DOI: doi.org/10.21009/hayula.001.2.03

أحكام التزام الضمان في الهبة دراسة فقهية مقارنة

عبد الوالي بن مشعان السلمي

أستاذ مشارك ، قسم الدراسات الإسلامية والمهارات اللغوية .

كلية العلوم والآداب – بالكامل جامعة جدة - University of Jeddah

Abstract

The study aimed to find out the rule of security commitment to the donation in Islamic jurisprudence, has followed the inductive and analytical and descriptive writing research, was a statement of what the gift in the language and terminology, as well as the fact that commitment, and security, as well as the statement of the rule of security commitment to the donation, through the display the views of scholars and their evidence and out opinion the most correct, and the study showed a number of results mainly because of his talented on the donor in the event of the appearance of a defect in the gifted thing, if the gift egypt, Vestrd Awad if it exists, but if the damage, the donor is committed to guarantee the talented, and commitment The guarantee shall be like that if it is Its like, otherwise A value and recommended study care of the subject of the rule of security commitment in the donation through seminars and television programs, and teaching at universities.

Key words: Giveaway, Commitment, Warranty, Value

الخلاصة

هدفت الدراسة إلى معرفة حكم التزام الضمان في الهبة في الفقه الإسلامي، وقد اتبعت المنهج الاستقرائي والوصفي التحليلي في كتابة البحث، وتم بيان ماهية الهبة في اللغة والاصطلاح، وكذلك حقيقة الالتزام، والضمان، وكذلك تم بيان حكم التزام الضمان في الهبة، وذلك من خلال عرض آراء الفقهاء وأدلتهم والخروج بالرأي الأرجح، وأظهرت الدراسة جملة من النتائج أهمها يرجع الموهوب له على الواهب في حال ظهور عيب في الشيء الموهوب، وذلك إذا كانت الهبة بعوض، فيسترد العوض إذا كان قائماً، أما إذا تلف، فإن الواهب يلتزم بضمانه للموهوب، و الالتزام بالضمان يكون بمثله إن كان له مثل، وإلا فالقيمة، وأوصت الدراسة بالعناية بموضوع حكم التزام الضمان في الهبة من خلال الندوات والبرامج التلفزيونية، والتدريس في الجامعات .

الكلمات الافتتاحية : الهبة، الالتزام، الضمان، الملك، القيمة

المقدمة

فإن الإسلام العظيم شرع للمسلم ما يدعو إلى العون والتعاون وحسن التواصل مع الأخرين، ومن ذلك تأتي مشروعية الهبة، التي تعد من عقود التبرعات التي يقدم عليها الإنسان عن طواعية واختيار؛ رغبة في الأجر والثواب ، وقد يكون له في ذلك مآرب أخرى.

وهي (الهبة) تصرّف مالي لها أحكام فقهية متعددة منها :

أحكام التزام الضمان فيها ,وهي قضية مهمة تستحق بفرعياتها البحث فيها والحكم عليها؛ حتى تستبين الأمور وتتضح لكل من الواهب والموهوب له ليكون كل منهما على بيّنة من أمره فيعرف ما له وما عليه؛ فيقطع دابر النزاع والخلاف إن حصل , فيستمر ويستقر الود بينهما.

مشكلة الدراسة :

١- متى يثبت ملك الهبة للموهوب له ؟

٢- متى يثبت الرجوع عن الهبة ؟

٣- هل يثبت التزام الضمان بعد الرجوع عن الهبة ؟

٤- هل تجوز هبة المشاع ؟ وهل يثبت فيها التزام ضمان ؟

٥- ما حكم التزام الضمان في الهبة المستحفة للغير ؟

٦- ما حكم التزام ضمان الهبة إذا اشترط فيها العوض وهلكت ؟

الدراسات السابقة .

من خلال البحث استطعنا الوقوف على بعض الدراسات في هذا الموضوع ، وهي :

١- موانع الرجوع في الهبة دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، حسن محمد بودي ، مصر – دار الكتب العلمية ، ط١، ٢٠١٠.

DOI: doi.org/10.21009/hayula.001.2.03

تحدث الباحث عن تعريف الهبة وأركانها ، وموانع الرجوع فيها ، ومن الموانع العوض المالي والقرابة والزوجية، وتكلم عن حكم الرجوع عند الزيادة المتصلة، والمنفصلة ، وعن الرجوع عند موت أحد العاقدين ، قبل القبض أو بعده ، وبالنسبة للدراسة " أحكام التزام ضمان الهبة " فإنها ركزت على أحكام الضمان في عدة مسائل في الهبة، وهذا لم يتم بيانه بشكل واضح في الدراسة السابقة المشار إليها .

٢- الآثار الناشئة عن الرجوع في الهبة ، علي بن محمد بن رمضان الرشيدي ، الأسكندرية ، دار الفكر ، ط١، ٢٠١٠.

ركز الباحث على التعريف بالهبة ، والفرق بينها وبين الوصية والإباحة ، وشروط الهبة ، والهبات اللازمة ، وغير اللازمة ، وأعذار الرجوع في الهبة ، ومنها القضائية ، وتحدث عن دعوى الرجوع في الهبة ، ولم يتحدث عن التزام الضمان إلا في مواطن نادرة ، مثل استحقاق الموهوب أو العوض عند الرجوع في الهبة ، أما بالنسبة للدراسة " أحكام التزام ضمان الهبة، فقد تم من خلالها بيان أحكام التزام الضمان لمجموعة من المسائل في الهبة بعد بيان أرآء الفقهاء وأدلتهم التي احتجوا بها .

منهجية الدراسة

١- المنهج الاستقرائي، وذلك من خلال استخراج مفردات الدراسة ومادتها العلمية من مصادر المذاهب الفقهية الخمسة ، وهي المذاهب الأربعة بالإضافة للمذهب الظاهري .

٢- المنهج الاسنباطي:القائم على استخراج الأحكام الفقهية من أدلتها التفصيلية.

٣- المقارنة والمقاربة والترجيح بين الآراء الفقهية حسب الأقوى والأقرب لمقاصد الشريعة.

٤- عزو الآيات الكريمة إلى السور التي أخذت منها .

٥- تخريج الأحاديث الشريفة من مظانها .

المطلب الأول : تعريف الالتزام والضمان والهبة ووقت ثبوت الملك فيها وحكم الالتزام بضمانها قبل تحققه ، وفيه ثلاثة فروع :

الفرع الأول : تعريف الالتزام و الضمان ، والهبة .

الالتزام في اللغة : من لزم يلزم لزوما بمعنى الثبات والدوام. [١]

الالتزام في الاصطلاح : لم يرد تعريف عند الفقهاء للالتزام ، ولكن وردت عبارات

عند الفقهاء يفهم منها معنى الالتزام ، ومن ذلك ما ورد عند ابن قدامة من القول : " بأن الإنسان لا يلزمه في ذمته شيء إلا بإلزام أو التزام " [٢]. تعريف الالتزام عند الفقهاء المعاصرين : من ذلك تعريف مصطفى الزرقا ، فقد عرف الالتزام بأنه : " كون الشخص مكلفا شرعا بفعل أو امتناع عن فعل لمصلحة غيره "[٣]

أ- مفهوم الضمان : عرف الشيخ مصطفى الزرقا الضمان بأنه : التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير[٤].

ب- مفهوم الهبة :

الهبة في اللغة : العَطيّةُ الخاليةُ عن الأعواضِ، والأغراضِ، يقالُ: وهبتُ له: أعْطيتُهُ، والاتِّهاب قَبُول الهبة[٥]. الهبة في اصطلاح الفقهاء:

أ- تمليك مال في الحياة بغير عوض[٦].وهذا التعريف تم الوقوف عليه في مصادر المذاهب الفقهية الأربعة ، ومن الملاحظ أن هذا التعريف يدخل فيه التمليك بالصدقة ، والوقف والهدية .

ب- وهناك تعريف للهبة عند الحنابلة ، وهو أن الهبة : تمليك جائز التصرف مالًا معلومًا أو مجهولًا تعذر علمه موجودًا مقدورًا على تسليمه غير واجب في الحياة بلا عوض[٧] . فقوله غير واجب : خرج به مال الزكاة والنذر والكفارة ، فإن كل ذلك لا يعتبر هبة .

وقوله : في الحياة : خرجت بذلك الوصية ؛ لأن التمليك فيها يكون بعد موت الموصي .

DOI: doi.org/10.21009/hayula.001.2.03

شرح تعريف الهبة في اصطلاح الفقهاء : وهو تمليك مال في الحياة بغير عوض.

أولاً: أن التمليك بطريق الهبة يشمل ذات الشيء، أي : عينه، وكذلك يشمل منافعه.

ثانيًا: في الحياة : تخرج الوصية؛ لأن الملك يثبت للموصى له بعد موت الموصي[٨].

ثالثًا: بلا عوض : تخرج عقود المعاوضات، كالبيع، والإجارة[٩].

رابعًا: الأصل في الهبة أنها تبرع من غير عوض أو مقابل؛ لأن الواهب يبتغي وجه الله تعالى، وهذا يعني أنها تعد في هذه الحالة تبرعاً ابتداءً وانتهاءً.

خامسًا: قد تكون الهبة بعوض مشروط من قبل الواهب، وفي هذه الحالة تعد هبة ابتداءً بيعاً انتهاءً.

الفرع الثاني : وقت ثبوت الملك في الهبة :

إن الهدف من بحث هذه المسألة، يكمن بمعرفة وقت ثبوت الملك للموهوب له في الهبة، والسؤال الذي يطرح ذاته في هذا المجال ، هل يثبت الملك للموهوب له بمجرد انعقاد العقد، أم أنه يثبت عند قبض الموهوب؟ وهذا يفيدنا في التعرف على أحكام التزام الضمان للهبة، والذي سيتم بيانه - بمشيئة الله تعالى- في الصفحات الآتية.

آراء العلماء في وقت ثبوت الملك في الهبة:

الرأي الأول: يثبت الملك للموهوب له في الهبة بالقبض، وهذا ما ذهب إليه كل من الحنفية[١٠]،والشافعية في رواية[١١]، وجمهور الحنابلة[١٢]*.

الرأي الثاني: يثبت الملك في المال الموهوب للموهوب له بالعقد، وهذا ما ذهب إليه كل من المالكية[١٣]، والشافعية في رواية[١٤]، والحنابلة في رواية[١٥] *، والظاهرية"[١٦].

الرأي الثالث : أن الملك في المال الموهوب موقوف إلى أن يوجد القبض ، فإذا وجد القبض من قبل الموهوب له صار الشيء الموهوب ملكًا له ، وإلا فإنه يكون للواهب ، وذلك في قول عند الشافعية ، وقول عند الحنابلة [١٧].

الأدلة: أدلة أصحاب الرأي الأول:

احتج أصحاب هذا الرأي لقولهم الذي يقضي بثبوت الملك في الموهوب بالقبض بعدد من الأدلة من السنة، والآثار، والإجماع، والمعقول، وهي:

أولاً: السنة:

قال رسول الله : "لا تجوز الهبة إلا مقبوضة"[١٨]. ووجدنا رواية في مصنف عبدالرزاق عن الثوري عن منصور عن إبراهيم قال:" الهبة لا تجوز حتى تقبض"[١٩].

وجه الدلالة: الحديث يدل على عدم ثبوت الملك في الهبة قبل القبض من قبل الموهوب له، وبما أن الملك يثبت للموهوب له بالقبض ، فكذلك لا تلزم إلا بالقبض[٢٠].

ثانياً: الآثار:

من خلال الاستقراء والبحث وجدنا مجموعة من الآثار عن الصحابة- رضي الله عنهم- تدل على أن القبض هو الطريق الذي يثبت من خلاله الملك للموهوب له في الشيء الموهوب ، وقد جاءت الآثار الدالة على الحكم السابق على النحو الآتي :

١- عن عائشة – رضي الله تعالى عنها-:" أن أبا بكر كان نحلها[*] جادّ"*" عشرين وسقاً من ماله بالغابة" فلما حضرته الوفاة ، قال: والله يا بُنَيةُ ما من الناس أحدٌ أحبُّ إلَيَّ غنًى بعدي منك، ولا أعزُّ عليّ فقراَ بعدي منك، وإني كنتُ نحلتُكِ جادَّ عشرينَ وِسقاً، فلو كُنْتِ جَدَدتْيِهِ ، واحتزتيه ، وإنما هو اليوم مال وارثٍ، وإنما هما أخواك وأختاك، فاقتسموا على كتاب الله عز وجل".[٢١]

DOI: doi.org/10.21009/hayula.001.2.03

٢- عن عبد الرحمن بن عبدالقاري أن عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- قال: " ما بال أقوام ينحلون أبناءهم نحلاً ثم يمسكونها فإن مات ابن أحدهم ، قال: مالي بيدي لم أعطه أحداً،وإن مات هو، قال:هو لابني ، كنت قد أعطيته إياه ، من نحل نحلة ،فلم يحزها الذي نحلها ، حتى تكون إن مات لورثته فهي باطلة ".[٢٢].

٣-عن سعيد بن المسيب – رضي الله عنه - عن عثمان بن عفان –رضي الله عنه-أنه قال: " من نحل ولداً له صغيراً لم يبلغ أن يحوز نحله ، فإن أعلن بها وأشهد عليها ،فهي جائزة ، وإن وليها أبوه ".[٢٣]

وجه الدلالة: دلت الآثار السابقة على أنه لا يثبت الملك للموهوب له في الهبة إلاّ بعد أن يتم قبضها[٢٤].

ثالثاً: الإجماع:

ورد عن كبار الصحابة عن أبي بكر، وعمر، وعثمان- رضي الله عنهم- بأن الملك يثبت للموهوب له في الهبة بعد قبضه لها ، ولم يعرف لهم في ذلك مخالف، فكان إجماعاً. [٢٥]

رابعاً: المعقول:

١- إن الهبة تعد عقداً من عقود التبرعات ، والحكم بثبوت الملك في الهبة قبل القبض يعتبر إلزاماً للواهب وهو المتبرع بشيء لم يتبرع به، والحكم بهذا الشكل على المتبرع لا يصح.[٢٦]

٢- إن الهبة عقد إرفاق، كالقرض، فلا يتم الملك فيها إلا بالقبض.[٢٧]

٣- إن الهبة لا يثبت فيها حكم اللزوم قبل القبض، كما لو مات الموهوب له قبل أن يقبضها؛ لأنها تبطل إذا مات الموهوب له قبل القبض ، باعتبارها غير لازمة قبل القبض.[٢٨]

أدلة أصحاب الرأي الثاني:

احتج أصحاب هذا الرأي لقولهم ، والذي يقضي بثبوت الملك في الهبة بالعقد بجملة من الأدلة من القرآن، والسنة، والآثار، والقياس، والمعقول، وهي:

أولاً: القرآن :

قال تعالى : " يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود " [٢٩]. وجه الدلالة : تدل الآية على وجوب الوفاء بالعقود ، وبما أن الهبة عقد من العقود ، فإنه يلزم الوفاء بها بمجرد العقد دون توقف على القبض .

ثنيا: السنة:

عن عبد الله بن عباس- رضي الله عنهما- قال رسول الله- صلى الله عليه وسلم-:" العائد في هبته كالعائد في قيئه".[٣٠] وجه الدلالة: الحديث يدل على أن الهبة تلزم بمجرد العقد ، وهذا يعني أنه لا يجوز للواهب أن يرجع في هبته [٣١] ؛لأن الملك يثبت للموهوب له في الهبة بمجرد العقد

ثالثا: الآثار:

احتج أصحاب هذا الرأي بالآثار الواردة عن أبي بكر، وعمر، والتي ذكرناها ضمن أدلة أصحاب الرأي الأول، ووجه استدلالهم بتلك الآثار، أن الهبة تعد عقداً من العقود ؛ ولهذا لم يشترطوا القبض كشرط من شروط الصحة للعقد ، بل هو شرط من شروط التمام ؛ وبناءً على ذلك ذهبوا إلى القول : بأن الهبة تتم بالعقد ، وليس بالقبض[٣٢]*.

رابعا : القياس: قياس الهبة على البيع

١- من خلال البحث وجدنا أن القائلين بثبوت الملك بمجرد العقد قاموا بقياس الهبة على البيع، ووجه القياس: أن الملك يثبت في البيع بمجرد انعقاد العقد، فكذلك الأمر بالنسبة للهبة[٣٣].

٢- القياس على الوقف.

DOI: doi.org/10.21009/hayula.001.2.03

وجه القياس: أن الهبة إزالة ملك بغير عوض، فتلزم بمجرد العقد، كالوقف[٣٤].وتوضيح ذلك أن الوقف يعتبر لازماً بمجرد أن صدر عن الواقف ، وهذا يعني أنه يخرج من ملك الواقف ويدخل في ملك الموقوف عليه ، وكذلك الأمر بالنسبة للهبة ، فإنها تلزم وتخرج من ملك الواهب مجرد أن صرح بها لغيره .

خامسا : المعقول:

وذلك أن الأصل في العقود أن لا قبض مشترط في صحتها، حتى يقوم الدليل على اشتراط القبض[٣٥]، ومعنى ذلك أن الملك يثبت في الهبة بمجرد انعقاد العقد ، ولا يتوقف على قبض الموهوب له .

أدلة أصحاب الرأي الثالث : فهي لا تخرج عن أدلة أصحاب الرأي الأول ؛لأن الملك مرتبط بالقبض.

مناقشة الأدلة :

مناقشة أدلة أصحاب الرأي الأول:

ناقش القائلون بثبوت الملك في الهبة بالعقد أدلة القائلين بثبوته بالقبض بما يأتي:

أولاً: بالنسبة لحديث:" لا تجوز الهبة إلا مقبوضة".

من خلال البحث في كتب تخريج الحديث وجدنا أنه حديث غريب، وهذا ما ذكره الزيلعي في نصب الراية.[٣٦]

ثانياً: بالنسبة لاستدلالهم بالأثر الوارد عن أبي بكر،فقد ورد عند ابن حزم بأنه لا يخلو ضرورة من أحد أمرين:

أولاً: إما أن يكون أراد نخلاً تجد هي منه عشرين وسقاً.

ثانياً: وإما أن يكون أراد تمراً يكون عشرين وسقاً مجدودة.

وأي الأمرين كان، فإنما هي عدة، وتابع ابن حزم قوله:" ولا يلزم هذه القضية عندهم، ولا عندنا؛ لأنها ليست في معين من النخل، ولا معين من التمر، وقد تجد عشرين وسقاً من أربعين نخلة، وقد تجد من مائتي نخلة، فهذا لا يتم إلا حتى يعين النخل، أو الأوساق في نخلة، فيتم حينئذٍ بالجداد، والحيازة، فليست هذه القصة من الهبة المعروفة المحدودة، ولا من الصدقة المعلومة المتميزة".[٣٧]

هذا وقد ذكر ابن حزم أن الأثر الوارد عن أبي بكر في هبته لعائشة ورد من عدة طرق، وبينها اختلاف، ومنها أنه ورد مرسلاُ من طريق وكيع عن إسماعيل بن أبي خالد عن الشعبي، فبطل تعلقهم بخبر أبي بكر، وعاد حجة عليهم، وصح أنهما رأيا الهبة جائزة بغير قبض.[٣٨]

ثالثاً: وبالنسبة لاستدلالهم بالآثار الواردة عن عمر، وعثمان، فقد ورد عن ابن حزم أنها حجة، إلاّ أنهما اختلفا، فعمر- رضي الله عنه- عمّ كل موهوب، وعثمان خص من ذلك صغار الولد، فالأمر رأي من رأيهما اختلفا فيه،لا تقوم به الحجة على أحد، وقد صح عن أبي بكر، وعائشة خلاف ذلك. [٣٩]

رابعاً: وبالنسبة لقياسهم الهبة على القرض، فقد ورد القول عن ابن حزم : أنه قياس باطل؛ لأن القرض يرجع به متى أحب، ولا يرجع في الهبة، ولا في الصدقة، وأيضاُ فإن الهبة، والصدقة تمليك للرقبة بغير عوض، والقرض تمليك للرقبة بعوض*، فبطل قياس بعض ذلك على بعض؛ لاختلاف أحكامها.[٤٠]

خامساً: أما بالنسبة لاستدلالهم بأن الهبة عقد تبرع،وبالتالي فلا يلزم إلاّ بالقبض، نوقش هذا الدليل بأن الهبة يثبت فيها حكم اللزوم بمجرد العقد، ولا يتوقف لزومها على القبض.[٤١]

مناقشة أدلة أصحاب الرأي الثاني:

ناقش القائلون بثبوت الملك في الهبة بالقبض أدلة القائلين بثبوته بالعقد بما يأتي:

DOI: doi.org/10.21009/hayula.001.2.03

أولاً: بالنسبة لاستدلالهم بحديث:"العائد في هبته كالعائد في قيئه" نوقش هذا الحديث بأنه محمول على الهبة المقبوضة. [٤٢]وذلك بعد وصول الهبة إلى يد الموهوب له ، ولا يكون ذلك إلا بقبضه لها، والهبة تلزم بعد القبض، وهذا يعني أنه لا يجوز الرجوع فيها.

ثانياً: أما بالنسبة لدليل القياس، وذلك بقياسهم الهبة على البيع،أجيب عنه بأن هذا القياس لا يصح، لأن الملك يثبت في البيع بالعقد، بخلاف الهبة فلا يثبت فيها الملك، ولا تلزم إلاّ بالقبض.[٤٣]

ثالثاً: بالنسبة لقياسهم الهبة على الوقف ، أجيب عنه بأن هذا القياس لا يصح ؛ لأن الوقف إخراج ملك إلى الله تعالى، فخالف التمليكات. [٤٤] والهبة تمليك من الواهب للموهوب له.

الرأي المختار مع بيان حكم التزام الضمان:

بعد أن قمنا بعرض آراء الفقهاء في مسألة ثبوت الملك في الهبة، وسوق الأدلة التي احتج بها كل فريق، ومناقشتها، فإننا نميل إلى ترجيح ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول، والذي يقضي بثبوت الملك في الهبة بالقبض ، هذا وقد قمنا بترجيح هذا الرأي لعدة أسباب منها: قوة الأدلة التي احتجوا بها في دلالتها على المقصود بشكل واضح وجلي، وكذلك فإن الناظر في طبيعة عقد الهبة ليدرك بأنه من الأولى ترجيح القول بثبوت الملك في الهبة بالقبض؛ لأن المالك يحق له الرجوع بهبته قبل قبض الموهوب له للهبة، ومن مسوغات الترجيح أن القول بثبوت الملك بالقبض أولى من القول بثبوته بالعقد ؛ لأن ترجيح القول بثبوت الملك بالعقد يترتب عليه حرج يلحق بالواهب ؛ لأن هذا الحكم فيه إلزام للواهب بتسليم الموهوب بمجرد صدور العقد ، والواهب قد تطرأ ظروف في حياته بعد العقد تجعله لا يستطيع تسليم الموهوب لا بل قد تضطره هذه الظروف إلى الرجوع عن هبته ، فالقول بثبوت الملك بالعقد في هذه الحالة يؤدي إلى إلحاق الحرج بالواهب، وما جاءت أحكام الشريعة الغراء إلا لرفع الحرج عن الناس .

الفرع الثالث : حكم الالتزام بضمان الهبة قبل تحقق ثبوت الملك :

هذا وبعد أن بينا الوقت الذي يثبت فيه الملك في المال الموهوب ،وأن ذلك يكون بقبض الموهوب له للهبة، ارتأينا أن نبين حكم الضمان في هذه المسألة، وذلك أن الموهوب له إذا تصرف بالهبة قبل القبض، فإنه يلتزم بضمانها في هذه الحالة، ولا سيما إذا كان قبضه لها بدون إذن مالكها، ومن خلال البحث في هذا الموضوع استطعنا الوقوف على جملة من عبارات، ونصوص الفقهاء التي تؤكد الحكم بالتزام الضمان، وهي:

ورد في الهداية عند الحنفية، ما نصه:" وإن قبض، أي: الموهوب له الهبة، بعد الافتراق لم يجز إلاّ أن يأذن له الواهب في القبض".[٤٥]

تدل العبارة على أنه لا يجوز للموهوب له قبض الهبة بدون إذن من الواهب،ومعنى ذلك أن الموهوب له إذا تصرف بالهبة بعد الافتراق بدون إذن من الواهب، فإنه يحكم عليه بالتزام الضمان؛ لأنه تصرف في ملك الواهب؛ لبقاء ملكه قبل القبض.[٤٦]*

ووردت العبارة في مغني المحتاج عند الشافعية، ونصها:" ولا بدّ أن يكون القبض بإذن الواهب، فلو قبض بلا إذن ،ولا إقباض لم يملكه ،ودخل في ضمانه سواء قبضه في مجلس العقد، أم بعده".[٤٧]

ووردت العبارة عند الحنابلة في المغني ، ونصها:" والواهب بالخيار قبل القبض إن شاء أقبضها وأمضاها، وإن شاء رجع فيها ومنعها، ولا يصح قبضها إلا بإذنه، فإن قبضها الموهوب له بغير إذنه لم تتم الهبة، ولم يصح القبض".[٤٨]

المطلب الثاني: التزام الضمان في حالة حكم القاضي بالرجوع بالهبة , وفيه فرعان :

الفرع الأول : حكم الرجوع في الهبة بطريق القضاء:

DOI: doi.org/10.21009/hayula.001.2.03

إن البحث في هذه المسألة سيركز على الرجوع في الهبة بعد القبض*، فمن خلال النظر والبحث في المصنفات الفقهية التي تناولت هذه المسألة توصلنا- بعون الله تعالى ومشيئته- إلى أن للفقهاء رأيين فيها، وهما:

الرأي الأول: لا يصح الرجوع في الهبة إلا بقضاء القاضي، أو بطريق الرضا، ويجوز تصرف الموهوب له بالهبة قبل صدور حكم القاضي بالرجوع.

وهذا ما ذهب إليه الحنفية[٤٩].

هذا وقد وجدنا عبارة في أحد مصنفات الحنفية تؤكد الرأي الذي ذهبوا إليه ، وهي:" لا يصح الرجوع في الهبة إلاّ بقضاء، أو رضا، ويجوز تصرف الموهوب له بالهبة قبل القضاء بالرجوع، ولا يجوز بعد القضاء، وهي أمانة في يده بعد القضاء لا يضمنها إلا بالمنع".[٥٠]

الرأي الثاني: الرجوع في الهبة يثبت بدون حاجة إلى قضاء القاضي، وهذا ما ذهب إليه كل من المالكية[٥١]، والشافعية[٥٢]، والحنابلة[٥٣].

ومن عبارات الشافعية المؤكدة لما ذهبوا إليه، ما ورد في روضة الطالبين من القول:" الرجوع في الهبة لا يفتقر إلى قضاء القاضي، وإذا رجع ولم يسترد المال فهو أمانة في يد الموهوب له "الولد" بخلاف المبيع في يد المشتري بعد فسخ البيع؛ لأن المشتري أخذه على حكم الضمان".[٥٤]

ومن عبارات الحنابلة في هذه المسألة:" والرجوع في الهبة أن يقول قد رجعت فيها ، أو ارتجعتها، أو نحو ذلك من الألفاظ الدالة على الرجوع، ولا يحتاج إلى حكم حاكم".[٥٥]

وبالنسبة لهذا الرأي ، فإنه يتعلق برجوع الأب إذا وهب ابنه ، وكذلك إذا وهب لأجنبي وشرط عليه الثواب ، أي : العوض ، ولم يثبه منها ، فله الرجوع في مثل هذه الحالة .

الأدلة

أدلة أصحاب الرأي الأول:

احتج من قال بأنه يشترط قضاء القاضي للرجوع في الهبة بالمعقول، ودليلهم يتمثل بما يأتي:

أولاً: إن هذا الأمر مختلف فيه بين الفقهاء، فلا بد من الفصل بالرضا، أو القضاء، حتى لو كانت الهبة عبداً، فأعتقه قبل القضاء نفذ، ولو منعه ، فهلك لم يضمن، لقيام ملكه فيه، فإذا منعه من مالكه بعد القضاء ضمن للتعدي.[٥٦]

ثانياً: إن الرجوع في هذه المسألة فيه قطع الملك عن الموهوب له، وقطع الملك عن الإنسان من غير قضاء ،ولا رضاء لا يجوز[٥٧].

فقبل صدور الحكم عن القاضي بالرجوع، وقبل رد الموهوب له الهبة على الواهب باختياره ورضاه، يعد تصرف الموهوب له إنما حصل في ملك نفسه فيصح، وبعد صدور قضاء القاضي بالرد صار الموهوب ملكاً للواهب، فلا يصح تصرف الموهوب له به، وإذا صدر منه أي تصرف أدى إلى إتلاف الموهوب، أو نقصه ، فإنه يضمن للواهب قيمة النقص، أو التلف الحاصل بسببه .

أدلة أصحاب الرأي الثاني:

احتج القائلون بجواز الرجوع بدون حكم القاضي بالأدلة الآتية :

أولاً: السنة :

عن ابن عباس وابن عمر –رضي الله تعالى عنهما – يرفعان الحديث إلى النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: " لا يحل للرجل أن يعطي العطية ثم يرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده " [٥٨].

وجه الدلالة : الحديث يدل على أنه يجوز للأب الرجوع فيما وهب لولده ، أي يحق له أخذه منه جبراً بلا عوض[٥٩] ، ورجوع الأب في هبته لابنه لا يحتاج إلى حكم القاضي ، وخصوصاً أن الحديث لم يرد فيه ذكر اللجوء للقضاء ، وبناءً على ذلك فإنه يجوز رجوع الواهب على الموهوب له إذا كانت الهبة بعوض ، ولم يؤد الموهوب له العوض المشروط للواهب، وذلك بدون حاجة إلى قضاء القاضي

ثانياً: إنه يعد خياراً في فسخ عقد، فلم يفتقر إلى قضاء القاضي، كالفسخ بخيار الشرط. [٦٠].

DOI: doi.org/10.21009/hayula.001.2.03

الرأي المختار

بعد أن قمنا بعرض آراء الفقهاء في مسألة حكم الرجوع بالهبة بقضاء القاضي، وبعد سوق الأدلة التي احتجوا بها، يمكننا القول قبل الترجيح لأي من الرأيين: بأن الواهب يستطيع أن يرجع بهبته بطريق الرضا، والاتفاق مع الموهوب له بدون الرجوع للقضاء، هذا الحكم يكون عند التمكن من الرجوع بالهبة بالتراضي بين الطرفين ، ودون أن يضطر الواهب إلى اللجوء للقضاء .

أما إذا لم يتمكن الواهب من الرجوع بهبته بطريق التراضي، فإننا نميل إلى ترجيح الرأي الذي يقضي بالرجوع في الهبة عن طريق القضاء، فإذا صدر حكم القاضي بالرجوع، فإنه يتوجب على الموهوب له أن يرد الهبة لصاحبها. وهنا لابد أن نلاحظ بأن الرجوع بالهبة عن طريق القضاء إنما يكون في حالة كون الهبة لأجنبي كما هو عند الحنفية ، وكذلك إذا كانت بعوض ولم يدفع الموهوب له ما شرط عليه من عوض ، أو ثواب ، وذلك كما ورد عند الحنفية، وكذلك عند الإمام مالك؛ لأن الواهب لم يقدم على هبة غيره إلا بشرط الحصول على العوض ، فإذا لم يحصل على ما أراد من العوض ، ففي هذه الحالة يحق له؛ أن يرفع الأمر للقضاء للمطالبة باسترداد هبته .

وبالنسبة لأصحاب الرأي الثاني والذين قالوا: بجواز الرجوع بدون رفع الأمر للقضاء ، فيمكن القول : بأن الواهب إذا أراد الرجوع فيما وهب إذا لم يحصل على العوض ، فقد لا يستجيب الموهوب له ، ولا يسلمه هبته بطريق الرضا ، فهنا لم يبق أمامه إلا اللجوء للقضاء؛ لاسترداد هبته ، وكذلك الأمر في حالة الرجوع بالهبة إذا كانت بيد الولد ، فقد يطرأ ظرف للوالد يجعله يرجع في هبته التي بيد ابنه ، وليس بالضرورة أن يوافق الولد برد الهبة من ذات نفسه ، لأن واقع المحاكم في هذا الزمان يشهد كثيراً من القضايا بين الآباء وأبنائهم ، فإذا وصل الأمر إلى هذا الحد، فقد يضطر الوالد إلى اللجوء للقضاء من أجل استرداد ما وهبه لابنه ، وعلى القاضي أن يسمع للدعوى التي رفعها الأب للمطالبة باسترداد ماله الذي وهبه لابنه .

الفرع الثاني :حكم التزام ضمان الهبة بعد صدور حكم القاضي بإرجاعها:

بالنسبة للالتزام بالضمان في هذه المسألة، فالموهوب له لا يجوز له التصرف بالهبة بعد صدور حكم القاضي بوجوب إرجاع الموهوب، وإذا صدر الحكم بالرجوع، فامتنع الموهوب له من تسليم الموهوب للواهب حتى تعرض للهلاك، فإن الموهوب له يحكم عليه بالضمان في هذه الحالة ؛ لأنه بامتناعه من إرجاع الموهوب إلى مالكه بعد صدور الحكم

وبناءً على ما سبق إذا وهب شخص لآخر جملاً ، ثم أراد الواهب الرجوع في هبته، وكان قد رفع الأمر للقاضي ؛ لكي يحكم له بإرجاع الجمل إلى حوزته ، وصدر الحكم عن القاضي بالرجوع ، ففي مثل هذه الحالة إذا امتنع الموهوب له من رد الجمل إلى الواهب، فإنه يحكم عليه بالتزام الضمان، ولا سيما إذا تعرض الجمل للهلاك ؛ لأنه بامتناعه من الرد يعد متعدياً ، والتعدي على حقوق الآخرين يعتبر موجباً لالتزام الضمان ، ومن جانب آخر فإنه يتوجب على الموهوب له ضمان الغلة الحاصلة من الجمل ، كأن يستعمله بالنقل والركوب مقابل الأجرة ، والحكم بالتزام الموهوب له للضمان إنما يكون من تاريخ رجوع الواهب بطريق الرضا ، أو من تاريخ صدور حكم القاضي بالرجوع.

المطلب الثالث: حكم التزام الضمان في هبة المشاع*.

من خلال البحث والدراسة وجدنا أن الفقهاء اتفقوا على جواز هبة المشاع الذي لا يقسم[٦١] ، أما فيما يتعلق بهبة المشاع الذي يقبل القسمة فقد اختلفوا فيه إلى رأيين، وهما:

الرأي الأول: لا تصح هبة المشاع فيما يقسم إلا محوزة، ومقسومة، وهذا ما ذهب إليه الحنفية.[٦٢]

.

هذا وقد وردت عبارة فقهية من عبارات الحنفية تدل على جواز هبة المشاع إذا تم فرزه، ونص العبارة كما وردت عند الزيلعي :" أن الواهب إذا وهب مشاعاً لآخر، ثم قسم ما وهب، وأفرزه ثم

DOI: doi.org/10.21009/hayula.001.2.03

سلمه إلى الموهوب له جاز، وكذلك إذا وهب داراً فيها طعام للواهب، أو ثمرة معلقة في نخل، أو زرعاً في أرض فأخرج الطعام من الدار، وجدّ الثمرة من النخل، وحصد الزرع، ثم سلّم ذلك محوزاً مفرزاً جاز ذلك وينظر في ذلك إلى حال القبض دون حال العقد".[٦٣] .تدل العبارة الفقهية عند الحنفية على أن الموهوب إذا كان مما يقبل القسمة، ثم قام الواهب بفرزه عن غيره، وسلمه للموهوب له، فإنه يجوز، وقوله: وينظر في ذلك إلى حال القبض دون العقد، يعني أنه حال القبض كان قد أفرزه عن غيره.

الرأي الثاني: تصح الهبة في المشاع الذي يقبل القسمة قبل قسمته، وهذا ما ذهب إليه كل من المالكية[٦٤]، والشافعية[٦٥]، والحنابلة.[٦٦]، والظاهرية[٦٧] .

الأدلة

أدلة أصحاب الرأي الأول:

احتج القائلون بعدم صحة هبة المشاع الذي يقبل القسمة بعدد من الأدلة من الآثار، والمعقول، وهي:

أولاً: الآثار:

١-احتجوا بالأثر الوارد عن أبي بكر- رضي الله عنه- عندما وهب جاد عشرين وسقاً لابنته عائشة، وكذلك بالأثر الوارد عن عمر بن الخطاب-رضي الله عنه- في نحل الوالد لابنه، وقد ذكرنا هذه الآثار في بداية البحث.[٦٨]

وجه الدلالة : تدل الآثار على أنه لا يجوز هبة ما يقبل القسمة حتى يتم قبضه، ويكون ذلك بعد قسمته، وفرزه عن غيره.[٦٩]

٢-روى عن علي بن أبي طالب –رضي الله عنه- أنه قال:" من وهب ثلث كذا، أو ربع كذا لا يجوز ما لم يقاسم". وكان ذلك بمحضر من الصحابة، ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر، فكان إجماعاً.[٧٠]

وجه الدلالة: دل الأثر على عدم جواز هبة ما يقبل القسمة من المشاع، حتى يقسم ثم يقبض.[٧١] فإذا تم فرزه وقسمته، فعندها تصح فيه الهبة.

ثانياً: المعقول:

١- إن القبض يعد شرطاً لجواز عقد الهبة، والشيوع يمنع من القبض؛ لأن معنى القبض هو التمكن من التصرف في المقبوض، والتصرف في النصف الشائع وحده لا يتصور، حيث إن سكن نصف الدار شائعاً، ولبس نصف الثوب شائعاً محال.[٧٢]

٢- تعد الهبة من عقود التبرعات، فلو صحت في مشاع يحتمل القسمة لصار عقد ضمان؛ لأنه يجوز للموهوب له أن يطالب الواهب بالقسمة، فيلزمه ضمان القسمة، وهذا بدوره يؤدي إلى إيجاب الضمان في عقد التبرع، وفيه تغيير للمشروع.[٧٣]

أدلة أصحاب الرأي الثاني

احتج أصحاب هذا الرأي لقولهم: بصحة الهبة في المشاع الذي يقبل القسمة بعدد من الأدلة من السنة، والقياس، وهي:

أولاً: السنة:

عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، قال:" سمعت النبي- صلى الله عليه وسلم- وقد جاءه رجل ومعه كبة من شعر*، فقال أخذت هذه من المغنم لأصلح بها بردعة بعير لي، فقال النبي:" ما كان لي ولبني عبد المطلب فهو لك".[٧٤]

وجه الدلالة:

يدل الحديث على صحة هبة المشاع، سواء في ذلك ما أمكن قسمته، أو لم يمكن.[٧٥]

ثانياً: القياس:

DOI: doi.org/10.21009/hayula.001.2.03

١- إنه يجوز بيعه فجازت هبته، كالذي لا ينقسم.[٧٦] ومعنى ذلك أن ما لا يقبل القسمة من الأموال تجوز فيه الهبة، فكذلك الأمر بالنسبة لما ينقسم، وخصوصاً أن كلاً منهما يجوز بيعه، فتجوز فيه الهبة.

٢- إنه مشاع، فأشبه ما لا ينقسم، وذلك في جواز هبته.[٧٧] ومعنى ذلك أنه لا يوجد فرق في صحة الهبة بين المشاع الذي لا يحتمل القسمة، والذي يحتملها، فما ينطبق على الأول ينطبق على الآخر في الجواز.

مناقشة الأدلة

مناقشة أدلة أصحاب الرأي الأول:

ناقش القائلون بصحة هبة المشاع الذي يقبل القسمة أدلة القائلين بعدم جواز ذلك بما يأتي:

أولاً: بالنسبة لاستدلالهم بالآثار، وخصوصاً الأثر المنقول عن أبي بكر- رضي الله عنه- في هبته لابنته عائشة، فقد أجاب ابن حزم عن ذلك، بأن اللفظ الذي احتجوا به مخالف لقولهم، بل فيه إجازة هبة جزء من المشاع؛ لأنه نحلها جداد عشرين وسقاً من ماله بالغابة.

ولا يخلو ذلك ضرورة من أحد وجهين:

الأول: إما أن يكون نحلها من تلك النخل ما تجد منه عشرين وسقاً، أو نحلها عشرين وسقاً مجدودة، وهذا هو الأظهر.[٧٨]

الثانيً: أنه نحلها، وأمضى لها ذلك المقدار، وهو مجهول العدد، والقدر، والعين في مشاع، وكان ذلك بحضرة الصحابة، ولم يخالف أحد في ذلك، ولم يبطله أبو بكر لذلك، وإنما أبطله بنص قوله:" لأنها لم تحزه" فقط، ولو جددته، وحازته لكان نافذاً، فعاد حجة عليهم.[٧٩]

ثانياً: وبالنسبة لاستدلالهم، بأن وجوب القسمة يمنع صحة القبض*، فهذا الاستدلال لا يصح لهم ؛ والسبب في ذلك أنه لم يمنع صحته في البيع، فكذلك الأمر بالنسبة للهبة. فمتى كانت الهبة لاثنين فقبضاه بإذنه ثبت ملكهما فيه ، وإن قبضه أحدهما ثبت الملك في نصيبه دون نصيب الآخر [٨٠]

مناقشة أدلة أصحاب الرأي الثاني :

ناقش القائلون بعدم صحة هبة المشاع القابل للقسمة أدلة القائلين بصحة ذلك بما يأتي.

أولاً: بالنسبة لحديث الكبة، أجيب عنه بأنه يحتمل أن النبي- صلى الله عليه وسلم- وهب نصيبه منه، واستوهب البقية من أصحاب الحقوق، فوهبوا، وسلموا الكل جملة، ويوجد في الحديث ما يدل عى ذلك، حيث قال :" وسأسلمك الباقي"، وما كان النبي ليخلف في وعده، وهبة المشاع على هذا السبيل جائزة، وهذا من باب هبة المشاع الذي لا ينقسم.

ونوقش من وجه آخر: أن الكبة الواحدة لو قسمت على الجم الغفير، أي: العدد الكثير، فهذا يعني أنه لا يصيب كلٌّ منها إلا القليل، فكان في معنى المشاع الذي لا ينقسم.[٨١]

ثانياً: بالنسبة لدليلهم بأن ما يقسم من المشاع يعد كالمشاع الذي لا يقسم في جواز هبته، أجيب عنه، بأنه لا حكم للهبة بدون القبض، والشيوع مانع من القبض الممكن للتصرف، أما بالنسبة لما لا يقسم من المشاع، فإنه تجوز هبته للضرورة؛ لعدم احتمال القسمة، أما ما قسم فلا ضرورة فيه، لأن المحل محتمل للقسمة، فيمكن إزالة المانع من القبض الممكن بالقسمة.[٨٢]

الرأي المختار:

بعد أن قمنا بعرض الآراء الفقهية في مسألة هبة المشاع،وسوق الأدلة التي احتج بها كل فريق لدعم رأيه، ومناقشتها، فإننا نميل إلى ترجيح الرأي الذي يقضي بجواز هبة المشاع فيما يقسم ، أي : يقبل القسمة؛ وذلك لقوة الأدلة التي احتج بها أصحاب هذا الرأي، ووجاهتها في الدلالة على المقصود، ومن جانب آخر، فإن الموهوب إذا كان يقبل القسمة، فلا توجد مشكلة في هذه الحالة؛ والسبب في

DOI: doi.org/10.21009/hayula.001.2.03

ذلك أنه يمكن فرز الجزء الموهوب، وعزله عن بقية الأجزاء، ومن ثم تسليمة للموهوب له، وبالنسبة للقول الذي يقضي بعدم جواز هبة ما يقبل القسمة قبل فرزه وعزله عن غيره، إذا أخذنا به ، فإن ذلك سيؤدي إلى الحاق الحرج بكثير من الأفراد ، خصوصاً أن كثيراً ممن يقدمون على التبرع بطريق الهبة ، إنما يهبون من أموالهم ما يقبل القسمة ، باعتباره أسهل في عزل المال الموهوب ، وتسليمه للموهوب له بأقل التكاليف ، إذا ما قيس بهبة المال المشاع .

لقد تم ترجيح رأي الجمهور، والذي يقضي بجواز هبة المشاع الذي يقبل القسمة، أما إذا أردنا بيان حكم التزام الضمان في هذه المسألة ،فإنه سيتبين لنا من خلال رأي الحنفية ؛ وهذا لا يعني أننا نرجح رأي الحنفية في هذه المسألة ، ولكن بيان حكم التزام الضمان لا يظهر إلا من خلال رأي الحنفية، ولا سيما في الزمن السابق ، أما في الزمن الحاضر فإن الأمر قد اختلف، ورأي الجمهور هو الأولى بالتطبيق ، وهذا ما سيظهر بيانه فيما بعد .

هذا وقد ورد عند الحنفية نص فقهي يدل على التزام الضمان في حال هبة المشاع إذا تم تسليمه دون فرزه عن بقية أجزاء المشاع، ومن ذلك ما ورد في تبيين الحقائق، ونصه:" ولو سلمه شائعاً لا يملكه حتى لا ينفذ تصرفه فيه، ويكون مضموناً عليه، وينفذ فيه تصرف الواهب".[٨٣]

والحنفية عندما قالوا بعدم جواز هبة المشاع الذي يحتمل القسمة إذا لم يكن مقسوماً، إنما نظروا إلى جانب الواهب؛ لأنه سيلزم بالقسمة ، والهبة من عقود التبرع ، فالقول بالجواز يعد إلزاماً للواهب شيئاً لم يلتزمه ، وهو مؤنة القسمة[٨٤] ، وإلزام الواهب بذلك ينافي التبرع .

وفي الزمن الحاضر إذا قام شخص بهبة قطعة من الأرض تقدر بألف متر، ولم تكن قطعة الأرض الموهوبة قد قسمت، وأفرزت عن غيرها، بمعنى أنها لا زالت مشاعاً، ففي هذه الحالة إذا أراد الموهوب له أن يتسلم ما وهب له من الأرض، فإنه يتوجب على الواهب أن يقوم بفرز الألف متر

التي تمت هبتها، وهذا يعني أن الواهب سوف يتحمل مؤنة القسمة، وهذا ينافي التبرع كما بينا سابقاً.

ومع أننا ذكرنا مثالاً يوضح إلزام الواهب بالضمان في حال هبته للمشاع القابل للقسمة بناءً على رأي الحنفية ، إلا أنه ليس بالضرورة أن يتحمل الواهب مؤنة القسمة ، ففي الزمن الحالي نجد أن العرف يقضي بأن يتحمل المشتري القسمة ، والتي أصبحت تتمثل بدفع تكاليف الفرز لحصته ، وقياساً عليه يمكن القول : بأن الموهوب له يتحمل التكاليف ؛ حتى لا يجتمع على الواهب أمران الهبة وتكاليف الفرز ؛ ولذلك يمكن تطبيق رأي الجمهور في الزمن الحالي، والذي يقضي بجواز هبة المشاع القابل للقسمة، وبالتالي فإن الموهوب له يتحمل تكاليف الفرز والقسمة ؛ لأنه المنتفع بالأرض التي قدمت له تبرعاً بطريق الهبة .

المطلب الرابع: حكم التزام ضمان العوض في الهبة* المستحقة للغير:

من خلال البحث في هذه المسألة توصلنا إلى أن الفقهاء اتفقوا على أنه يحق للموهوب له الرجوع على الواهب في العوض الذي دفعه، وهذا الحكم يثبت إذا تبين أن الهبة مستحقة للغير[٨٥]، وسوف نقوم بتفصيل هذه المسألة من خلال عرض النصوص والعبارات المنقولة عن فقهاء المذاهب ، وذلك بمشيئة الله تعالى ورعايته .

أولاً: عند الحنفية.

ورد في تبيين الحقائق ، ما نصه:" وإذا استحق جميع الهبة كان للموهوب له أن يرجع بجميع العوض؛ لعدم سلامة مقصوده من العوض، وهو تأكد ملكه في الهبة، هذا إذا كان بدل المستحق قائماً". وإن استحق الهبة، والعوض هالك يرجع على الواهب بقيمة العوض إن لم يكن له مثل، وبمثله إن كان له مثل".[٨٦]

DOI: doi.org/10.21009/hayula.001.2.03

ووردت العبارة في تبيين الحقائق في هذا الشأن، ونصها:" فإن استحق نصف الهبة كان للموهوب له أن يرجع على الواهب بنصف العوض؛ لأنه لم يسلم له مقصوده من العوض في هذا القدر"[٨٧]

أما العبارة الفقهية في مجمع الضمانات، فنصها:" إذا استحق الهبة رجع بالعوض إن كان قائماً، ويضمنه إن كان مستهلكاً".[٨٨] * بالنسبة للعوض المتأخر لا يعتبر مضموناً عند أبي يوسف ، وفي رواية عند أبي حنيفة .

وجه الدلالة :تدل النصوص الفقهية والمنقولة عن فقهاء الحنفية على التزام الواهب للعوض الذي أخذه من الموهوب له إذا تبين أن الهبة مستحقة للغير؛ لأنه في هذه الحالة يكون قد وهب ما لا يملك، فإذا استحق الهبة بكاملها، فإن الموهوب له يرجع على الواهب بكامل العوض الذي دفعه، هذا إذا كان العوض قائماً، أما إذا أتلف، أو تلف، فإن الواهب يتوجب عليه الضمان بالمثل إن كان له مثل، فإن لم يكن له مثل، فعليه القيمة للموهوب له، وينطبق الحكم بتضمين الواهب إذا استحق نصف الهبة، فالتزامه يكون بمقدار ما استحق، أي: أنه يلتزم دفع نصف العوض، والغاية من الالتزام تتمثل بأن الموهوب له لم يتحقق له مقصوده من الهبة عند استحقاقها؛ فكان التزام الضمان من أجل جبر الضرر الذي لحق به، ورد الحق لصاحبه.

ثانياً: عند المالكية:

من خلال البحث في مصنفات المالكية، وجدنا أنه ورد عندهم ما يفهم منه بأن الهبة إذا تبين استحقاقها للغير ، أي : أنها لم تكن مملوكة للواهب ، ففي هذه الحالة يحق للموهوب له أن يرجع بالثواب الذي كان قد دفعه مقابل الهبة.[٨٩]

وردت العبارة في المدونة بما يخص استحقاق العوض، ونصها:" فإن استحق العوض، أيكون لي أن أرجع في هبتي، قال نعم: إلا أن يعوضك عوضاً آخر يكون قيمة الهبة، أو أكثر مكان العوض الذي استحق".[٩٠]

وجه الدلالة : تدل العبارة بمنطوقها على أنه يحق للواهب أن يرجع في هبته إذا ظهر العوض مستحقاً للغير، إلاّ أن يقوم الموهوب له بدفع عوض آخر يساوي قيمة الهبة، ففي هذه الحالة لا يثبت له حق الرجوع.

وتدل العبارة بمفهومها على حق الموهوب له في الرجوع على الواهب بما دفعه من عوض مقابل الهبة إذا خرجت مستحقة للغير.

ثالثاً: الشافعية:

وردت العبارة عند الشافعية في مسألة استحقاق الهبة، ونصها:" ويسترد المثيب ثوابه إن خرج الموهوب مستحقاً، وإن خرج بعضه مستحقاً يخير بين أن يرجع بقسطه من الثواب، وبين أن يرد الباقي ويرجع بجميع الثواب".[٩١]

رابعاً: عند الحنابلة:

وردت العبارة عند الحنابلة في مسألة استحقاق الهبة ، ونصها:" وإن شرط فيها- الهبة - عوضاً معلوماً صارت بيعاً ، وتثبت فيها أحكام البيع ، كخيار المجلس، والرد بالعيب، واللزوم قبل التقابض ".[٩٢]

فإذا ظهر المبيع مستحقاً، فإن المشتري يثبت له الحق في الرجوع على البائع بما دفعه من ثمن، وكذلك الأمر هنا، فإن الموهوب له يحق له الرجوع على الواهب بما دفعهُ من عوض للهبة، هذا إذا

DOI: doi.org/10.21009/hayula.001.2.03

كان العوض قائماً، أما إذا كان مستهلكاً، أوتعرض للتلف، فإن الواهب يضمن مثلهُ إن كان له مثل، وإلا فإنه يضمن قيمة العوض الذي كان قد قبضه مقابل الهبة .

الأدلة التي استدل بها الفقهاء

احتجوا لرأيهم بإثبات الحق للموهوب له بالرجوع على الواهب بالعوض إذا تبين استحقاق الهبة للغير بما يأتي :

أولاً : أن القبض في العوض لم يقع مجاناً، وإنما وقع مبطلاً حق الرجوع في الأول، فإن لم يسلم المقصود منهُ بقي القبض مضموناً؛ فيرجع بعينه إذا كان قائما، ويرجع بقيمته إذا هلك.(٩٣)

ثانياً: يلتزم الواهب بدفع العوض في حال استحقاق الهبة؛ لأن عقد الهبة في حال اشتراط العوض يعد عقد بيع.(٩٤)

المطلب الخامس:حكم التزام ضمان الهبة إذا اشترط فيها العوض وهلكت :

إذا شرط الواهب على الموهوب له عوضاً معيناً عند العقد ، ومن ثم تلفت الهبة قبل أن يؤدي الموهوب لهُ عوضها للواهب، فما الحكم في مثل هذه الحالة؟

من خلال التتبع لآراء الفقهاء في مظانها وجدنا أن الفقهاء اتفقوا على وجوب التزام الموهوب له بدفع قيمة الهبة للواهب(٩٥)، إذا تلفت عنده، وهذا الحكم بالتزام الموهوب له، إنما يثبت إذا كان العوض مجهولاً غير معين ، أما إذا كان العوض معيناً ، ومن ثم تلفت الهبة بيده ، ففي هذه الحالة ليس على الموهوب له إلا العوض.

هذا ومن خلال التتبع لهذه المسألة في مظانها الفقهية تمكنا – بعون الله تعالى- من الوقوف على جملة من النصوص الفقهية التي تؤكد حق الواهب في إلزام الموهوب له بقيمة الهبة إذا تلفت قبل أداء العوض ، وقد قمنا بترتيب النصوص على النحو الآتي :

جاء عند الحنفية في معرض الحديث عن الهبة بعوض:" ويرجع بقيمتها إذا كانت هالكة".(٩٦)

العبارة تدل على حق الواهب في تضمين الموهوب له قيمة الهبة إذا كانت هالكة، خصوصًاَ أنه لم يستطع استردادها في هذه الحالة، فبقي حكم الالتزام بالضمان.

وبالنسبة المالكية فقد ورد عندهم:" أن الموهوب له لا يلزمهُ أن يدفع الثواب؛ لأن لهُ أن يقول للواهب خذ هبتك عني لا حاجة لي بها، اللهم إلا أن تفوت بيده بزيادة، أو نقص كهرم الكبير، فإنهُ حينئذ يلزم الموهوب لهُ القيمة يوم قبض الهبة".[٩٧]

العبارة تدل على التزام الموهوب له قيمة الهبة في حال نقصها مما يؤدي إلى نقصان قيمتها، فإذا حكم على الموهوب له بالضمان في حال النقص، فإنهُ يحكم عليه بالتزام الضمان في حال التلف من باب أولى، وخصوصاً أن تلفها يعد أعظم خسارة من نقصانها.

وجاء عند الشافعية ما نصه:" إذا تلفت الهبة فعليه القيمة، أي: قدرها يوم قبضها ولو مثلياً في الأصح، فلا يتعين جنس من الأموال بل الخيرة فيه للمتهب، أي: الموهوب له".[٩٨]

والثاني : يلزمهُ ما يعد ثواباً لمثلهِ عادةً.

وقيل: أي: عند الشافعية، عليه أن يدفع لهُ إلى أن يرضى ولو بأضعاف قيمته.[٩٩]

النصوص الفقهية المنقولة عن فقهاء الشافعية تدل على التزام الموهوب له بدفع قيمة الهبة لمالكها إذا تلفت، أو يدفع للواهب ما يعد ثواباً، وعوضاً في عرف الناس، أو يرضيه ولو بزيادة على قيمتها مع أن الأولى ، والأعدل أن يدفع قيمتها يوم قبضها.

وجاء في مصنفات الحنابلة ما نصه:" فإن تلفت فقيمتها يوم التلف، وقيل يرضيه بقيمة ما وهبهُ، وهو ما يعد ثواباً لمثله عادة".[١٠٠]

المطلب السادس: حكم التزام ضمان الهبة في حال ظهور عيب فيها :

من المعروف بين الناس، ولا سيما بين التجار أن العيب ينقص من قيمة الشيء؛ وبناءً على ذلك، فإن الإنسان عندما يقدم على شراء سلعةٍ ما، فإنهُ يحرص على سلامتها من العيوب التي

DOI: doi.org/10.21009/hayula.001.2.03

تنقص من قيمتها، وكذلك الأمر بالنسبة للهبة إذا كانت بشرط العوض، فإن الموهوب لهُ يحرص على خلوها من العيوب التي تناقض مقصوده من الشيء الموهوب؛ وبناءً على ذلك، فإن السؤال الذي يطرح ذاته في هذا الشأن، ما الحكم في حال ظهور عيب في الشيء الموهوب؟ الإجابة على هذا السؤال ستظهر – بمشيئة الله - من خلال بحث المسألة عند الفقهاء.

من خلال البحث لحكم هذه المسألة وجدنا أن الفقهاء اتفقوا على ثبوت الحق للموهوب له برد الموهوب في حال ظهور عيب ينقص من قيمته.(١٠١)

هذا وقد ارتأيت أن أورد بعض العبارات الفقهية التي تؤكد الحكم المتفق عليه بين الفقهاء، ومنها:

جاءت العبارة عند الحنفية:" والهبة بشرط العوض هبة ابتداء بيع انتهاء، فترد بالعيب".(١٠٢)

العبارة تدل على أن الهبة إذا كانت بشرط العوض، فإنها تصبح بيعاً، وتطبق عليها أحكام البيع، والمبيع يرد بالعيب، فكذلك الأمر بالنسبة للهبة بعوض، إذا ظهر فيها عيب، فإنهُ يحق للموهوب لهُ أن يردها بذلك العيب، وأن يسترد العوض الذي شرط عليه من قبل الواهب إذا كان قد دفعه له، والرد للعوض يكون في حال قيامه وعدم تلفه، أما إذا استهلك، أو تلف، ففي هذه الحالة يتوجب على الواهب التزام دفع العوض لصاحبه،إذا رد الموهوب بالعيب الذي ظهر فيه.

ومن عبارات المالكية، ما ورد في المدونة، ونصه:" أرأيت إن وهبت هبة للثواب، وأخذت العوض فأصاب الموهوب له عيباً بالهبة، ألهُ أن يرجع في عوضهِ ويرد الهبة ؟ قال: نعم، الهبة على العوض بيع من البيوع، يصنع فيها وفي العوض ما يصنع في البيع".(١٠٣)

وجاءت العبارة عند الشافعية، ونصها:" ويرد الثواب بالعيب الذي ظهر فيه، ثم إن كان في الذمة طالب بسليم، أو معيناً رجع إلى عين الموهوب إن كان باقياً، وإلا طالبهُ ببدله".(١٠٤)

من خلال النظر في العبارة نجد أنها تدل على رد الثواب، أو العوض إذا ظهر فيه عيب ، لأنهُ لم يحصل مقصود الواهب من إقدامهِ على الهبة مقابل العوض إذا تبين أنهُ معيب، وكذلك الأمر بالنسبة لعين الهبة إذا ظهر فيها عيب، فإنه يحق للموهوب لهُ ردها على الواهب؛ لعدم حصولهِ على المقصود من الهبة مع وجود العيب.

ووردت عبارة عند الشافعية تؤكد أن الهبة إذا كانت بشرط العوض تصبح بيعاُ؛ وبناءً على ذلك، فإنها تأخذ حكم البيع، ومنها الرد بالعيب.[١٠٥] ومعنى ذلك أن الموهوب إذا ظهر فيه عيب ينقص من قيمته ، فإنه يحق للموهوب له الرجوع بالثواب إذا كان قد دفعه للواهب .

ومن عبارات الحنابلة في هذه المسألة:" وإن شرط الواهب في الهبة عوضاً معلوماً صارت بيعاً، فتثبت أحكام البيع، كخيار المجلس، والرد بالعيب".[١٠٦]

بينا من خلال العبارات، والنصوص الفقهية السابقة بأن الموهوب له يثبت له الحق باسترداد العوض إذا تبين أن الموهوب معيب ، وهذا الحق يثبت للموهوب لهُ إذا كانت الهبة بشرط العوض، حيث إن العيب يؤدي إلى نقصان قيمة الموهوب،وبالتالي فإن ذلك يعني عدم حصول مقصود الموهوب لهُ من قبوله للهبه بعوض.

وإذا رد الموهوب له الشيء الموهوب بسبب العيب، فإنهُ يسترد العوض الذي دفعهُ للواهب، ويجب على الواهب أن يستجيب لذلك، فإذا كان العوض قائماً ردهُ لصاحبه، أما إذا تلف فعليه مثلهُ إن كان لهُ مثل، وإلا فعلية قيمتهُ للموهوب له.

الخاتمة

بعد أن تم البحث بعون الله تعالى وفضله استطعنا التوصل للنتائج الآتيه :

أولا، الأصل في الهبة أنها تمليك للعين بلا عوض ، وهي بهذا المعنى تعد تبرعاً ابتداءً وانتهاءً .ثنيا، يثبت الملك للموهوب له في عين الهبة عند قبضه لها . ثا لثا بعد صدور حكم القاضي بالرجوع لا

DOI: doi.org/10.21009/hayula.001.2.03

يجوز للموهوب له التصرف في الهبة ، وإلا فإنه يلتزم بضمانها، رابعا،يجوز للشخص أن يهب مشاعاً يقبل القسمة ، ومن ثم يتم فرزه عن غيره ويسلم للموهوب له .خامسا، إذا تبين أن الموهوب مستحق لغير الواهب ، وكانت الهبة بعوض ، ففي هذه الحالة يحق للموهوب له الرجوع على الواهب؛ لاسترداد ما دفعه له من عوض . سادسا، يرجع الموهوب له على الواهب في حال ظهور عيب في الشيء الموهوب ، وذلك إذا كانت الهبة بعوض ، فيسترد العوض إذا كان قائماً ، أما إذا تلف ، فإن الواهب يلتزم بضمانه للموهوب ، الالتزام بالضمان يكون بمثله إن كان له مثل ، وإلا فالقيمة .

التوصيات : يوصي الباحث بما هو آت .

١- التوعية الفقهية للمسلمين بما يخص أحكام الالتزام في الهبة من خلال وسائل الإعلام ، وذلك باستضافة عدد من الفقهاء لبيان حكم المسألة بشكل مفصل .

٢- تخصيص مادة علمية تدرس في الجامعات تهتم ببيان أحكام الالتزام في الهبة في الفقه الإسلامي.

٣- الاهتمام ببيان أحكام الالتزام في الهبة في الفقه الإسلامي ، وذلك عن طريق المشاركة بأوراق بحثية بالمؤتمرات العلمية ، والأبحاث التي ينشرها المختصون في المجلات العلمية .

([1]) الزبيدي، *جواهر القاموس* ، ج١٧، ص ٦٤٨.

([2]) ابن قدامة، *المغني* ، ج١٠، ص٢٩٠.

([3]) الزرقا ، *المدخل الفقهي العام* ، ج١، ص٤٣٦.

([4]) الزرقا ، مصطفى أحمد ، *المدخل الفقهي العام* ، ج٢، ص١٠٣٢.

([5]) محمد بن منظور، *لسان العرب*، ١/ ٨٠٣ ,(١٩٩٢).

([6]) عبدالله بن مودود ،الاختيار لتعليل المختار، ٤٨/٣،(ب.ت), أحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ٤/ ٣٧ ،(١٩٩٥),محمد الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ٢/ ٥٣٧ ، (١٩٩٨), عبدالله ابن قدامة، المغني، ٦٤٩/٥, (ب.ت).

([7])الرحيباني ، مطالب أولي النهى ، ج٤، ص٣٧٧.

([8])الشربيني، مغني المحتاج، ٢/ ٥٣٨.

([9])الصاوي، بلغة السالك، ٣٧/٤ ،الشربيني، مغني المحتاج، ٥٣٨/٢.

([10]) علي المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، ٣/ ٢٢٤،(ب.ت) , عبيدالله صدر الشريعة ، مختصر الوقاية مع شرحه اختصار الرواية ، ٢/ ١٠٣,(٢٠٠٥).

([11]) الشربيني، مغني المحتاج ، ٥٤٢/٢، أحمد قليوبي وأحمد عميرة, حاشيتا قليوبي وعميرة ، ١٧٠/٣,(١٩٩٧).

([12]) ابن قدامة، المغني،٦٤٩/٥ - ٦٥١ ،عبدالله بن قدامة، الكافي، ٣٣٥/٢،(٢٠٠١),ابراهيم بن مفلح ، المبدع شرح المقنع ، ٥ /٢٧٧,(٢٠٠٣).* هذا الرأي عند جمهور الحنابلة إنما يكون في المكيل والموزون ،وما عداه يثبت فيه الملك بمجرد العقد.

([13])محمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ٢٤٧/٢،(ب.ت) , محمد الخرشي ، حاشية الخرشي ، ٤١١/٧,(١٩٩٧).

([14])عبدالكريم الرافعي، العزيز شرح الوجيز(الشرح الكبير), ٣١٩/٦,(١٩٩٧).

([15]) ابن قدامة، الكافي، ٢/ ٣٣٦، ابن مفلح ، المبدع ، ٥/ ٢٧٨. * بالنسبة للرأي الثاني : أن الملك يثبت في الهبة بالعقد ، أي بمجرد انعقاد العقد ، فيلزم بمجرد العقد ، ولا يتوقف ،أي لزومه على القبض كالبيع .

([16]) علي بن حزم ، المحلى ، ١٠/ ٣٨,(١٩٩٧).

([17]) النووي ، روضة الطالبين ، ج٤، ص ٤٣٧، ابن قدامة ، المغني ، ج٥، ص ٦٥٠.

([18]) عبدالله الزيلعي، نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية، ٢٩٩/٤,(١٩٩٦).

([19])عبدالزاق الصنعاني، المصنف، ، ٤٣/٩,(٢٠٠٠)

([20]) المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدى، ٢٢٤/٣.

([21]) مالك بن أنس، الموطأ ، كتاب الأقضية، باب ما لا يجوز من النحل ،حديث رقم "٢٧٨٣", ١٠٨٩/٤,(٢٠٠٤).

نحل : بمعنى أعطى ، والنحلة العطية ، والوسق : ستون صاعاً ،محمد المطيعي ، تكملة المجموع ، ٢٥٥/١٦,(١٩٩٥). جاد من جد بمعنى قطع ، والجد صرام النخل ، وهو بمعنى القطاف ، الزبيدي ، تاج العروس، ج٧ ،ص٢٦٩.

([22]) مالك ، الموطأ،حديث رقم"٢٧٨٤"، ١٠٩٠/٤، البيهقي ، السنن الكبرى،حديث رقم " ١٢١٧٩"، ٢٧٧/٦,(٢٠٠٤).

([23])البيهقي ، السنن الكبرى ،حديث رقم " ١٢١٧٨" ٦ /٢٧٧.

([24])الكاساني،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ١٧١/٥،(٢٠٠٠) , زكريا الأنصاري، أسنى المطالب شرح روض الطالب،٥٧٦/٥،(٢٠٠١), ابن قدامه، المغني، ٦٥٠/٥.

([25]) ابن قدامة، المغني، ٦٤٩/٥-٦٥٠.

([26]) المرغيناني، الهداية، ٣م٢٢٤.

([27]) الشربيني، مغني المحتاج،٢ /٥٤٢.

([28])عبدالله بن قدامة، الكافي، ٢/ ٣٣٦,(٢٠٠١).

([29])سورة المائدة ، الآية " " ١" .

([30])محمد البخاري، صحيح البخاري، كتاب الهبة، باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته، رقم الحديث"٢٦٢١"،١٦١/٢,(٢٠٠٢).

([31]) ابن رشد ، بداية المجتهد ٢٤٧/٢،ابن قدامة، المغني، ٥/ ٦٤٩.

([32]) ابن حزم ، المحلى ، ج١٠، ص ٣٩.ابن رشد، بداية المجتهد، ٢/ ٢٤٧. * التعليق على الآثار ورد في بداية المجتهد .

([33])المصدر السابق.

([34])محمد عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل ، ٨/ ١١٥-١٢٠،(٢٠٠٣), ابن قدامة ، المغني ، ٦٤٩/٥.

([35]) ابن رشد ، بداية المجتهد ، ٢ /٢٤٧.

([36])الزيلعي، نصب الراية، ٤ /٢٩٩.

([37]) ابن حزم، المحلى، ٤١/١٠.

([38]) المصدر السابق، ١٠ /٤١.

([39])المصدر السابق، ١٠/ ٤٢.

([40]) السابق نفسه، ١٠/ ٤٠.* بعوض ، وذلك أن المستقرض يملك رقبة ما استقرضه على أن يرد مثله أو قيمته بحسب نوعه .

([41]) ابن قدامة، المغني، ٥/ ٦٤٩.

([42]) المصدر السابق، ٥/ ٦٥٠.

([43]) المصدر السابق، ٥/ ٦٥٠-٦٥١.

DOI: doi.org/10.21009/hayula.001.2.03

(٤٤)السابق نفسه، ٥/ ٦٥٠.

(٤٥) المرغيناني ، الهداية شرح بداية المبتدى، ٢٢٤/٣.

(٤٦)الموصلي، الاختيارلتعليل المختار، ٣/ ٤٨.

* والقياس عند الحنفية أن الموهوب له لا يجوز له قبض الهبة إلا بإذن من الواهب سواء أكان ذلك في المجلس أم بعد الافتراق منه. هذا في القياس، وورد عند الحنفية أن الموهوب له إذا قبضها في المجلس بغير أمر الواهب جاز استحساناً. الموصلي، الاختيار، ٤٨/٣. المرغيناني ، الهداية، ج٣، ص٢٢٤.

(٤٧) الشربيني، مغني المحتاج، ٥٤٢/٢.

(٤٨) ابن قدامة، المغني، ٥/ ٦٥١.

(٤٩)أبومحمد بن غانم البغدادي، مجمع الضمانات، ٧١٣/٢،(١٩٩٩) ,المرغيناني، الهداية، ٣/ ٢٢٩.

(٥٠) البغدادي، مجمع الضمانات، ٧١٣/٢ -٧١٤. عند الحنفية يثبت الرجوع إذا كانت الهبة لأجنبي ، أو كانت للثواب ولم يدفعه الموهوب له للواهب .

(٥١) الخرشي ، حاشية الخرشي، ٤٢٧/٧، محمد الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ٥١١/٥,(١٩٩٦).

(٥٢)يحي النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ٤٤٥/٤،(٢٠٠٣), الشربيني ، مغني المحتاج ، ٥٤٨/٢.

(٥٣)منصورالبهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ٣١٦/٤،(١٩٨٣) ,مصطفى الرحيباني، مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى، ٤٠٩/٤،(ب.ت), ابن قدامة ، المغني، ٦٨٥/٥.

(٥٤)النووي، روضة الطالبين، ٤٤٥/٤.

(٥٥) ابن قدامة، المغني، ٥/ ٦٧٥.

(٥٦)المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدى، ٢٢٩/٣.

(٥٧)محمود ابن مازة، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، ٢٤٩/٦,(٢٠٠٤).

(٥٨) ابن ماجه ، سنن ابن ماجه ،كتاب الأحكام،باب من أعطى ولده ثم رجع فيه, حديث رقم " ٢٣٧٧" ، ٧٩٥/٢، ، محمد الترمذي , سنن الترمذي ، كتاب الولاء والهبة ,باب ماجاء في كراهية الرجوع في الهبة,حديث رقم" ٢١٣٢" ، ص ٣٥٤.رواه وقال : حديث حسن صحيح.

(٥٩) الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ٥ /٥١١،ابن قدامة، المغني، ٦٦٨/٥.

(٦٠) ابن قدامة، المغني، ٦٧٥/٥.

* المشاع : ما كان غير مميز عن جنسه ، كالنصف ، أو الثلث ، أو الربع ، أو غير ذلك من الأجزاء ، أبو بكرالكشناوي ، أسهل المدارك شرح ارشاد السالك في فقه الإمام مالك ، ٢١٤/٢,(١٩٩٥).

(٦١) المرغيناني، الهداية، ٢٢٤/٣، الكشناوي ، أسهل المدارك ، ٢١٤/٢، النووي ، روضة الطالبين ، ٤٣٨/٤، ابن قدامة، المغني ، ٥ /٦٥٥.

(٦٢) المرغيناني، الهداية، ٢٢٥/٣،ابن مودود ، الإختيار لتعليل المختار، ٥٠/٣.

(٦٣) الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٤/٦.

(٦٤) الكشناوي، أسهل المدارك ٢١٤/٢،محمد الحطاب ، مواهب الجليل شرح مختصرخليل ، ٦/٨,(٢٠٠٣).

(٦٥) النووي، روضة الطالبين، ٤٣٨/٤، الرافعي، الشرح الكبير، ٣١٥/٦-٣١٦.

(٦٦) ابن قدامة، المغني، ٦٥٥/٥،علي المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل،٧، ص١٣١,(١٩٥٧).

(٦٧) ابن حزم ، المحلى ، ٦٠/١٠.

(٦٨) أنظر، الهامشين (٢١) و (٢٢).

(٦٩)عثمان الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ٥٤/٦،(٢٠٠٠), الكاساني، بدائع الصنائع،١٧١/٥.

(٧٠)الكاساني، بدائع الصنائع، ١٧١/٥.

(٧١)الكاساني، بدائع الصنائع ، ١٧١/٥.

(٧٢)السابق نفسه.

(٧٣)السابق نفسه. * كبة الشعر والغزل ما اجتمع منه ، والكب الشيء المجتمع من تراب وغيره ، الزبيدي،تاج العروس،ج٤،ص٥٤.

(٧٤) أحمد النسائي ، سنن النسائي ،كتاب الهبة ,باب هبةالمشاع, حديث رقم "٣٦٨٨ "،٢٦٤/٦ (١٩٨٦) الحديث : حسن، المجتبى من السنن " سنن النسائي" كتاب الهبة،(٢٠٠٤)،رقم " ٣٦٨٨"، ص٣٩٢.

(٧٥) ابن قدامة، المغني، ٥م٦٥٥.

(٧٦)السابق نفسه، ٥/ ٦٥٦.

(٧٧)السابق نفسه، ٦٥٦/٥.

(٧٨) ابن حزم، المحلى، ٦٢/١٠.

(٧٩)السابق نفسه،٦٢/١٠.* هذا باعتبار أن المشاع ملك لأكثر من جهة أو شخص ، فوجوب قسمة المشاع عند أصحاب الرأي الأول يمنع صحة قبض أحد الأطراف دون الباقين ، ولكن هذا الاستدلال تمت مناقشته كما هو واضح في المتن .

(٨٠) ابن قدامة، المغني، ٦٥٦/٥.

(٨١) الكاساني، بدائع الصنائع، ١٧٢/٥.

(٨٢)السابق نفسه، ١٧١/٥.

(٨٣)الزيلعي، تبيين الحقائق ،٥٥/٦.

(٨٤) المرغيناني ، الهداية شرح بداية المبتدى ، ج٣، ص٢٢٥.* الحديث في المطلب الرابع سيكون عن الضمان في حال استحقاق العوض ، أما هنا فسيتم بيان الحكم في حال استحقاق الهبة ، فعلى من يرجع المستحق ، عند النظر في مصنفات الفقه وجدنا أن المستحق يرجع على من بيده الشيء الموهوب ، وهو الموهوب له وهذا ما ذهب إليه الحنفية ، وبالتالي إذا كان الموهوب له قد دفع العوض عن الهبة للواهب ، فإنه يرجع عليه ، أي: على الواهب لاسترداد ما دفعه مقابل الهبة التي ظهرت مستحقة للغير.ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج٧ ، ص٣١٧. وعند المالكية ، والشافعية ، والحنابلة ، للمستحق أن يرجع على من شاء منهما ، على الواهب ، أو على الموهوب له . ويرجع الموهوب له بما أثاب على الواهب. الصاوي ، بلغة السالك ، ج٤، ص ٣٨ -٤٠، النووي ، روضة الطالبين ، ج٤، ص٤٤٨، ابن قدامة ، المغني ، ج٥ ، ص ٦٥٨.

(٨٥) الزيلعي، تبيين الحقائق،٦٦/٦، مالك، المدونة الكبرى ، ٣٣٣/٤، الأنصاري، أسنى المطالب، ٥ /٥٨٥-٥٨٦، البهوتي، كشاف القناع،٤ /٣٠٠.

(٨٦) الزيلعي، تبيين الحقائق، ٦ /٦٦.

(٨٧)الزيلعي، تبيين الحقائق ، ٦٦/٦-٦٧.

(٨٨)البغدادي، مجمع الضمانات، ٧١٣/٢.**عند بعض الحنفية إذا كانت الهبة لا تحتمل القسمة، فإنه يثبت الحق للموهوب له بالرجوع على الواهب إذا ظهرت مستحقة للغير. وفي رواية عن أبي يوسف أن الواهب لا يضمن شيئاً؛ لأن العوض المتأخر عن العقد في حكم الهبة المبتدأة حتى يشترط فيه شرائط الهبة من القبض والحيازة، والموهوب غير مضمون بالهلاك إذا كان لا يحتمل القسمة فاستحق بعضهُ،الكاساني،بدائع الصنائع،١٨٨/٥-١٨٩.**

(٨٩)مالك، المدونة الكبرى، ٣٣٣/٤.

(٩٠)السابق نفسه، ٣٣٣/٤.

(٩١) الأنصاري، أسنى المطالب، ٥٨٥/٥-٥٨٦، الرافعي، الشرح الكبير، ٣٣٤/٦.

(٩٢) البهوتي، كشاف القناع، ٣٠٠/٤، المرداوي، الإنصاف، ٧ /١١٦.

(٩٣) الكاساني، بدائع الصنائع، ١٨٨/٥.

(٩٤) الأنصاري، أسنى المطالب، ٥٨٥/٥-٥٨٦.

(٩٥)محمدأمين بن عابدين، رد المحتارعلى الدر المختار، ٥١٥/٨،(١٩٦٦), الخرشي، حاشية الخرشي، ٤٣٧/٧، الرملي، نهاية المحتاج، ٤٢٣/٥، البهوتي ،كشاف القناع، ٣٠٠/٤.

(٩٦)ابن عابدين، رد المحتار، ٥١٥/٨.

(٩٧)الخرشي، حاشية الخرشي، ٤٣٧/٧.

(٩٨) الرملي، نهاية المحتاج، ٤٢٣/٥.

DOI: doi.org/10.21009/hayula.001.2.03

(٩٩)السابق نفسه،٤٢٣/٥.

(١٠٠)المرداوي ، الإنصاف، ١١٧/٧، البهوتي، كشاف القناع،٤/ ٣٠٠.

(١٠١)زين الدين بن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ٥٠٢/٧،(١٩٩٧), مالك، المدونة الكبرى، ٣٣٣/٤، النووي، روضة الطالبين، ٤٤٧/٤، البهوتي، كشاف القناع، ٣٠٠/٤.

(١٠٢) ابن نجيم,٥٠٢/٧، ابن عابدين، رد المحتار, ٥١٥/٨.

(١٠٣) مالك، المدونة الكبرى، ٣٣٣/٤.

(١٠٤)الأنصاري، أسنى المطالب، ٥٨٥/٥، الرافعي، الشرح الكبير، ٣٣٣/٦.

(١٠٥) الشربيني، مغنى المحتاج، ٥٤٨/٢.

(١٠٦)البهوتي، كشاف القناع، ٣٠٠/٤.

المصادر و المراجع

ابن حزم، علي بن أحمد بن سعيد (ت٤٥٦هـ)، المحلى، تحقيق: أحمد شاكر،ط ١, بيروت ، دار إحياء التراث،١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.

ابن رشد، محمد بن أحمد بن محمد(ت٥٩٥هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الفكر للطباعة والنشر.

ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبدالعزيز،(ت١٢٥٢هـ)، رد المحتار على الدر المختار،ط ٢ دار الفكر،١٣٨٦هـ - ١٩٦٦م.

ابن قدامة، عبدالله بن أحمد بن محمد (ت ٦٢٠هـ)، الكافي، تحقيق: محمد حسن الشافعي،ط ١, بيروت ، دار الكتب العلمية،١٤٢١هـ - ٢٠٠١م

ـ، المغني، الرياض، مكتبة الرياض.

ابن ماجه، محمد بن يزيد القزويني، (ت٢٧٣هـ)، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، بيروت ، دار الكتب العلمية.

ابن مازة، محمود بن أحمد بن عبد العزيز البخاري،(ت ٦١٦هـ) المحيط البرهاني في الفقه النعماني، تحقيق: عبد الكريم الجندي،ط١ ,بيروت ، دار الكتب العلمية ، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م.

ابن مفلح، إبراهيم بن محمد،(ت ٨٨٤هـ) ، المبدع شرح المقنع، الرياض، دار عالم الكتب، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م.

ابن منظور، محمد بن مكرم،(ت٧١١هـ)، لسان العرب،ط١ بيروت ، دار صادر، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.

ابن مودود، عبدالله بن محمود، ، الاختيار لتعليل المختار، بيروت، دار المعرفة.

ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم(ت٩٧٠ هـ) ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ضبطه: زكريا عميرات،ط١ بيروت ، دار الكتب العلمية، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.

DOI: doi.org/10.21009/hayula.001.2.03

الأنصاري، زكريا الشافعي،(ت٩٢٦ه)، أسنى المطالب شرح روض الطالب، ضبطه محمد محمد تامر ،ط١,بيروت،دار الكتب العلمية، ، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م.

البخاري، محمد بن إسماعيل بن بردزبه،(ت٢٥٦ه)، صحيح البخاري،ط١, بيروت ، دار الكتب العلمية، ١٤٢٣هـ -٢٠٠٢م.

البغدادي، أبو محمد بن غانم بن محمد،(ت١٠٣٠ه)، مجمع الضمانات، تحقيق: محمد أحمد سراج، علي جمعه محمد، ط١, القاهرة، دار السلام، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.

البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس(ت٨٨٥ه) ، كشاف القناع عن متن الإقناع، بيروت – لبنان، عالم الكتب، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.

البيهقي، أحمد بن الحسين،(ت٤٥٨ه)، السنن الكبرى، ضبط متنه أبو عبدالله عبدالسلام بن محمد علوش،ط١, الرياض ، مكتبة الرشد، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.

الترمذي، محمد بن عيسى بن سورة ،(ت٢٧٩ه)، جامع الترمذي،عناية: بيت الأفكار الدولية، ١٩٩٤م.

الحاكم، محمد بن عبدالله النيسابوري،(ت٤٠٥ه)، المستدرك على الصحيحين، تحقيق محمود مطرجي، بيروت ، دارالفكر، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م.

الحطاب، محمد بن عبدالرحمن،(ت٩٥٤ه)، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، خرج آياته: زكريا عميرات، السعودية، دار عالم الكتب، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م.

الخرشي، محمد بن عبدالله،(ت١١٠١ه)، حاشية الخرشي، ضبطه: زكريا عميرات,ط١, بيروت ، دار الكتب العليمة، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م.

الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفه،(ت ١٢٣٠ه)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، خرج آياته: محمد عبدالله شاهين،ط١ ,بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م.

الرافعي، عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم،(ت٦٢٣هـ)، العزيز شرح الوجيز،" الشرح الكبير"، تحقيق علي معوض، وعادل عبد الموجود،ط١, بيروت ، دار الكتب العلمية، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م.

الرحيباني، مصطفى بن سعد السيوطي،(ت ١٤٢٣هـ)، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، دمشق، منشورات المكتب الإسلامي.

الرملي، محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة " الشافعي الصغير"،(ت ١٠٠٤هـ)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، بيروت، دار الفكر، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.

الزيلعي، عبد الله بن يوسف،(ت٧٦٢هـ)، نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية، تحقيق: أحمد شمس الدين، ط١, بيروت ، دار الكتب العلمية، ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م.

الزيلعي، عثمان بن علي،(ت٧٤٣هـ)، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، تحقيق: الشيخ أحمد عزو عناية، بيروت ،ط١, دار الكتب العلمية، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م.

الشربيني، محمد الخطيب، (ت٩٧٧هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، اشراف: صدقي محمد جميل العطار،ط١, بيروت ، دار الفكر، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م.

الصاوي، أحمد بن محمد،(ت١٢٤١هـ)، بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك،ط١ بيروت ، دارا لكتب العلمية، ١٤١٥-١٩٩٥م.

صدر الشريعة، عبيدالله بن مسعود،(ت٧٤٧هـ)، مختصر الوقاية مع شرحه اختصار الرواية، ط١بيروت ، دار الكتب العلمية، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م.

الصنعاني، عبد الرزاق بن همام، (ت٢١١هـ)، المصنف، تحقيق أيمن نصر الدين الأزهري، ط١ ,بيروت ، دار الكتب العلمية، ١٤٢١ – ٢٠٠٠م.

DOI: doi.org/10.21009/hayula.001.2.03

عليش، محمد بن أحمد بن محمد، (ت١٢٩٩هـ)، منح الجليل شرح على مختصر خليل، ضبطه عبد الجليل عبد السلام،ط١ , بيروت ، المكتبة العلمية، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.

قليوبي، أحمد بن سلامة،(ت١٠٦٩هـ)، وعميرة، أحمد البرتسي،(ت٩٥٧هـ)، حاشية قليوبي وعميرة، ضبطه عبداللطيف عبد الرحمن،ط١, بيروت، دار الكتب العلمية، ، ١٤١٧هـ -١٩٩٧م.

الكاساني، أبو بكر بن مسعود،(ت٥٨٧هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق: محمد عدنان درويش،ط٣ ,بيروت ، دار إحياء التراث العربي، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.

الكشناوي، أبو بكر بن حسن، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك،ط١ ,بيروت ، دار الكتب العلمية، ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م.

مالك، مالك بن أنس الأصبحي، (ت١٧٩هـ)، المدونة الكبرى، رواية الإمام سحنون، بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمن بن القاسم.

ـ، الموطأ، تحقيق: محمد مصطفى الأعظمي، أبو ظبي دولة الإمارات العربية المتحدة، مؤسسة زايد بن سلطان للأعمال الخيرية والإنسانية، ط١، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.

المرداوي، علي بن سليمان، (ت٨٨٥هـ)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: محمد حامد الفقي،ط١, بيروت ، دار إحياء التراث العربي، ١٣٧٦ – ١٩٥٧م.

المرغيناني، علي بن أبي بكر بن عبدالجليل، (ت٥٩٣هـ)، الهداية شرح بداية المبتدى، المكتبة الإسلامية.

المطيعي، محمد نجيب، تكملة المجموع،ط١,بيروت، دار إحياء التراث العربي،١٤١٥هـ- ١٩٩٥م.

النسائي، أحمد بن شعيب بن علي، (ت٣٠٣هـ)، سنن النسائي، تحقيق:عبد الفتاح أبو غدة, ط٢ بيروت ، دار البشائر الإسلامية ، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.

النووي، يحيى بن شرف،(ت٦٧٦هـ)، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق علي معوض، عادل عبد الموجود، السعودية، دارعالم الكتب،١٤٢٣هـ- ٢٠٠٣م.