقيقة هذا عقد بالمعاوضة وتتوفر فيها جميع شروط العقد بالعوض لأن الواهب يحصل عوضا بمقابلة الشئ الموهوب . لأن الموهوب له يدفع الواهب عوضا بدل الشئ الموهوب وهذا يعتبر عوضا للشئ الموهوب وبعد دفع هذا العوض تسمى هـــذه الهبة بالعوض .

الهبة بشرط العوض : تقول ماده رقم : ١٥٨" اذا وهب الواهب شيئا شريطة ان يدفعه الموهوب له شيئا بدل هذا الشئ الموهوب تسمى هذه الهبة بشـــرط العوض " ويشترط القبض فيها شرط كمال الهبة كما يشترط في الهبة دونهـــا . وتصلح هذه الرجوع فيها ولكن تصبح غير صالحة للرجوع اذا حصل الواهب بالعوض

مقارنة : بعد ملاحظة هبة العوض في قانون الوضعي والشريعـــة نجد ان هناك تطابق بين الشريعة والقانون الوضعي في هذا الصدد- قانون الوضعي كما يقوله ابو حنيفة " لا يوجد فيه اى خلاف الا ما يقضى به في بعض المواد وفق مايقوله لشافعي رحـ او أحمد رحـ او مالك رحـ وفق الظروف وحسب الاحوال حيث للمحاكمـــه حق ان يقضى كذلك .

المبحث الثالث حكم الهبة

أصل حكم الهبة : هو ثبوت الملك للموهوب له فى الموهوب من غير عوض . لأن الهبة تمليك العين من غير عوض فكان حكمها ملك الموهوب من غير عوض

صفة حكم الهبة : قال الحنفية : حكم الهبة ثبوت الملك للموهوب له غير لازم ، فيصح الرجوع والفسخ ، لقوله عليه السلام : " الواهب أحق بهبته مالم يثب منها " (١)

أى يعوض فانه عليه الصلاة والسلام جعل الواهب أحق بهبته مالم يصل اليه العوض ، وهذا نص فى المراد ، فيصح الرجوع مالم يحصل تعويض ، وان تم القبض ، هناك من الرجوع ولكن يكره الرجوع ، لأنه من باب اللئاءة ، وللموهوب له أن يمتنع عن الرد ، ولا يصح الرجوع الا بتراض أو بقضاء القاضى لان الرجوع فسخ بعد تمام العقد ، فصار كالفسخ بسبب العيب بعد القبض (٢) . فالرجوع فى الهبة بالتراضى بعد من الاقالة .

---

١) - سبل السلام : ٣ / ٩٣

٢) - البدائع : ٦ / ١٢٧ تكملة فتح القدير : ٧ / ١٢٩

هناك دليل للحنفية من الكتاب والسنه واجماع الصحابة رضى الله عنهم أجمعين .

أما الكتاب العزيز فقوله تعالى : " واذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها أو ردوها " والتحية وان كانت تستعمل فى معان من السلام والثنـــــاء والهدية بالمال ، تحيتهم بيض الولاء بدينهم لكن الثالث تفسير مراد بقرينـــة من نفس الاية الكريمة وهى قوله تعالى " أو ردوها " لان الرد انما يتحقق فـــى الاعيان لا فى الاعواض لانه عبارة اعادة الشئ وذا لا يتصور فى الاعراض والمشترك بتعين أحد وجوهه بالدليل .

أما السنة : فما روى عن أبى هريرة رضى الله عنه أنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " الواهب أحق بهبته مالم يثبت منها أى يعـــوض جعل عليه الصلاة والسلام الواهب أحق بهبته مالم يصل اليه العوض .

أما اجماع الصحابة : فانه روى عن سيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا علو وعبد الله بن عمر وأبى الدرداء وفضالة بن عبيد وغيرهم رضى الله عنهم انهم قالوا مثل مذهبنا ولم يرد عن غيرهم خلافه فيكون اجماعا (١) ولان العوض المالى قـــد يكون مقصودا من هبة الاجانب فان الانسان قد يهب من الاجنبى احسانا اليـــه

---

١)- البدائع : ٦/١٣٨

وانعاما عليه وقد يهب له طمعا فى المكأفاة والمجازاة عرفا وعادة فالموهوب لـــه مندوب الى ذلك شرعا قال الله تبارك : " هل جزاء الاحسان الا الاحســـان" وقال عليه الصلاة والسلام : من اصطنع اليكم معروفا فكافؤه فان لم تجدوا ماتكافؤنه فادعواله حتى يعلم الاحسان وقال عليه الصلاة والسلام : " تهادوا تحابوا " والتهادى تفاعل من الهدية فيقتضى الفعل من اثنين وقد لا يحصل هذا المقصود من الاجنبى وفوات المقصود من عقد محتمل للفسخ يمنع لزومه كالبيع لانه يعدم الرضا والرضا فـــى هذا الباب كماشرط الصحة فهو شرط اللزوم كما فى البيع اذا وجد المشترى بالمبيع عيبا يلزمه العقد لعدم الرضا عندعدم حصول المقصود وهو السلامة كذا هذا .

وأما الحديث الاول فله تأويلان : احدهما انه محمول على الرجـــوع بغير قضا ولا رضاء وذلك لا يجوز عندنا الا فيما وهب الوالد لولده فانه يحل لـــه أخذه من غير رضا الولد ولا قضاء القاضى اذا احتاج اليه الانفاق على نفســـه .

الثانى : انه محمول على نفى الحل من حيث المروءه والخلف لا مـــن حيث الحكم لان نفى الحل يحتمل ذلك قال الله عزوجل فى رسولنا عليه الصلاة والسلام : " لايحل لك النساء من بعد ولا أن تبدل بهن من أزواج " قيل فى بعض التأويلات لا يحل لك من حيث المروءة والخلف ان تتزوج عليهن بعد ما اخترن اياك والـــدار الآخرة على الدنيا وما فيها من الزينة لا من حيث الحكم اذ كان يحل له التزوج بغيرهن

وهنا تأويل الحديث والآخر أن المراد من التشبيه من حيث ظاهر القبح مروءة وطبيعة ولا شريعة الا ترى انه قال عليه الصلاة والسلام فى رواية أخرى " العائد فى هبته كالكلب يقئ ثم يعود فى قيئه " وفعل الكلب لا يوصف بالحرمة الشرعية لكنه يوصف بالقبح الطبيعى كذا هنا ، وقوله فيما يهبه الوالد لولده محمول على أخذ قال ابنه عند الحاجة اليه لكنه سماه رجوعا لتصوره بصورة الرجوع مجازا وان لم يكن رجوعا حقيقة (١) .

وقال المالكية : يثبت الملك فى الهبة بمجرد العقد ويصبح لازما بالقبض فلا يحل الرجوع بعدئذ ،أما قبل القبض فيصح فقط للواهب الاب أن يرجع فيما وهبه لابنه ،مالم يترتب عليه حق الغير كأن يتزوج مثلا أو يستحدث دينا والرجوع فى الهبة يعرف عندهم بالاعتصار فى الهبة . (٢)

---

١)- البدائع : ٦/١٢٨

٢)- حاشية الدسوقى : ٤/١١٠ بداية المجتهد : ٢/٢٢٧

والاعتصار أو الرجوع فى الهبة جائز عند المالكية فيما يهبه الوالد لولده صغيرا أو كبيرا بشروط خمسه : وهى ألا يتزوج الولد بعد الهبة ولا يحدث دينا لأجل ،والا يتغير الموهوب عن حاله ، والا يحدث الموهوب له فى الموهوب حدثا والا يمرض الواهب أو الموهوب له فان وقع شئ من ذلك يمتنع الرجوع هذا فى هبة التردد والمحبة ، أما الهبة لوجه الله تعالى وهى التى تسمى صدقة فلا رجوع فيها أصلا ولا اعتصار ، ولا ينبغى للواهب أن يرتجعها بشراء و لا غيره وان كانت شجرا فلا يأكل من ثمرها . وان كانت دابة فلا يركبها الا أن ترجع اليه بالميراث ، وأما هبة الثواب على أن يكافئه الموهوب له فهى جائزة عند المالكية ، والموهوب له مخير بين قبولها أو ردها فان قبلها فيجب أن يكافئه بقيمة الموهوب ،ولا يلزمه الزيادة عليها ، ولا يلزم الواهب قبول ما دونه .

وقال الشافعية والحنابلة : لا يحل للواهب أن يرجع فى هبته ، الا الوالد فيما أعطى ولده ،لقوله عليه السلام : " العائد فى هبته كالعائد فى قيئه " " ليس لنا مثل السوء : العائد فى هبة كالكلب يعود فى قيئه (١) وقال عليه السلام : " ليس لأحد أن يعطى عطية ،فيرجع فيها الا الوالد فيما يعطى ولده " (٢)

---

١)- سبل السلام : ٣/ ٩٠

٢)- جامع الاصول : ١٢/ ٢٦٦ ، ٤/ ١٢٢ سبل السلام : ٣/ ٩٠

الفصل الرابع : هبة المريض وهو عيب من عيوب الاهلية

المبحث الأول - هبة المريض بالثلث او دونه

(١) - عند الحنفية :

لا يجوز هبة المريض و لاصدقته الا مقبوضة فاذا قبضت جازت وقال ابن أبي ليلى تجوز غير مقبوضة لانها وصية بدليل انها تعتبر من الثلث فالوصية تتاكد بالموت قبضت او لم تقبض ولا تبطل به فكذلك الهبة في المرض وهذا لان المرض سبب الموت وجعل ما يباشره المريض في الحكم كالثابت لعد موته حتى لوطلق زوجته ثلاثا ورثته بمنزلة مالو وقعت الفرقة بينهما بالموت فهذا مثله ولكنا نقول المعنى الذي له ولاجله لاتتم الهبة والصدقة من الصحيح الا بالقبض موجود في حق المريض وهو انه تمليك بعقد تبرع فيكون ضعيفا في نفسه لا يقيد حكمه حتى ينضم اليه ما يويده وهذا في حق المريض أظهر لان تصرفه اضعف من تصرف الصحيح واعتباره من الثلث الا يدل على انه غير ثابت في الحال ككفالته فاعتاقه وهذا بخلاف الوصية فانها خلافة ثم الملك من ثمراتها والخلافة لا تكون الا بعد الموت وهذا عقد تمليك لا يحتمل الاضافة فلذا لم يتفق قبل الموت تبطل بالموت كالبيع الموقوف اذا لم يتصل به الاجازه حتى مات احدهما ولا يقول الطلاق يصير كالمضاف ولكن تقام العدة عند الموت مقام حقيقة النكاح انها لحقها في ماله بعد تعلقه ولهذا اعتبرنا هبة من الثلث فان كانت الهبة دارا فقبضها ثم مات ولا مال له غيرها جازت الهبة في ثلثها ورد الثلثين الى الورثة وكذلك سائر

ما يقسم و مالا يقسم الا فيما لا ينقسم فلا اشكال و أما فيما يقسم فلأن الموهوب له ملك الكل بالقبض ثم بطل ملكه فى الثلثين بعد موته اذا لم تجز الورثه فكان هذا شيوعا طاريا فيما بقى بخلاف ما اذا استحق نصف الدار فانه يتبين انه لا يملك المستحق بالقبض وقد بطل العقد فيه من الاصل فلو جاز فى الباقى كان شائعا فيما يحتمل القسمة وذلك يمنع ابتداء الملك بالهبة (١)

فان كانت الهبة جارية فكاتبها الموهوب له ثم مات المريض ولا مال له غيرها فعلى الوهوب له ثلثا قيمتها للورثة ولا ترد الكتابة لان الكتابة منه صحيحة لازمة لكونه مالكالها حين كانت فما دامت باقية لا تحتمل النقل من ملك الى ملك ولان فى رد ثلثها على الورثة ابطال الحق الثابت لها من نفسها وكسبها وذلك لا يجوز وان تعذر رد عينها بسبب باشره للموهوب له كان ضامنا للورثة قيمة حصتهم منها كما لو كان أعتقها أو دبرها فان قضى القاضى عليه بثلثى قيمتها ثم عجزت المكاتبة لم يكن للورثة عليها سبيل لان القاضى قضى بالقيمة والسبب الموجب للقضاء به وهو العجز عن رد العين يتحقق فانتقل حقهم الى القيمة ثم لا يعود فى العين بعد ذلك بزوال العجز كالمغصوب اذا عاد من اباقه بعد ما قضى القاضى بقيمته على الغاصب واذا عجزت قبل القضاء أخذوا ثلثيها لان المانع زوال قبل انتقال حقهم من عينها الى محل آخر فهو كالمغصوب اذا عاد قضاء القاضى بالقيمة وكذلك ان كاتبها بعد موت المريض مالم يقض القاضى بثلثيها للورثة لان ملك الموهوب له يبنى ببناء قبضه واذا فسد السبب مالم يقض القاضى عليه بالرد فان قضى القاضى بذلك عاد الملك له فى ثلثيها الى الورثه بقضاء القاضى فان

١) المبسوط ١١/١٠٣ فتاوى عالمكيرية ٦/٢١٥، ٢١٦

اعتقها الموهوب له بعد ذلك فهو بمنزلة عتق أحد الشركين الجاريه المشتركة (١)

مريض وهب لمريض عبدا وسلمه اليه فأعتقه وليس لواحد منها مال غيره ثم مات الواهب ثم مات الموهوب له قال ليسعى العبد في ثلثي قيمته لورثة الواهب لان عتق الموهوب له في مرض موته بمنزلة الوصية فيتأخر عن الدين وثلثا قيمته دين لورثة الواهب على الموهوب له فانه أتلف عليهم حقهم في ثلثي العبد بالاعتاق فعلى العبد أن يسعى في ذلك لهم وانما بقي مال الموهوب له ثلث رقبته فسلم له بطريق الوصية ثلث هذا الثلث ويسعى في ثلثي هذا الثلث لورثة الموهوب له وكان جميع ما عليه السعاية في ثمانية أتساع قيمته وانما يسلم له اتسع وان كان على الموهوب له دين الف درهم وقيمة العبد الف درهم سعى العبد في قيمته يضرب فيها غرماء الموهوب له بدينهم وورثة الواهب بثلثي قيمة العبد لان دين الموهوب له محيط بتركته فعل السعاية في جميع القيمة لرد الوصية ثم هذه القيمة تركة الموهوب له فيضرب فيها غرماؤه بدينهم ودين ورثة الواهب عليه ثلثا قيمته ودين الغريم الآخر ألف فتقسم التركة بينهما بالحصة .

مريض وهب لمريض عبدا وهو ثلث ماله وسلمه اليه ثم ان الموهوب له قتل الواهب في مرضه فالهبة مردودة الى ورثة لان الهبة في المرض في حكم التنفيذ معتبر بالوصية ولهذا ينفذ من الثلث بعد الدين ولا وصية للقاتل عند عدم اجازة الورثه وكذلك الهبة في المرض وهذا لان بطلان الوصية للقاتل لدفع المعاملة عن الورثة حتى يزاحمهم قاتل أبيهم في مال أبيهم وهذا المعنى موجود فيما وهبه في مرضه .

(١) . المبسوط ١١/١٠٣ فتاوى عالمكيريه ٦/٢١٥ ، ٢١٦ المجلة لاتاشى ٤٠٢

رجل وهب لرجل عبدا فى مرضه وقيمته ألف درهم وسلمه اليه ولا مال له غيره ثم ان العبد قتل الواهب يقال للموهوب له ادفعه او افده لان الموهوب له ملك العبد بالقبض فانما جن على الواهب ملكه وفى جناية المملوك خطأ على غير المالك يخاطب المالك بالدفع أو الفداء (١) كما لو جنى على انسان اخر ودليل تمام ملك الموهوب له أنها لو كانت جارية حل له وطؤها بعد الاستبراء فان اختار الفداء فداؤه بعشرة آلاف لان الفداء بارش الجناية وهو دية النفس ثم بدل نفس الواهب بمنزلة مال خلفه حتى يقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه فتبين ان ماله عند موته احدى عشر الفا وان العبد خارج من ثلثه وزيادة فكانت الهبة صحيحة فى جميعه وان اختار الدفع دفعه ولا شئى عليه لان المولى يتخلص عن عهدة الجناية بدفع الجانى ولم يبين كيفية الدفع هنا وانما بين ذلك فى كتاب الدور فقال يدفع نصفه واليهم على وجه رد الهبة ونصفه على وجه الدفع للجناية لان الهبة تجوز فى نصف العبد وكان ينبغى أن يكون جواز الهبة فى ثلث العبد لانه لا مال للواهب سواه ولكن لضروره الدور جواز الهبة فى نصف العبد وبيان ذلك انما يجعل العبد على ثلاثة اسهم وتجوز الهبة فى سهم وتبطل فى سهمين ثم يدفع الموهوب له هذا السهم بالجناية فيزداد مال الواهب ويجب بحسابه الذى زاد فى تنفيذ الهبة واذا زدنا فى تنفيذ الهبة يزداد ماله بالدفع بالجنايه ايضا فلا يزال يدور هكذا وسهم الدور ساقط لانه شاع بالفساد فالسبيل يقيد

---

١) - المبسوط ١١/ ١٠٤ فتاوى عالمكيريه ٦/ ٢١٥ ، ٢١٦

وانما يطرح هذا السهم من خرج الدور من جهتهم وانما الدور هناك بزيادة ظهرت في نصيب الورثة فالسبيل أن تطرح من أصل حقهم بينهما وحق الموهوب له في سهم وبه يظهر أن العبد يكون في الاصل على سهمين فنفذ الهبة في أحدهما وهو النصف ثم يدفع الموهوب له ذلك السهم بالجناية فسلم للورثة سهمان وقد نفذ بالوصية في سهم فاستقام الثلث والثلثان والعبد وان كان واحدا في الصورة ففي الحكم صار بمنزلة عبد ونصف فكان تنفيذ الوصية في نصف العبد ولها بطلت الهبة في النصف بالرد بعوض حكم الجناية فيه لان جنايه المملوك على مالكه خطاء واعتبر في النصف الاخر وقد دفعه المالك بالجناية فلهذا لا شئ عليه سواه (١)

مسلم وهب لمرتد فعوضه منها المرتد ثم قتل أولحق بدار الحرب جازت الهبة ولم يجز تعويضه في قول أبي حنيفة لان التعويض تصرف من المرتد في ماله ومن أصل أبي حنيفة ان تصرف المرتد في ماله يبطل اذا قتل أو مات أو الحق بدار الخرب (٢) وأما هبة المسلم من المرتد صحيحة لان قبول الهبة من المرتد ليس بتصرف في ماله والحجر بسبب الردة لا يكون فوق الحجر بسبب الرق وذلك لا يمنع قبول الهبة فهذا أولى الا ترى انه اذا كان للواهب حق الرجوع في حياة الموهوب له وقد مات حقيقة

---

١)- المبسوط ١١/١٠٤ فتاوى عالمكيريه ٤ ، ٥ ، ٢١٦ المجلاتاشى ٣/٤ .

٢)- المبسوط ١١/١٠٦

أو حكما للحاقة بدار الحرب فكانت الهبة جائزة وقد بطل التعويض وفى قول أبى يوسف و محمد رحمهما الله تعوضه صحيح كسائر تصرفاته الا أن عند أبى يوسف يكون من جميع ماله وعند محمد من ثلثه بمنزلة سائر تصرفات المرتد على وجه التبرع فان كان المرتد هو الواهب وقد عوضه الموهوب له من هبته ثم قتل أو لحق بدار الحرب فانه يرد هبته الى ورثته لانه كان تصرفا منه فى ماله واذا كان تصرفه فى ماله بيعا يبطل عنده اذا مات فتصرفه هبة أولى فترد هبته الى ورثته ويرد عوضه الى صاحبه ان كان قائما وان كان قد استهلكه كان ذلك دينا فى مال المرتد لانه قبضه على وجه العوض ولم يسلم الموهوب للموهوب له فلا يسلم العوض له أيضا ولكن ان كان قائما رده على الموهوب له بعينه وان كان مستهلكا فقد تعذر رده مع قيام السبب الموجب للرد فتجب قيمته دينا فى ماله سواء كان الآخر علم بارتداده أو لم يعلم لان حكم تصرف المرتد لا يختلف لعلم من عامله .

عند المالكيه : أما المريض فتبرعاته نافذة من الثلث مطلقا اشهد أم لا فلا يتوقف مضي تبرعه على حوز ولا على ما يقوم مقامة قال في المدونه وكل صدقة وهبة أو حبس عطية بتلها المريض لرجل بعينه أو للمساكين فلم تخرج من يده حتى مات فذلك نافذ من ثلثه كعطايا (١)

وقال في الحرمي اذا وهب المريض في مرضه أو تصدق أو حبس ثم مات كان ذلك في ثلثه وليس له رجوع في ذلك لكونه بتله ولا يتعجله معطله حتى يصح أو يموت .

عند الحنابلة :- قال في الانصاف (١) أما المريض غير مرض الموت أو مرضا غير مخوف فعطاياه كعطايا الصحيح سواء تصح في جميع ماله ،هذا المذهب وعليه الأصحاب ولو مات به — وما قال عدلان من أهل الطب انه مخوف معطاياه كالوصية أنه لا يقبل في ذلك عدل واحد مطلقا وهو صحيح وقيل يقبل واحد عند العدم وهو قياس قول الخرقي .

اذا مات من ذلك ،فعطاياه كالوصية في أنها لا تجوز لوارث ولا تجوز لأجنبي بزيادة على الثلث ، إلا بإجازة الورثة . مثل الهبة والعتق والكتابة والمحاباة أما اذ عوفي : فهذه العطايا كعطايا الصحيح .

فاما الامراض الممتدة كالسل والجذام والفالج في دوامه فان صار صاحبه صاحب فراش فهي مخوفة بلا نزاع والا فلا يعني وان لم يصر صاحبها صاحب فراش

---

١)- الانصاف : ٧/ ١٦٥ الى ١٧٣

فعطاياه كعطايا الصحيح .

- ومن كان بين الصفين عند التحام الحرب ، وفي لجة البحر عند هيجانه أو وقع الطاعون في بلدة أو قدم ليقتص منه والحامل عند المخاض فهو كالمريض يعني المريض المرض المخوف وهذا المذهب وعليه الاصحاب في الجملة .

قال الخرقي : وذلك الحامل اذا صار لها ستة أشهر وعنه اذا أثقلت الحامل : كان مخوفا والا فلا .

والحامل عند المخاض : يعني : حتى تنجو من نفاسها ، بلا نزاع ، قيل سواء كان بها ألم في هذه المدة أولا - وقيل انما يكون مخوفا في هذه المدة اذا كان بها الم . قال في الكافي : ولو وضعت وبقيت معها المشيمة أو حصل مرض أو خبر بان فخوف والا فلا - قال الحارثي : الاقوى : أنه ان لم يكن وجع فغير مخوف - وان عجز الثلث عن التبرعات المنجزة بدئ بالاول فالأول - فان تساوت : قسمين الجميع بالحصص . وأما معاوضة المريض بثمن المثل فتصح من رأس المال وان كانت مع وارث ان كانت المعاوضة في المرض - مع غير الوارث بثمن المثل صحت من رأس المال بلا نزاع وان كانت مع وارث ، والحالة هذه فكذلك على الصحيح من المذهب وعليه جماهير الاصحاب - وان حابى وارثه فقال القاضي : يبطل في قدر ما حاباه ويصح فيما عداه - وان باع المريض أجنبيا ، وحاباه وكان شفيعه وارثا - فله الاخذ بالشفعة لأن المحاباة لغيره .

ـ ويعتبر الثلث عند الموت ،فلو أعتق عبدا لا يملك غيره ثم ملك يخرج من ثلثه : تبينا أنه عتق كله ،وإن صار عليه ومن يستغرقه لم يعتق منه شئ . وفي منتهى الارادات " (١) وصلية مريض غير مرض الموت ولو مخوفا أو غير مخوف كصداع ووجع ضرس و نحوهما ، ولو صار مخوفا ومات به كصحيح وفي مرض موته المخوف كالبرسام ذات الجنب ، والرعاف الدائم والقيام المتدارك والفالج في ابتداء وأول في انتهاء وما قال عدلان من أهل الطب انه مخوف كوصيته .

تفارق العطية الوصية في أربعة :

الاول : أن يبدأ بالأول فالأول منها ، والوصية يسوى بين متقدمها ومتأخرها

الثاني : أنه لا يصح الرجوع في العطية بخلاف الوصية

الثالث : أنه يعتبر قبول عطية عند ها والوصية بخلافه .

الرابع : أن الملك يثبت في عطية من حينها مراعى ،فاذا خرجته من ثلثه عند موت : تبينا أنه كان ثابتا .

---

١)- منتهى الارادات : ٢ / ٢٩

المبحث الثاني : هبة المريض فيما فوق الثلث :

اذا وهب من لا وارث له جميع امواله لا حد في مرض موته وسلما يصح وبعد وفاته ليس لامين بيت المال المداخلة في تركته لان عدم جواز تبرع المريض فيما بأكثر مما قدر الشرع وهو الثلث كان لحق الوارث الذي تعلق حقه بماله فاذا لم يكن وارث كان تصرفه جائزا في كل ماله وبيت المال ليس بوارث وانما توضع تركه من لا وارث له فيه باعتبار انه مال ضائع ،فصار شيئاً لجميع المسلمين هذا عند الحنفية ،خلافا للشافعية (كما في مجمع الانهر وغيره) .

ثم أن هبة المريض هبة عقد وليست بوصية يشترط فيها سائر شرائط الهبة ومن جملة شرائطها قبض الموهوب له قبل موت الواهب . وقول الهندية وليست بوصية - اى من كل وجه ، فلدينا فى ان لها احكم الوصية الى من حيث تعلق حق الوارث في الموهوب . اذا وهب وسلم كل من الزوج والزوجة جميع ماله لصاحبه في مرض موته ولم يكن له وارث سواه يصح وبعد الوفاة ليس لامين بيت المال المداخلة في التركة هبة المريض هبة عقد ،ولهذا اشترط فيها التسليم ،وليست بوصية الا من حيث تعلق حق الورثة في مال الواهب وان بيت المال ليس بوارث فصح تبرعه بجميع ماله وتخصيص الزوج والزوجه بالذكر لانهما محل التوهم، اذ لو لم تصح الهبة لوضع الباقي بعد فرض احد الزوجين في بيت المال ،اذ لا يرد عليها شئ واما غيرهما من الورثه فلا يتوهم فيه ذلك لان التركة له على كل حال لانه عند عدم صحة الهبة يأخذ جميع التركة ايضا ،اما بالتعصب واما بالفرض والرد .

اذا وهب احد في مرض موته شيئا لا حد ورثته وبعد وفاته لم تجز الورثه الباقون لا تصح تلك الهبة ـ واما لو وهب وسلم لغير الورثة فان كان ثلث ماله مساعدا لتمام الموهوب تصح وان لم يكن مساعدا ولم تجز الورثة الهبة تصح في المقدار المساعد ويكون الموهوب له مجبورا على رد الباقي . ان هبة المريض مرض الموت لا حد ورثته لا تجوز الا ان يجيزها الورثة الباقون بعد موت الواهب وان كانت هبة لان هبته حقيقة لكن لما حكم الوصية من حيث تعلق حق الوارث بها ومعلوم انه لا وصية لوارث الا باجازة بقية الورثة والتنفيذ يكون الاجازة بعد موت الواهب اشارة لكونها قبل موته لا تعتبر اذ لا حق الوارث وانما يثبت له الحق بعد المورث (افاده في رد المحتار)

واما هبته اي المريض لا جنبي فتصح من كل ماله ان اجاز الورثة والا فمن الثلث فقط ويجب عليه رد ما زاد على الثلث لان الهبة حينئذ حكم الوصية والوصية بأكثر من الثلث لا تجوز .

اذا وهب من استغرقت تركته بالديون اموال لوارثه او لغيره وسلمها ثم توفي فلا صحاب الديون الماء الهبة واعمال اموال في قسمة الغرماء . لان الهبة في المرض وان كان لها حكم الوصية الا ان العلة لا تعمل حال قيام الدين الى لان الوصيه انما تنفذ بعد وفاء الدين ـ لوفات الواهب وقد باع الموهوب له العين الموهوبة والمسئلة بحالها هل ينفس البيع ويرد الموهوب بعينه للتركة . أولا ويضمن الموهوب له جميع قيمته للغرماء الظاهر الثاني (كما في جامع الوصولين) وهب

قنه ولا مال له غيره فمات وقد باعه الموهوب له لا يفسخ بيعه بل يضمن قيمة ثلثي القن للورثة اذا كان الواهب مديونا بمحيط ، يضمن جميع القيمة والظاهر انه لو باعه بعد موت الواهب ، لاينفذ البيع بل يتوقف على اجازه الغرماء بدليل انه لو كان قنا فاعتقه بعد موت الواهب لا يجوز عتقه (كما في الهندية ورد المحتار على البزازيه) اذا رجع الواهب في هبته الموهوب له ورثته بعد موته وقد كانت الهبة في الصحة فان كان بقضاء قاض فالرجوع فيه صحيح ولا سبيل للغرماء الموهوب له وورثته بعد موته على الواهب وان كان ذلك بغير قضاء قاض وكان رد المريض له حين طلب الرجوع فيها بمنزلة هبة جديدة من المريض فيكون من الثلث ان لم يكن عليه دين وان كان عليه دين بما يحيط بماله بطلت ذلك الرجوع وردت العين الى تركة الميت (كذا في الهنديه) لكن ذكر في الفصلين ان هذا انما يتمشى على رواية ان الرجوع بالهبة بالتراضي ، هبة مبتدأة لا فسخ واما على رواية انها فسخ كالرجوع بالقضاء فينبغي ان يعتبر الرجوع من كل ماله سواء بحكم او بدونه (١)

قال الزوج : وهبت لي المهر في صحتها وقال ورثتها لا بل وهبت في مرضها قيل يصدق الزوج وقيل يصدق ورثتها واعتمد عليه اضافة للحادث الى اقرب الاوقات ولانه دين اختلف في سقوطه .

---

١) - المجلة : ٣ / ٤٠٥

مريض له على وارثه دين فابرأه لم يجز ولو قال لم يكن لي عليه شئ ،ثم مات جاز اقراره قضاء لا ديانة . ولو قالت مريضة " ليس لي على زوجي صداق" لا يبراء عند الحنفية ،خلافا للشافعي لان سبب المهر وهو النكاح مقطوع به .

مريضة وهبت مهرها من زوجها ثم ماتت ،قال الفقيه ابو جعفر رح ان كانت عند الهبة تقوم لحاجتها وترجع من غير معين على القيام فهي بمنزلة الصحيحة تصح هبتها (كذا في فتاوى قاضيخان) والمعقد والمفلوج والاشل والمسلول ان تطاول ذلك ولم يخف منه الموت فهبته من كل المال (كذا في التبيين) والمرأة اذا اخذها الطلق فما فعلته في تلك الحالة يعتبر من الثلث ،فان سلمته جاز ما فعلته من ذلك كله (كذا في الجوهره) ولو وهبت المرأة مهرها من الزوج في حالة الطلق وماتت في النفاس ، لم يصح (كذا في السراجيه)

وهبت مهرها من زوجها في مرض موتها ومات زوجها قبلها ،فلا دعوى لها عليه لصحة الابراء مالم تمت ،فاذا ماتت منه ،فلو رثتها دعوى مهرها (كذا في الهنديه)

مريض وهب للصحيح عبدا يساوى الفا ولا مال له غيره فعوضه الصحيح منه عوضا وقبضه المريض ثم مات والعوض عنده كان العوض مثل ثلثي قيمة العبد او اكثر فالهبة ماضيه ،وان كانت قيمة العوض نصف قيمة الهبة يرجع ورثة الواهب في سدس الهبة وان كان العوض شرطا في اصل الهبة فان شاء الموهوب له رد الهبة كلها واخذ العوض وان شاء رد سدس الهبة وامسك الباقي (كذا في المبسوط)

رجل اقرانه وهب لفلان هذا العبد قال بعضهم يكون اقرارا بالهبة والقبض جميعا لان الاقرار بالهبة المطلقة اقرار صحيحة تامة ،وذلك لا يكون الا بالقبض والاصح ان الاقرار بالهبة لا يكون اقرارا بالقبض (خانيه)

رجل سقط منه لؤلؤ فوهبها لرجل وسلطه على طلبها وقبضها ،فطلبها وقبضها فالهبة باطلة ، لان في قيامها وقت الهبة خطر ،اذا الهبة تبطل بالاخطار

رجل وهب لرجل كيسا فيه دراهم فقال جميع ما في هذا الكيس لك وهو الف درهم ودفعه اليه فاذا في الكيس اكثر من ذلك او كان فيه دنانير كان الكيس وما فيه للموهوب له (١)

---

١) - المجلة ج ٣ صفحه ٤٠٦

هبة المريض : تقول ماده رقم : ١٣٣

" هبة المريض في مرض موته ليست نافذة الا في ثلث تركة الواهب بعد مؤنة التكفين ، التجهيز وسد الديون واذا كان الموهوب له من الورثة ، تكون الهبة نافذة عند رضاء بقية الورثة " .

ومرض الموت هو المرض الذى يغلب الظن بحدوث الموت فيه وينتج بالموت ، والشيعة يقولون بهذا ايضا .

مقارنة بين الشريعة والقانون الوضعي :

بعد ملاحظة الشريعة والقانون نجد ان القانون الوضعى يوافق الشريعة كمثل فى قانون الوضعى هبة المريض فى مرض موته ليست نافذة الا فى ثلث تركة الواهب وهكذا فى الشريعة .

الفصل الخامس : الرجوع في الهبة وموانع الرجوع منها

١)- المبحث الاول : موانع ترجع الى الواهب

٢)- المبحث الثانى : موانع ترجع الى الموهوب له

٣)- المبحث الثالث : موانع ترجع الى الشئ الموهوب .

الحنفية : (١)

- الهبة ثبوت الملك للموهوب له غير لازم فيصح الرجوع والفسخ ، لقوله عليه السلام : " الواهب احق بهبته مالم يثبت منها " اى بعوض فانه عليه السلام جعل الواهب احق بهبته مالم يصل اليه العوض ، وهذا النص فى المراد ،فيصح الرجوع مالم يحصل تعويض ،وان تم القبض ،ولكن يكره الرجوع لانه من باب الدناءة وللموهوب له ان يمتنع عن الرد ،ولا يصح الرجوع الا بتراض او بقضاء القاضى لان الرجوع فسخ بعد تمام العقد ،فصار كالفسخ بسبب العيب بعد القبض فالرجوع فى الهبة بالتراض يعد من الاقالة .

المالكية : (٢)

- ليس للواهب حق فى الرجوع لان الهبة عقد لازم لكن بعضهم يقول انها تتم وتلزم بمجرد العقد فلا يشترط فى اتمامها القبض وهذا هو المشهور

---

١)- بدائع الصنائع : ٦/ ١٢٧ ،تكملة فتح القدير : ٧/ ١٢٩

٢)- حاشية الدسوقى : ٤/ ١١٠ ، بداية المجتهد : ٣/ ٣٢٧

وبعضهم يقول : انها لا تتم الا بالقبض فالقبض شرط فى تمامها فان عدم لم تلزم وكان للواهب حق الرجوع الا ألاب والأم لهما حق الرجوع مالم يترتب عليه حق الغير كأن يتزوج مثلا ، أو يستحدث دينا والرجوع فى الهبة يعرف عندهم بالاعتصار فى الهبة .

والاعتصار أو الرجوع فى الهبة جائز عند المالكية فيما يهبه الوالد لولده صغيرا أو كبيرا بشروط خمسة : وهى الا يتزوج الولد بعد الهبة ولا يحدث دينا لأجل والا يتغير الموهوب عن حاله ،والا يحدث الموهوب له فى الموهوب حدثا ،والا يمرض المواهب او الموهوب له ، فان وقع شئى من ذلك يمتنع الرجوع ،هذا فى هبة التردد والمحبة ،اما الهبة لوجه الله تعالى، وهى التى تسمى صدقه فلا رجوع فيها اصلا ولا اعتصار .

ولا ينبغى للواهب ان يرتجعها بشراء ولا غيره وان كانت شجراً فلا يأكل من ثمرها وان كانت دابة فلا يركبها الا ان ترجع اليه بالميراث ،واما هبة الثواب على أن يكافئه الموهوب له فهى جائزة عند المالكية والموهوب له مخير بين قبولها اوردها فان قبلها فيجب ان يكافئه بقيمة الموهوب ولا يلزمه الزيادة عليها - ولا يلزم الواهب قبول ما دونه

الشافعية و الحنابلة : (١)

عندهما لا يحل للواهب ان يرجع فى هبته ،الا الوالد فيما اعطى ولده لقوله عليه السلام : " العائد فى هبته كالعائد فى قيئه ليس لنا مثل السوء العائد فى هبته ،كالكلب يعود فى قيئه " وقال النبى عليه السلام : " ليس لأحد ان يعطى علطبة ،فيرجع فيها الا الوالد فيما يعطى ولده " وكالوالد سائر الاصول عند الشافعية .

---

١)- مغنى المحتاج : ٢/ ٤٠١ ،المهذب : ص /٤٤٧
المغنى لابن قدامه : ٥/ ٦٢١

المبحث الأول : موانع ترجع الى الواهب

عند الحنفيـــة :

موت الواهب بعد القبض (١) فاذا وهب شخص داره لاخيـــه ثم مات الواهب فلا حق لوارثه ،وكذا اذا مات الموهوب له فلا حق للواهب فـــى الرجوع اذا مات الواهب امتنع الرجوع ، لان الملك ينتقل الى وارثه ، وهو اجنبى لم تحدث منه الهبة ، وكذا اذا مات الموهوب له امتنع الرجوع ، لان الملك انتقل الى ورثته فصار كما اذا انتقل فى حياته .

الزوجيه : فاذا وهب الزوج لزوجته شيئا فانه لا يصح له الرجوع فيه ، أما اذا وهب لها قبل ان يتزوج بها ثم تزوج فان له الرجوع .

القرابة : عند الحنفية : فلو وهب لذى رحم منه ولو كان ذميا او مستأمنا فانه لا يصح له الرجوع فاذا وهب لابيه او ابنه او اخيه اوعمه او غيـــر ذلك من محارمه بالنسب فان حقه فى الرجوع يسقط اما اذا وهب لمحارمه من الرضاع او المصاهرة فان له حق الرجـــوع .

---

١) - تكملة فتح القدير : ٧ / ١٣٢ وما بعدها ، حاشية ابن عابدين : ٤ / ٥٣٩

المالكية :

قالوا : ليس للواهب حق الرجوع لان الهبة عقد لازم لكن بعضهم يقول انها تتم وتلزم بمجرد العقد فلا يشترط فى اتمامها القبض وهذا هو المشهور وبعضهم يقول انها لاتتم الا بالقبض شرط فى تمامها فان عدم لم تلزم وكان للواهب حق الرجوع الا الاب والام فان لهما حق الرجوع على التفصيل الاتى :

الأب ان يرجع فى هبته فاذا رجع بطلت وعادت له وذلك للأب وحده دون غيره من الأقارب والأرحام الا الأم على التفصيل الاتى :

اما الأب فله حق الرجوع فى هبته لولده الحر سواء كان ذكرا او انثى صغيرا أو كبيرا غنيا أو فقيرا بعد أن يقبضهما الولد ويضع عليها يده وصيغة الرجوع أن يقول الأب رجعت فيما وهبت أو أخذته واعتصرته (أى أخذته قهرا عنه) وبعضهم يقول لابد من أن يقول اعتصرته و الأول أظهر لان العامة لا تعرف لفظ اعتصرته .

والحديث الوارد فى هذا الموضوع لايشترط هذا اللفظ ولفظ الحديث (لايحل لاحد أن يهبه هبة ثم يعود فيها الا الوالد) ولكن يشترط لصحة رجوع الاب فى هبته شرطان :

الشرط الأول : أن يريد بالهبة الصلة والعطف والحنان على الولد لكونه محتاجا أو ضملا بين الناس أو نحو ذلك فان اراد ذلك فان له الرجوع.

الشرط الثانى : أن يريد بالهبة مجرد ثواب الأخرة لاذات الولد فان اراد ذلك كان صدقة بلفظ الهبة فلا يصح له الرجوع . اذا اراد العطف أو الصدقة ولكنه شرط الرجوع فى هبته أو صدقته متى شاء فان له ذلك ويعمل بشرطه .

وللأم حق الرجوع بالشرطين المذكورين فى الاب مع زيادة شرط ثالث : وهو الشرط الثالث : أن لها حق الرجوع بشرط ان يكون ولدها كبيرا أو صغيرا له أب . أما اذا كان الولد يتيما ووهبت له فليس لها حق الرجوع ولها حق الرجوع مع وجود الاب سواء كان الاب والابن موسرين أو معسرين حتى ولو كان الأب مجنونا .

واذا وهبت لابنها فى حياة ابيه ثم مات ابوه بعد ذلك فان لها حق الرجوع على المختار . ويمنع رجوع الاب والام أمور .

أحدها : أن يتصرف الموهوب له فى الهبة ببيع او رهن او هبة او يعمل ما يغير صفة الهبة كان يصوغ النقود حليا ونحو ذلك .

ثانيا : أن يطرأ على ذات الهبة زيادة القيمة كتعلم ، أو لكبر صغير وسمن هزيل ومثل الزيادة النقص كهزال سمين فذلك التغير يمنع الرجوع .

ثالثها : أن تكون الهبة بيعا فى الثقة بالولد فيعطيه بعض الناس دينا أو يزوجه بنته أو يزوج الموهوب لها لابنه ان كانت انثى فانه فى هذه الحالة لا يجوز للأب أن يرجع فى هبته اما اذا وهب له وهو متزوج أو عليه دين فان له الرجوع لأن الهبة لم تكن سببا فى تغرر أحد أما اذا أن يمرض الولد فانه لا يصح للأب الرجوع عليه فى حال المرض لأنه اذا مات كانت الهبة حقا لورثته فاذا برئ كان لوالده حق الرجوع .

الشافعية : (١)

قالوا متى تمت الهبة بالقبض بأذن الواهب أو تسليمه للشئ الموهوب فان الهبة تلزم ولا يصح الرجوع فيها الا للأب وان علا فيصح للأب أن يرجع فى هبته ومثله الجد وان علا وكذلك الأم والجدة وهكذا فللوالد أن يرجع فى هبته على ولده سواء كان الولد ذكرا أو أنثى صغيرا أو كبيرا .

ويشترط للرجوع شروط :

أحدها : أن يكون الولد حرا فاذا كان رقيقا فلا يصح الرجوع لأن الهبة الرقيق هبة لسيده وهو أجنبى لا رجوع عليه .

---

١)- المهذب : ١/ ٤٤٧ ، مغنى المحتاج : ٣/ ٤٠٤

ثانيها : أن يكون الموهوب عينا لا دينا فان كان دينا للوالد فوهبه الوالد له فانه لا يصح له الرجوع فيه .

ثالثها : أن يكون الموهوب في سلطة الولد بحيث يتصرف فيه فلا رجوع اذا انقطعت سلطة الولد على الموهوب كما اذا وهب العين الموهوبة له لغيره وقبضها الغير فانه في هذه الحالة تنقطع سلطته وملكه فليس للوالد الرجوع ومثل ذلك ما اذا رهن العين الموهوبة وقبضها المرتهن فانه في هذه الحالة لا حق للوالد في الرجوع وذلك لأن الولد لا سلطة له على العين حينئذ وان كان ملكه باقيا أما اذا اغتصبت العين الموهوبة من الولد فان سلطته تبقى عليها فيصح الرجوع للولد .

رابعها : أن لا يجحر على الولد لسفه فان حجر عليه امتنع الرجوع.

خامسها : أن لاتكون العين الموهوبة مستهلكة كبيض الدجاج والبذر اذا نبت في الأرض ولا يمنع الرجوع زراعة الارض وأجارتها لان العين باقية واذا رجع الوالد لاتفسخ الاجارة بل تبقى على حالها ولا ينتفع بها والده الاجارة.

سادسها : أن لا يبيع الولد العين الموهوبة فان باعها امتنع الرجوع ومثل ذلك الوقف ونحوه من كل ما يزيل السلطة فاذا عاد ملكه بعد بيعه لم يعد

الرجوع ولا يمنع الرجوع الزيادة المتصلة بالعين من سمن ونحوها فللوالد أن ياخذها بمثلك الزيادة أما اذا زادت زيادة منفصلة كان ولدت الدابة الموهوبة أو أثمر البستان فان الزياده المنفصله تكون للولد لأنها حدثت وهى فى ملكه فللاب المرجوع فى الأصل .

واذا سقط الوالد حق الرجوع فانه لا يسقط ويحصل الرجوع بقوله رجعت فيما وهبت أواسترجعته أوردته الى ملكى أو نقضت الهبة أو أبطلتها أو فسختها ونحو ذلك ولا يحصل الرجوع ببيع الواهب العين التى وهبها ولا بوقفها ولا بهبتها ولا باعتاقها ويكره الرجوع من غير سبب أما اذا كان السبب كزجر الولد عن الانفاق فى الشهوات الفاسدة والمعاصى فانه لا يكره بل اذا كان الرجوع فى الهبة وتجديد الولد من المال هو الطريق الوحيد فى منعه عن المعاصى فانه يجب على الوالد أن يفعل أما اذا كان الولد عاقا وكان الرجوع يزيد فى عقوقه فانه يكره . (١)

---

١) - حاشية الدسوقى : ٤/ ١١٤ ، بداية المجتهد : ٢/ ٣٢٦

الحنابلة : (١)

قالوا : للواهب الرجوع فى هبته قبل القبض لأن عقد الهبة لا يتم الا بالقبض واذا باع الواهب الموهوب أو وهبه لاخر قبل القبض بطلت الهبة لأن ذلك يعتبر رجوعا أما بعد القبض فان الهبة تتم للموهوب له فلا حق للواهب فى الرجوع الا اذا كان أبا فقط .

فاذا فضل الأب أحد أبنائه بهبة فان له الرجوع فيها ويجب الرجوع اذا وهب له من غير اذن الباقي لأن التسوية بين الابناء بحسب حقوقهم الشرعية واجبة على ألاب والأم وغيرهما من الأقارب على أن الرجوع خاص بالأب المباشر فقط سواء اراد التسوية بين اولاده اولا : فليس للأم ولا للجد ولا لغيرهما من الأقربين الرجوع فى الهبة بعد تمامها بالقبض .

ويشترط لصحة رجوع الأب شروط :

الأول : أن تكون عينا لا دينا ولا منفعة ،فاذا كان للأب على ابنه دين فوهبه له فلا حق له فى الرجوع فى هبته لان هبة الدين اسقاط لا تمليك حتى يملك الأب نقل الملك اليه وكذلك ليس له الرجوع فى اباحة منفعة بعد استيفائها

---

١)- المغنى لابن قدامه : ٥/٦٢٣

فاذا أباح الأب لابنه سكنى دار سنة مثلا وسكن الولد بالفعل كل هـــذه المدة فليس لوالده أن يرجع فى ملك المدة التى سكنها وله الرجوع من الآن .

الثاني :

أن تكون باقيه فى ملك الولد فان خرجت عن ملكه بان باعها الولـد أو وهبها لغيره ، أو وقفها ولو على نفسه ثم على غيره من بعده او دفعهـا صداقا لامرأة أو عوضا فى صلح أو نحو ذلك بطل حق رجوع الأب فيهـا وان عادت الى الولد بسبب جديد كأن اشتراها ثانيا أو ورثها أو غير ذلك لم يعد حق الرجوع على الابن .

أما اذا عادت بسبب فسخ البيع بعيب فيها أو لفلس المشـترى فلم يقدر على دفع الثمن و نحو ذلك فان للأب حق الرجوع ومثل ذلك ما اذا اتلفت العين فلا حق للأب فى الرجوع فى قيمتها .

الثـالث :

أن لاتخرج العين عن سلطته كما اذا رهنها (وقبضها) المرتهن فليس للأب حق الرجوع بعد ذلك ومثله ما اذا حجر على الابن لفلس فاذا فك الرهـن ورفع الحجر عاد حق الرجوع أما اذا لم تزل سلطة الابن وتصرفه فى العيـن

فان للاب الرجوع كا الرهن والهبة قبل القبض والاجارة والمزارعـــــــــة وجعلها مضاربـــة .

واذا رجع الاب فى حال تعاقد على الهبة فان كان العقد مـــن العقود اللازمه لا يملك الأب فسخه كالاجارة ،وان كان من العقود التى لاتلزم كالمضاربة والمزارعة والمشاركة فان له فسخه .

الرابع :

أن لاتزيد العين الموهوبة عند الولد زيادة متصلة ترفع قيمتهـــا كالسمن والكبر والحمل . ومن ذلك ما اذا وهب له حيوانا مريضا فبرى عنده .

أما الزيادة المنفصله كولد البهيمة وثمر الشجرة ونحوهما فلا تمنع الرجوع على العين وتكون الزيادة ملكا للولد أما تلف بعض العين أو نقص قيمتها فانه لا يمنع الرجوع .

وصفة الرجوع من الأب فيما وهبه لابنه أن يقول : رجعت فى الهبة له أو ارتجعتها أو رددتها أوأعدتها الى ملكى وغير ذلك من الالفاظ الدالة على الرجوع .

والأكمل أن يقول : رجعت فيما وهبته لك من كذا . ولا يحتاج الرجوع الى حكم حاكم ولا الى علم الولد .

واذا سقط الأب حق الرجوع فانه لا يسقط وبعضهم يقول انه يسقط . ،

البحث الثاني :

موانع ترجع الى الموهوب لـــه :

العـوض : قسمان ١) ـ العـوض المالى ٢) ـ العـوض مـن حيث المعنى .

العـوض المالى : اذا عوض الموهوب له الواهب من هبته عوضـــــا وقبضـه الواهب امتنع على الواهب الرجوع فى هبـته لقوله عليه السـلام : " الواهب أحق بهبته مالم يثب منها " أى يعـوض و ذلك هو هبـة الثـواب أى العـوض ولان التعـويض دليل على ان مقصود الواهب هو الوصول الى العـوض فاذا عوض امتنع الرجوع لكن يشترط فى المعـوض أن يقول شيئا اعطى .

والعـوض نوعان[1] :

عوض مشروط فى العـقد

وعوض متأخر عن العـقد

أ ـ العـوض المشروط فى العـقد (أو الهبة بشرط العـوض أو هبـة الثواب) اذا قال الواهب : وهبت لك هذا القلم على أن تعـوضنى هـذا الثواب ، فقد اتفق الائمة الاربعة على صحة هذا الشرط والعـقد الـذى

---

١) ـ المبسوط : ١١/٧٥ ومابعدها ، البدائع : ٦/١٣٠ ، تكملة فتح القدير : ٧/١٣٣ ، حاشية ابن عابدين : ٤/٥٣٩

اشتمل عليه واختلفوا فى تكييف العقد المذكور .

فقال الحنفية ماعدا زفر: يعتبر هذا العقد هبة ابتداء بيعا انتهاء فتطبق عليه أحكام الهبة قبل القبض فلا تجوز هبة المشاع ويشترط القبض ويجوز الرجوع فى السلعتين مالم يتقابضا واما بالتقابض فيعد العقد بمنزلة البيع بحيث يرد البدلان بالعيب وعدم الروية ويرجع فى الاستحقاق وتجب الشفعة فى العقار .

وقال زفر : هو عقد بيع ابتداء وانتهاء وتثبت فيه أحكام البيع فلا يفسد بالشيوع ويفيد الملك بنفسه بدون اشتراط القبض لان معنى البيع موجود فى هذا العقد اذا البيع تمليك العين بعوض .

واعتمد جمهور الحنفية على انه وجد فى هذا العقد لفظ الهبة ومعنى البيع فيطعطى شبه العقدين (١)

وقال المالكية (٢): يعتبر هذا العقد كالبيع فى غالب الاحوال ويخالفه فى الاقل منها لان هبة الثواب تجوز مع جهل عوضها وجهل أجله

---

١) - البدائع : ٦/١٣٢

٢) - بداية المجتهد : ٢/٣٢٦ ، حاشية الدسوقى : ٤/١١٤

وليس للواهب رد الثواب المعيب وانما يلزم بقبوله ، مالم يكن العيب فادحا كجذام برص والا فلا يلزم الواهب قبوله ولو كمل له القيمة عند المالكية ينبغي أن يكون شرط العوض مقارنا لصيغة الهبة كأن يقول وهبتك أو اعطيتك هذا الشئ على أن تعوضني أو تثيبني وهل يشترط تعين جنس العوض وقدره أولا ؟ والجواب أنه لا يشترط على الصحيح ففي ذلك صورتان :

الصورة الأولى : أن لا يعين جنس العوض وقدره بأن يقول الواهب : وهبتك كذا بشرط أن تعوضني فاذا قبل الموهوب له كان الحكم في هذه الصورة أن عقد الهبة يلزم الواهب اذا قبض الموهوب العين الموهوبة أما قبل القبض فللواهب الرجوع فاذا قبضها الموهوب له لا يلزمه دفع العوض بالقبض بل له ان يردها على صاحبها أو يدفع له قيمتها على صاحبها قبولها أو قبول قيمتها .

أما قبل القبض فله أن يمتنع عن قبول قيمتها ولو ضاعفة هذا اذا لم يتصرف فيها الموهوب له تصرفا يزيد في قيمتها فان زادت عنده بسمن أو كبر أو نقصت بمرض فانها تلزم الموهوب له في هذه الحالة وعليه دفع قيمتها يوم قبضها على المعتمد وليس له ردها .

والحاصل : أن الواهب يكون مخيرا قبل القبض أما بعد القبض فان الواهب يلزم بتنفيذ الهبة ويكون الخيار للموهوب له بين رد العين الموهوبة وبين دفع قيمتها يوم قبضها وهذا اذا لم يتصرف بما يغيرها حالها من زيادة أو نقص فان كان ملزما بالقيمة .

الصورة الثانية : أن يعين جنس العوض وقدره كأن يقول له وهبت لك هذه الدار بشرط أن تعوضني مائة روبية أو تعوضني البستان الفلاني وحكم هذه الصورة أن العقد يلزم لمجرد القبول سواء قبض الموهوب له بالعوض سواء قبض العين أو لم يقبضها فالعقد يلزم فلا منهما برضى الموهوب له فاذا امتنع عن دفع العوض يجبر عليه (١)

والهبة في نظير العوض بيع في الحقيقة فلا تخالف البيع الا في أمور يسيرة منها أنها تجوز مع جهل العوض بخلاف البيع فانه يشترط فيه تعين الثمن وأنها تجوز مع جهل الأجل بخلاف البيع . ولا يلزم أن يكون القبول فيها فورا كما في البيع فهي تحل ما أحله البيع وتحرم ما حرمه فلا تصح بيعه كالجنين في بطن أمه وثمر البستان الذي لم يظهر صلاحه .

---

١)- بداية المجتهد : ٢ / ٣٢٦ حاشية الدسوقي : ٤ / ١١٤ ، ١١٥

ويلاحظ فى العوض أن يكون مما يصح دفعه فى بيع السلم حتى لا يفضى الى الربا، فاذا وهب له عروض تجارة تجوز أن يعوضه عنها نقودا من فضة وذهب أو طعام من قمح وشعير ونحوهما عروض تجارة من غير جنس العروض الموهوبة ، فاذا وهب له قماشا ساغ أن يعوضه عنها أصناعا عطرية نحو ذلك .

واذ وهب له فضة فلا يصح أن يعوضه عنها ذهبا اذا كان فى المجلس قبل تفرقهما أما المجلس فيجوز لأنه يكون من قبيل الصرف وكذلك اذا وهب له ذهبا فانه لا يجوز أن يعرضه فضة الا فى المجلس .

واذا لم يشترط الواهب العوض لفظا لا مبهما ولا معينا ولكنه ادعى أنه قصد العوض عند هبة بعض قبض العين الموهوبة فانه يصدق مالم تقم قرينة أو يدل عرف عملى يشهد ضده فاذا كان مثل الواهب لا يطلب فى هبته عوضا من مثل الموهوب له كان القول للموهوب له أما قبل القبض فالقول للواهب مطلقا .

واذا كانت الهبة لعرس وكان العرف يقتضى معوض عليها فللواهب أن يأخذ قيمة هبته معجلا ولا ينتظر الى عرس عنده كما هو المعتاد فى بعض

الجهات فان هدايا العرس يرد مثلها الى مهديها واذا أخذ المهدى قيمتها عاجلا فان لصاحب العرس أن يحاسبه على ما أكله عنده هو و أتباعه من نساء ورجال ، أما اذا كان العرف لا يقتضى الرد فلاحق للواهب فى طلبها .

واذا وهب له نقودا وسكوكة ولم يشترط العوض فانه لا حق له فى المطالبة بالعوض بدعوى أنه كان يرى العوض مطلقا ومثل النقود المسكوكة السبائك والحلى المنكسر فانه لا عوض فيه الا بالشرط أما الحلى الصحيح فان الواهب يصدق فيه .

فان وهب أحد الزوجين لزوجين شيئا للآخر فانه لا يصدق فى دعوى العوض الا اذا شرطه أو قامت قرينة تدل على نية العوض وهذا فى غير النقود المسكوكة أما هى فلا يصدق فيها الا بالشرط ولا تكفى القرينة .

وكذا اذا وهب شيئا لقادم من سفر ، ولم يشترط العوض فانه لا يصدق فى دعوى العوض ولو كان الواهب فقيرا و تضيع الهبة عليه مجانا . (١)

عند الشافعية والحنابلة :

يعتبر العقد بيعا على الصحيح فيلزم الموهوب له بدفع العوض المشروط وتطبيق عليه أحكام البيع من الشفعة والخيار وضمان الدرك أى ما يدرك المبيع من استحقاق ، ونحو ذلك (٢) و السبب هو أن اشتراط العوض صراحة يبطل الهبة ، لانه شرط مخالف لمقتضى العقد .

ثانيا : العوض من حيث المعنى : وهو ليس بعوض مالى هو ثلاثة أنواع . (٣)

الأول : الثواب من الله تعالى : فلا رجوع فى الهبة من الفقير بعد قبضها لأن الهبة الى الفقير صدقة ويطلب بها الثواب ولا رجوع فى الصدقة .

---

١)- بداية المجتهد : ٣/ ٣٢٦ حاشية الدسوقي : ٤/ ١١٤، ١١٥

٢)- المهذب : ١/ ٤٤٢ مغنى المحتاج : ٢/ ٤٠٤

٣)- البدائع : ٦/ ١٣٢ تكملة فتح القدير : ٧/ ١٣٤ حاشيةابن عابدين : ٤/ ٥٤١

الثانى : صلة الرحم :

فلا يصح الرجوع فى هبة ذوى الأرحام المحارم لأن هذه الصلـــة عوض معنوى ، لأن التواصل سبب التناصر والتعاون فى الدنيا .

فيكون وسيلة الى استيفاء النصرة وسبب الثواب فى الدار الآخـــرة فكان ذلك أقوى من المال .

الثالث : صلة الزوجية فلا يصح الرجوع فى هبة الزوجين لأن هذه الصلة تجرى مجرى صلة القرابة الكاملة بدليل أنه يتعلق بها التوارث فى جميع الاحوال .

موت الموهوب له : اذا مات الموهوب له امتنع الرجوع : لأن الملك انتقل الى ورثته فصار كما اذا انتقل فى حياته .

المبحث الثالث : موانع ترجع الى الموهوب

١- الزيادة المتصلة فى الموهوب بفعل الموهوب له أو بفعل غيره .

هذه الزيادة تمنع الرجوع سواء أكانت متولدة أو غير متولدة كأن يكون الموهوب دارا فبنى الموهوب له فيها بناء أو كان أرضا فغرس فيها أشجارا أو أقام ضحة ماء وثبتها فى الأرض وبنى عليها أو كان الموهوب ثوبا فصبغه بصباغ زادت به قيمته أو قطعة قميصا أو خاطه أو طرأ من وجمال فلا يصح الرجوع لان الموهوب اختلط بغيره والرجوع لا يمكن فى غير الموهوب لانه ليس بموهوب وبما أنه لا يمكن الرجوع فى الاصل بدون الزيادة فامتنع الرجوع اصلا .

وأما الزيادة المنفصلة : فلاتمنع من الرجوع سواء كانت متولدة من الاصل كالولد واللبن والثمر أم غير متولدة كالارش والكسب والغلة لان هذه الزوائد لم يرد عليها العقد فلا يرد عليها الفسخ وانما ورد على الاصل ويمكن فسخ العقد فى الأصل دون الزيادة بخلاف المتصلة وبخلاف زوائد المبيع فانها تمنع الرد بالعيب حتى لا يحصل هناك ربا لانه يترتب على فسخ البيع ورد الاصل ان يبقى الولد مثلا عند المشترى بدون مقابل وهذا هو معنى الربا ومعنى الربا لا يتصور فى الهبة لان الربا يختص بالمعاوضات .

وأما نقصان الموهوب فلا يمنع من الرجوع فى الهبة لانه ما دام له الحق فى الرجوع فيكل الموهوب فيكون الرجوع فى بعض الموهوب مع بقائه فكذا عند نقصانه ولا يضمن الموهوب له النقصان لان قبض الهبة بقبض مضمون (١)

٢- خروج الموهوب عن ملك الموهوبه له :

اذا خرج الموهوب عن ملك الموهوب له باى سبب كان كالبيع أو الهبة ونحوهما لان الملك يختلف بهذه التصرفات ، واختلاف الملكين كاختلاف العينين فلو وهب عينا لم يكن له أن يرجع فى عين أخرى ،فكذا اذا أوجب ملكا لم يكن له أن يفسخ ملكا آخر (٢) .

---

١)- المبسوط: ١٢/٨٨ البدائع : ٦/١٢٩ تكمله فتح القدير: ٧/١٣٢ وما بعدها حاشية ابن عابدين : ٤/٥٣٨

٢)- البدائع : ٦/١٢٩ حاشية ابن عابدين : ٤/٥٤١ تكملةفتح القدير: ٧/١٣٢ المبسوط : ١٢/٨٤

٣- هلاك الموهوب أو استهلاكه :

لأنه لا سبيل الى المرجوع فى الهالك ، ولاسبيل الى الرجوع فى قيمته لأنها ليست بموهوبة لعدم ورود العقد عليها وقبض الهبة غير مضمون .

ما هية الرجوع :

لاخلاف فى أن الرجوع فى الهبة بقضاء القاضى فسخ واختلف العلماء فى الرجوع فيها بالتراضى فقال جمهور الحنفية أنه فسخ أيضا كالرجوع بالقضاء فيجوز فى المشاع ولا يشترط لصحته القبض .

وقال زفر:

انه هبة مبتدأة : لأن ملك الموهوب عاد الى الواهب بتراضيهما فصار يشبه الرد بالعيب فيعتبر عقدا جديدا بالنسبة لشخص ثالث فيرر المتقاعدين .

واستدل جمهور الحنفية بأن المواهب بالفسخ يستوفى حق نفسه واستيفاء الحق لا يتوقف على قضاء القاضى بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لغير قضاء القاضى انه يعتبر بيعا جديدا فى حق شخص ثالث (أى غير المتقاعدين) لأنه لا حق للمشترى فى الفسخ وانما حقه فى كون المبيع سالما من العيوب ، فاذا لم يسلم اختل رضاه . (١)

---

١)- البدائع : ٦/١٢٨ حاشية ابن عابدين : ٤/٥٤٢

الرجوع في الهبة : في قانون الوصية -

١- للواهب أن يرجع في هبته قبل القبض متى ماشاء لأن الهبة لاتكون كاملة قبل القبض .

٢- وفقا للماده رقم : ٤ ،الرجوع في الهبة مشروع الا في مايلي من الظروف .

١- اذا كانت الهبة من الزوج الى زوجته وبالعكس .

٢- اذا كان الموهوب له محوا للواهب (اى لايجوز نكاحهما)

٣- اذا مات الموهوب له .

٤- عند خروج الموهوب من ملك الموهوب له بالبيع أو الهبة او غير ذلك .

٥- اذا تلف الموهوب او فقد .

٦- اذا اصبح الموهوب عاليا من اى وجه .

٧- اذا تغير الموهوب تغييرا لايمكن معرفته كما يتغير القمح بالطحن .

٨- اذا حصل الواهب شيئا عوضا من الموهوب له.

٣- للواهب الرجوع في هبته في حياته وليس لورثته الرجوع في هبته بعد موته . الواهب له حق الرجوع فقط وليس هذا الحق للموهوب له .

٤- اذا تم القبض في الهبة من الموهوب له فلا رجوع فيها الا بقضاء المحكمة العدليه - وللموهوب له أن يستخدم الموهوب حتى تصدر المحكمة بالرجوع فيها .

مقارنة بين الشريعة والقانون :

ليس هناك اى فرق فى الشريعة والقانون الوضعى فى باب الرجوع وموانع الرجوع فى الهبة لان القانون الوضعى يوافق الشريعة كما يقول فى القانون الوضعى " للواهب أن يرجع فى هبته قبل القبض فى شىء لان الهبة لاتكون كاملة قبل القبض وهكذا فى الشريعة .

هكذا موت الموهوب له يمنع الرجوع فى الهبة فى الشريعة وايضا فى القانون الوضعى .

نتائج البحث :

خاتم البحث وفيها توصلت الى أهم النتائج التى يمكن ان نستخلصها من دراسة الهبة كعقد من عقود التبرعات ويمكن ان نستخلص النتائج على النحو التالى :

١- اختلف الفقهاء فى تعريف الهبة والامر الذى يتفق فيه جميع التعريفات هو ان الهبة تمليك خالٍ عن العوض فاتفقوا فى كونها تمليكا وكونها بلاعوض وقد زاد بعضهم قيودا وآخرون قيودا أخرى فزاد الشافعية قيد الحياة لاخراج الوصية ونحوها .

وقال الحنابلة فى تعريف الهبة بما لا طائل تحته ، ويرجع الامر الى أن الحنفية عرفوا الهبة تعريفا شاملا وجامعا وهو انها تمليك العين بلا شرط العوض فى الحال .

٢- لقد ثبت مما ذكرت فى البحث ان الهبة عقد التزام من جانب واحد ، لاعلاقة فيه للموهوب له وانها تبرع لايصح الا ممن يكون اهلا للتبرع فهى فى كونها تملكا بلا عوض كالميراث والوصية وتختلف عنهما العارية فى انهما تمليك مضاف الى مابعد الموت بخلاف الهبة وانها تمليك المنفعة لا العين بل ولا تمليك فيها عند الشافعى والكرخى من الحنفية .

٣- اختلف الفقهاء فى معنى الاهلية للتبرع ،فاتفقوا على ضرورة كون الواهب عاقلا ،ومالكا للموهوب ،وان يكون بالغا ،و زاد المالكية عدم الحجر ، وعدم استغراق جميع ماله بالدين وكذلك الزوجة فيما زاد على ثلث مالها او مريضا مرض الموت فيما زاد على الثلثايضا ، وفى الثلاثة الاخيرة ينعقد الهبة موقوفه على اجازة من له الحق فى المال .

٤- يشترط فى الموهوب له ان يكون اهل للتملك عند الشافعية واهلا للتصرف عند الحنابلة اما مالك رح فيشترط عنده ان يكون اهلا للتمليك ايضا كالوقف فاتفقوا فى ان يكون الموهوب له من يصح قبوله وقبضه ، وزاد مالك اهلية للتمليك .

٥- يشترط فى الموهوب عند الحنفية ان يكون موجودا وقتالهبة متقوما مملوكا للواهب ، محرزا متميزا عن غير ولا مشغولا لغيرهبشرط القبض وباذن الواهب واليه يميل بقية الائمة . وكالمالكية لاتجعل القبض شرطا للزوم اما الحنفية والشافعية فيشترطون القبض لصحة الهبة ولزومها . اما هبة المشاع فيجوز بشرط ان لا يكون مشاعا وقت القبض وهذا عند الحنفية .

٦- الصيغة فهي كل ما يدل على التمليك من لفظ اوفعل ،او ما يدل على الهبة عرفا وهي ركن الهبة وهي ينبغي ان لا تكون معلقة بما له خطر الوجود والعدم ،ولو شرط فيها شرطا فاسدا فالهبة جائزة والشرط باطل لان كل عقد من شرطه القبض فان الشرط لا يفسده .

٧- اما هبة المشاع فلا تجوز هبته فيما يقسم كالدار والبيت الكبير فان قسم المشاع وسلّم جازت الهبة وهذا صحتها كما ذكرنا ويجوز عند الشافعي رح واحمد رح هبة المشاع مطلقا اعني فيما يقسم وفيما لا يقسم ولا خلاف فيه لغيرهم .

٨- تجوز الهبة بالعوض عند الحنفية بشروطها . وكذلك عند الشافعية بشرط ان يكون العوض معلوما وهي اذا في حكم البيع وكذا عند المالكية والحنابلة .

٩- حكم الهبة :

حكم الهبة ثبوت الملك للموهوب له الا انه يصح الرجوع عنه والفسخ وهذا عند الحنفية فقط ولا يصح الرجوع فيها عند المالكية اما قبل القبض فيصح للواهب الاب وكذلك عند الشافعية الا للوالد ولكل وجهة هو موليها .

والراجح فيه مذهب الحنفية فانهم يقولون ان الواهب له حق الرجوع فى الهبة بشرط ان لا يتعلق بالهبة حق الغير والادلة تويد هم كما ذكرنا فى الباب .

١٠ - لا تجوز هبة المريض الا مقبوضة خلافا لابن ابى ليلى والمراد بالمرض مرض الموت فان المرض الذى يعقبه الصحة فهو فى حكم الصحة ، وعند الحنابلة ان مات المريض عقيب الهبة فلا يصح الهبة فى اكثر من الثلث الا باجازة من الورثة وهذا الذى اميل اليه .

اما هبة المريض فيما فوق الثلث كان لم يكن له وارث فلا مانع لان التعقد بالثلث كان لحق الوارث ولا وارث اما بيت المال فليس بوارث .

١١- يجوز للواهب الرجوع فى الهبة عند ابى حنيفة وان تم القبض ولكن مع الكراهة وكذالك عند مالك للوالد فقط اذا وهب لابنه وعند الشافعية والحنابلة فلا يحل للواهب الرجوع فى الهبة .

و موانع الرجوع عند ابى حنيفة هى موت الواهب ، والزوجية والقرابة اعطا عوض عوضا .

اما الرجوع فى الهبة فالهبة اذا تمت بالقبض فهو عقد لازم عند الحنفية ولازم عند الجمهور الا ان عند المالكية تم بدون القبض ففى غير اللازم يصح الرجوع بشروط عند الحنفية الا ان الرجوع يكره ويكون بالتراضى او بقضاء القاضى والمالكية قالوا ان القبض شرط الا تمام فقبل القبض عقد غير لازم فله الرجوع وهو القبض له . وكذلك عند الشافعية والحنابلة ليس له حق الرجوع الا اذا كان الواهب والدا للموهوب له فحينئذ يجوز الرجوع عند الجمع لنص الحديث وكذلك الام لها حق الرجوع ولكن مالم يترتب عليها حق الغير كتزوج الولد بعد الهبة وكحدوث الدين لاجل او لتغير الموهوب عن حاله او ان يحدث الموهوب له فى الموهوب حدثا او ان يمرض الواهب او الموهوب له وهذا عند المالكية .

وللرجوع موانع ١- بعضها ترجع الى الواهب وهى موته بعد قبض الموهوب له ٢- وموت الموهوب له كذلك ٣- والزوجية كان يهب احد الزوجين للآخر ٤- والقرابة كان وهب لذى رحم محرم وهذا الاخير عند الحنفية اما الابن فله حق الرجوع اذا كان قد اراد العطف على الولد واراد بالهبة ذات الولد وكذا للام حق الرجوع بشرط ثالث مع هذين وهو ان يكون ولدها كبراء اوصغيرا له اب فلو كان يتيما فلا .

وكذا لا رجوع اذا تصرف الموهوب له في الموهوب ذاتـــــا او صفة تغيم او زادت قيمة الهبة او كاتب الهبة قد وثقت الابن فاعطوه دينـا فلا رجوع اذا وهذا عند المالكية .

وعند الشافعية فى اللازم من الهبة لا رجوع الا للاب والام والجدة . وان علا .

وللرجوع شروط :

١- ان يكون الولد حرا وان يكون الموهوب غنيا وان يكون الموهوب فى سلطة الولد وان لايكون الولد محجورا ان لاتكون الموهوبة مستهلكـة . وان لا يبيعها الولد . قالت الحنابلة الا انهم حصرو الرجوع بالاب فقط .

٢- وموانع ترجع الى الموهوب له وهى العوض ماليا كان او معنويـا وسواء كان مشروطا فى العقد او كان متاخرا عن العقد فان كان مشروطـا فهذا عقد هبة ابتداء وبيع انتهاء عند الحنفية خلافا زفر رح اذ قال انه بيع . وعند المالكية هو كالبيع فى غالب الاحوال .

وعند الشافعية و الحنابلة يعتبر العقد بيعا على الصحيح فتطبق اذا كل احكام البيع .

اما العوض المعنى فهو نية الثواب فتحسب صدقة فلا رجوع وكذا صلة الرحم وصلة الزوجية . وكذا موت الموهوب له يمنع الرجوع .

٣- وموانع ترجع الى الموهوب : وهى الزيادة المتصلة فيه بفعل الموهوب له او بفعل غيره اما الزيادة المنفصلة فلا تمنع الرجوع وكذا النقصان الموهوب ايضا .

وايضا يمنع الرجوع خروج الموهوب من ملك الموهوب له وهلاكه او استهلاكه ثم الرجوع بالقضاء فتح اما بالتراضى فعند جمهور الحنفية كذلك فيجوز فى المشاع ولا يشترط لصحة القبض وعند زفر انه يشبه الرد بالعيب فعقد جديد فى حق ثالث .

وبعد فهذا ما استطعت أن اسئل اليه حيث قد بلغت منتهى جهدى واقعى ما فى وسعى فان كنت قد أوافقت فذلك فضل من الله وان كنت غير ذلك فعذرى اننى بشر ومن طبيعة البشرى ان النقصان والخطى لأن الكمال لله وحده وانصمة من صفات الانبياء وحسبى اننى لازالت فى بداية الطريق . فهذا لبحث بعد التجربة الاولى بنسبة لي . والله سبحانه وتعالى اسئل ان يجعله بحثا نافعا ومفيدا القرّاء الفقه من ابناء الامة الاسلامية وصلى الله على سيدنا محمد واله وصحبتى اجمعين .

المراجع والكتب

١. القرآن الكريم .

كتب التفسير .

١: احكام القرآن لأبي بكر احمد بن علي الرازي الجصاص الحنفي المتوفى ٣٧٠ هـ . دار الكتاب العربي بيروت . لبنان .

٢: " جامع البيان في تفسير القرآن " للسيد معين الدين محمد بن عبد الرحمن الحسيني الأنجي الشافعي ١٣٢-١٩٤هـ طبعه دار نشر الكتب الاسلامية كوجرانواله باكستان

٣: " تفسير جلالين " للعلامة جلال الدين محمد بن احمد المحلي الشافعي و جلال الدين عبد الرحمن السيوطي . مكتبة لائل فور باكستان

٤: " تفسير روح المعاني في تفسير القرآن العظيم " لأبي الفضل شهاب الدين السيد محمود الالوسي البغدادي . طبعه دار الفكر بيروت .

كتب الحديث :

١- " الجامع الصحيح البخاري " لمحمد بن اسماعيل البخاري ٢٥٦ هـ
ج/٣ مطابع نور محمد أصح المطابع كراتشي
باكستان .

٢- " مسلم " الصحيح للامام مسلم بن الحجاج
القشيري طبع وزارة التعليم
العبدرالية / باكستان .

٣- " نيل الاوطار شرح منتقى الاخبار
من احاديث سيد الاخيار " لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني ١٢٥٠ هـ
طبعة دار الجيل بيروت - لبنان .
ج / ٥ .

٤- " نصب الراية لأحاديث الهداية " لجمال الدين ابو محمد عبد الله بن يوسف
الزيلعي (٧٦٢) أربعة اجزاء
الطبعة الاولى من مطبوعات المجلس العلمي
الهند . ج/٤ .

٥- " سبل السلام شرح بلوغ المرام " للشيخ محمد بن اسماعيل الامير اليمني
الصنعاني . مكتبة عاطف بجوار
دار الازهر / مصر - ج/٣

٥ - " الهداية " شرح بداية المبتدى.	لشيخ الاسلام برهان الدين الفرغاني المرغيناني ج/٤ مكتبة امداديه، ملتان/باكستان
٦ - " الفتاوى الهندية المشهورة بفتاوى عالمكيرية " وبهامشها الزيادة والخانية.	لنظام الدين ج/٦ طبع بالمطبعة الميمنة بمصر.
٧ - " شرح المجلة "	لمحمد خالد الأتاسي ج/٤ مكتبة اسلامية ميزان جوك كوئٹة / باكستان.
٨ - " فتح القدير شرح الهداية للمرغيناني مع تكملة "	لكمال الدين محمد بن عبدالواحد المعروف بابن الهمام (١٦١) والتكملة لسعد الدين أحمد المعروف بقاضي زاده (٩٩٩) مكتبة التجارية ١٣٥٦ هـ ج/٧
٩ - " احكام التركات والوراثة "	للامام ابوزهره.

كتب الشافعية .

١. "مغني المحتاج" الى معرفة معاني الفاظ المنهاج .

شرح الشيخ محمد الشربيني الخطيب على متن المنهاج لابي زكريا يحيى بن شرف النووي ج ١/٤ . الناشر: دار احياء التراث العربي . بيروت لبنان .

٢. "نهاية المحتاج" الى شرح المنهاج

لشمس الدين محمد بن احمد بن حمزه بن شهاب الدين الرملي المنوفي المصري الانصاري المشهور بالشافعي الصغير المتوفى سنة ١٠٠٤هـ ومعه حاشية الى ابي الضياء نور الدين علي بن علي الشبراملسي القاهري المتوفى ١٠٨٧هـ وبهامش حاشية احمد بن عبد الرحمن بن محمد بن احمد المعروف بالبشبيشي المتوفى ١٠٩٦هـ المكتبة الاسلامية لصاحبها محمد رياض الشيخ .

٣. "الاقناع" في حل الفاظ ابي شجاع .

تأليف شمس الدين محمد بن احمد الشربيني الخطيب القاهري الشافعي . ج ١/٢ : دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع (طبعة دار المعرفة)

٤ - " المهذب "
للشيخ الامام الزاهد ابي اسحق ابراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي الشيرازي ٤٠٠/١ مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه مصر .

٥ - " الاشباه والنظائر "
في
قواعد وفروع فقه الشافعية .
تأليف الامام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي المتوفى سنة ٩١١ هـ
دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان .

كتب الحنابلة :-

١ - " منتهى الارادات "
في
جمع المقنع مع التنقيح والزيادات
لتقي الدين محمد بن احمد الفتوحي الحنبلي المصري الشهير بابن النجار ج/٢
مع تحقيق عبد الغني عبد الخالق
مكتبة عالم الكتب .

٢ - " كشاف القناع "
عن
متن الاقناع .
للشيخ العلامة فقيه الحنابلة منصور بن يونس بن ادريس البهوتي ج/٤

٣ - "المغني" — عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة ٦٢٠هـ ٥/٤ . مكتبة الرياض الحديثة بالرياض .

٤ - "اعلام الموقعين" — لإمام ابن قيم الجوزية ٧٥١هـ ٣/٤ طبعة : دار الجيل للنشر والتوزيع والطباعة بيروت - لبنان .

٥ - "الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الامام احمد بن حنبل" — لشيخ الاسلام علاء الدين ابي الحسن علي بن سليمان المرداوي الحنبلي . صححه و حققه محمد حامد الفقي . رجب ١٣٧٦هـ في اب ١٩٥٧م دار احياء التراث العربي بيروت لبنان .

كتب الفقه المالكي .

١ - "حاشية الدسوقي" على الشرح الكبير -
- لشمس الدين محمد عرفه الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ٢/٤ ، طبع بدار احياء الكتب العربية عيسى البابي الحلبي وشركاه - مصر -

٢ - "الخرشي" على مختصر خليل لأبي عبدالله محمد بن عبدالله -
- لأبي عبدالله محمد بن عبدالله بن علي الخرشي المالكي ٧/٤ دار صادر - بيروت .

٣ - "بداية المجتهد" و نهاية المقتصد -
- لأبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ٥٢٠ - ٥٩٥ هـ
شركة مصطفى البابي وأولاده بمصر .

كتب اللغة :-

١ - "لسان العرب" لابن ابي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الافريقي المصري - دار صادر بيروت

٢ - "معجم الوسيط" ج ٢/ ج ٢

٣ - "تاج العروس" لمحمد مرتضى الزبيدي ج ١/

٤ - المختار من صحاح اللغة تأليف محمد محي الدين عبد الحميد محمد عبد اللطيف السبكي ص ٥٨٤

كتب القانون

1. MULLA ON "TRANSFER OF PROPERTY ACT"
(IV OF 1882)
PAKISTAN EDITION
By
PROF. SARDAR MOHAMMAD IQBAL KHAN MOKAL.

2. MULLA : PRINCIPLE OF
"MOHAMMADEN LAW" (PAKISTAN EDITION)
By
Dr. M. A. MANNAN.

3. "INSTITUTES OF MUSSLMAN LAW"
By
NAWAB A.F.M. ABDUR RAHMAN.

4. CONTRACT ACT 1872.

فهرست

عنوان	صفحہ
مقدمة :	١ — ٢
خطة الرسالة :	٣ — ٤
خلاصة الرسالة :	٥ — ٩
التمهيد :	
تعريف العقد، تعريف الهبة لغةً :	١٠ — ١٢
تعريف الهبة اصطلاحاً :	١٢ — ١٧
مقارنة بين الشريعة والقانون :	١٨
مشروعية الهبة :	١٩ — ٢٣
الفصل الاول :	
المبحث الاول: خصائص الهبة والفرق بينها وبين العقود الاخرى :	٢٤ — ٢٦
الفصل الثاني: أركان الهبة وشروطها:	
المبحث الأول : الواهب وشروطه :	٢٧ — ٣١
المبحث الثاني : الموهوب له وشروطه :	٣٢ — ٣٣

المبحث الثالث : الموهوب وشروطه - ٣٤ ـــ ٣٨
- هبة المشاع . : ٣٩
- حكم الهبة من رجلين لرجل واحد : ٤٠
- حكم الهبة لاثنين : ٤٠ ـــ ٤٥
- شرط القبض : ٤٦ ـــ ٥٣
- هبة الدين لغير من عليه الدين : ٥٣ ـــ ٥٤
- الواقع القبض : ٥٥ ـــ ٦٢
المبحث الرابع : صيغة الهبة وشروطها : ٦٣ ـــ ٧٤
- ايجاب المقترن بقرينة الوقت (العمرى) : ٦٥
- ايجاب المقترن بشرط (الرقبى) : ٦٥ ـــ ٦٦
- ايجاب المقترن بالمنفعة : ٦٧ ـــ ٧٢
- أركان الهبة فى قانون الوضعى : ٧٣ ـــ ٧٤
- مقارنة بين الشريعة والقانون : ٧٥
الفصل الثالث : فى هبة المشاع وهبة العوض وحكم الهبة .
المبحث الاول : هبة المشاع : ٧٦ ـــ ٨٤
- المشاع فى قانون الوضعى : ٨٥
- مقارنة بين الشريعة والقانون : ٨٦
المبحث الثانى : هبة العوض : ٨٦ ـــ ٩٣
- مقارنة بين مختلف المذاهب والقانون . ٩٤ ـــ ٩٦
المبحث الثالث : حكم الهبة . ٩٧ ـــ ١٠١

عنوان	صفحة
الفصل الرابع : هبة المريض	
المبحث الاول : هبة المريض بالثلث اودونه	١٠٢ ـــ ١١٠
المبحث الثاني : هبة المريض فيما فوق الثلث .	١١١ ـــ ١١٥
: مقارنة بين القانون والشريعة .	١١٦
الفصل الخامس :	
الرجوع في الهبة وموانع الرجوع فيها .	
المبحث الاول : - آراء مختلف المذاهب :	١١٧ ـــ ١١٩
- موانع ترجع الى الواهب :	١٢٠ ـــ ١٢٩
المبحث الثاني : - موانع ترجع الى الموهوب له :	١٣٠ ـــ ١٣٧
المبحث الثالث : - موانع ترجع الى الموهوب :	١٣٨ ـــ ١٤٠
- الرجوع في الهبة في قانون الوصية :	١٤١
- مقارنة بين الشريعة والقانون الوضعي :	١٤٢
- نتائج البحث .	١٤٣ ـــ ١٥٠

International Islamic University Malaysia
المكتبة
LIBRARY
Islamabad